

# NADA SOBRE NÓS, SEM NÓS: UMA ANÁLISE DA LEGITIMIDADE JURÍDICA DA CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Rafael Barreto Souza\*

Introdução. 1 A abordagem da deficiência na esfera internacional. 2 A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. 3 Incorporação da convenção no ordenamento brasileiro. 4 Legitimidade da convenção. Considerações finais. Referências.

## RESUMO

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência foi incorporada ao ordenamento brasileiro com *status* equivalente a emenda constitucional em 2008. Este tratado contou com a maior participação da sociedade civil mundial até então vista nas Nações Unidas, sendo elaborado com legitimidade democrática inédita. O presente artigo busca entender o histórico da elaboração da Convenção a partir da participação da sociedade civil. Igualmente, tenta-se analisar como se dá a legitimidade do tratado a partir da participação em sua gênese.

**Palavras-chave:** Direito Internacional. Pessoas com Deficiência. Legitimidade.

## INTRODUÇÃO

Em 2010, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) identificou que no Brasil há aproximadamente 45,6 milhões pessoas com pelo menos um tipo de deficiência, o que equivale a 23,8 por cento da população nacional.<sup>1</sup> A deficiência atinge, portanto, praticamente um em cada quatro brasileiros. No mundo, a Organização das Nações Unidas (ONU) estima que haja mais de 650 milhões de pessoas com deficiência.<sup>2</sup> Trata-se de uma realidade inescapável que tem ganhado um espaço progressivamente maior no debate dos círculos jurídicos e de políticas públicas.

\* Advogado e Professor. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará. Mestre em Estudos do Desenvolvimento pelo Institut de Hautes Études Internationales et du Développement (IHEID), na Suíça. Assessor Jurídico do Centro de Defesa da Criança e do Adolescente (CEDECA Ceará) e Professor de Direito do Centro Universitário Christus (UniChristus) em Fortaleza, Ceará. Também possui atuação profissional em Direito Administrativo, Políticas Públicas e Direitos Humanos. Contato: rbarretosouza1@gmail.com.

Pessoas com deficiência são a minoria que cresce mais rapidamente a nível global, principalmente devido à prolongação da expectativa de vida. Um número cada vez maior de pessoas devem adquirir impedimentos decorrentes da idade avançada e potencialmente se tornarão pessoas com deficiência frente à sua interação com as barreiras na sociedade.<sup>3</sup> Esta realidade apresenta desafios importantes os quais a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência junto com seu Protocolo Adicional buscam remediar.

A Convenção surge a partir de uma intensa mobilização do movimento de pessoas com deficiência em meados dos anos 1990. Este tratado se construiu a partir de proposições da sociedade civil, da academia e de representantes estatais, sendo aprovada em 13 de dezembro de 2006 e entrando em vigor dois anos depois. Igualmente, trata-se do primeiro tratado de direitos humanos a ser aprovado pelo Congresso Nacional brasileiro com o *status* equivalente a emenda constitucional através do Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, pelo procedimento legislativo disposto no artigo 5º, parágrafo 3º da Constituição Federal de 1988. Assim, o tratado também é o primeiro a integrar o chamado bloco de constitucionalidade formal e material brasileiro. Os direitos previstos na Convenção são, portanto, desde então direitos fundamentais constitucionais de eficácia imediata.

O presente artigo busca analisar como se deu o processo de elaboração do tratado, como esse modo de construção diferiu da práxis transnacional, como a Convenção se situa no contexto brasileiro e, principalmente, como a legitimidade jurídica na qual o documento se fundamenta pode auxiliar na garantia de sua eficácia.

## 1 A ABORDAGEM DA DEFICIÊNCIA NA ESFERA INTERNACIONAL

Até 2007, as pessoas com deficiência não haviam sido explicitamente reconhecidas em nenhum instrumento internacional de direitos humanos de natureza jurídica cogente. Nenhuma das convenções, pactos ou declarações de direitos humanos que dispõem de cláusulas de igualdade e não discriminação trazem entre o rol de circunstâncias humanas protegidas da discriminação a deficiência.<sup>4</sup> A Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, por exemplo garante em seu artigo 2º:

Toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.

Apesar de se elencar explicitamente elementos como raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza e nascimento, a temática da deficiência está omissa. Poder-se-ia apenas incluí-la como “qualquer outra condição”, partir da abertura normativa

fornecida no dispositivo. De forma similar, dispõem os dispositivos de antidiscriminação do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966 e do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais também de 1966. Portanto, os direitos das pessoas com deficiência eram direitos que careciam de tutela.

Frédéric Mégret alega que “de muitas formas, a Convenção da Deficiência está simplesmente, mas de modo coercitivo, reafirmando o óbvio: ou seja, que as pessoas com deficiência têm direito aos mesmos direitos que todos.”<sup>5</sup> Apesar de óbvio pela abertura de incidência normativa residual, não se percebe o cumprimento desses direitos. Por quê? Uma obviedade residual talvez não seja tão evidente quanto se imagine. Incluir a deficiência na panaceia de quaisquer outras condições humanas sujeitas à opressão e exclusão indubitavelmente não contribui para uma reforma social, atitudinal e de políticas públicas. A invisibilidade das pessoas com deficiência é apontada por ativistas e por pessoas com deficiência como uma razão essencial pela qual a deficiência não recebe maior aporte de recursos públicos ou maior atenção no cenário político. Defende Flávia Piovesan<sup>6</sup> que a construção de um tratado novo e específico contribui para “processos que se abrem e consolidam espaços de luta pela dignidade humana.”

A partir da noção de que a temática estaria renegada a normas residuais e de que haveria uma necessidade imperiosa de maior atenção às violações de direitos sofridas por pessoas com deficiência em todo o mundo, surge a proposta de se elaborar um tratado internacional de direitos humanos sobre pessoas com deficiência. Reiterar o óbvio seria o pontapé inicial necessário para a mudança.

A Convenção não é, entretanto, o primeiro documento internacional a mencionar, ainda que sem obrigatoriedade jurídica, a deficiência como matéria de direitos humanos. Na década de 1970, começou-se a aceitar internacionalmente a inclusão dos direitos das pessoas com deficiência como parte dos direitos humanos. Esta abordagem iniciou um novo debate, ainda que sob uma perspectiva de tutela, sendo parcialmente excludente, e sujeitando direitos a critérios de possibilidade e discricionariedade para serem postos em prática.<sup>7</sup>

Durante este período, assinam-se, no âmbito das Nações Unidas, a Declaração sobre os Direitos das Pessoas Deficientes Mentais em 1971<sup>8</sup> e a Declaração sobre os Direitos das Pessoas Deficientes em 1975.<sup>9</sup> A nível regional, a Organização dos Estados Americanos (OEA), elabora em 1988 um Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos, conhecido também como Protocolo de San Salvador, que trata da “proteção de deficientes” em seu artigo 18, o qual se embasa fundamentalmente no paradigma médico-individual e de segregação: “Toda pessoa afetada por diminuição de suas capacidades físicas e mentais tem direito a receber atenção especial, a fim de alcançar o máximo desenvolvimento de sua personalidade.” Em 1999, a mesma organização adota a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência, ratificada no Brasil pelo Decreto Legislativo no 198, de 13

de junho de 2001, conhecida como a Convenção da Guatemala.<sup>10</sup> Nota-se, contudo, maior amplitude conceitual neste instrumento e avanços quanto à inclusão. Seu artigo primeiro aponta:

Artigo 1.1 O termo ‘deficiência’ significa uma restrição física, mental ou sensorial, de natureza permanente ou transitória, que limita a capacidade de exercer uma ou mais atividades essenciais da vida diária, causada ou agravada pelo ambiente econômico e social.

A partir da década de 1980, o discurso sobre a deficiência começa a mudar e seguir em direção à perspectiva das barreiras sociais, distanciando-se da perspectiva da deficiência como atributo de ordem médica e apenas envolvendo o indivíduo. Assim, o ano de 1982 foi escolhido como o ano internacional das “pessoas deficientes”, no qual a ONU adota o Programa de Ação Mundial (WPA, sigla em inglês) para Pessoas Deficientes. Este Programa foi o único documento internacional que tratava da deficiência que entrou no rol das cláusulas preambulares da Convenção Internacional. As Declarações dos anos 1970 foram expressamente excluídas do texto convencional devido à pressão e à incidência das organizações da sociedade civil que demandavam que tais instrumentos ficassem omissos. Visava-se evitar qualquer relação entre estas Declarações – tidas como retrógradas e excludentes – e a Convenção, impedindo assim que se valesse delas para a interpretação e aplicação dos direitos prescritos no novo tratado.<sup>11</sup>

Alguns anos mais tarde, em 1989, a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança inclui a primeira referência específica e explícita envolvendo crianças com deficiência em um tratado internacional de direitos humanos. Ademais, este tratado inclui a deficiência, ainda que somente a física, no rol da norma geral de antidiscriminação. Em 1993, a Assembleia Geral da ONU também adota as Regras Padrões sobre Equalização de Oportunidades para Pessoas com Deficiência.<sup>12</sup> Durante as décadas de 1980 e 1990, muitas conferências internacionais envolveram a temática da deficiência, merecendo destaque os documentos oriundos de eventos que trataram da deficiência transversalmente dentro de temáticas fundamentais aos direitos humanos, notadamente na Quarta Conferência Mundial sobre as Mulheres, realizada em Beijing, China em 1995, e no Comitê Preparatório para a conferência do Programa das Nações Unidas para os Assentamentos Humanos (ONU-Habitat) em Istambul, Turquia em 1996.<sup>13</sup> Contudo, os direitos previstos de tais documentos careciam de coercibilidade jurídica, visto que eram instrumentos meramente declaratórios – i.e. *soft law*.<sup>14</sup>

## 2 A CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Em 2001, o Estado do México propôs durante a Segunda Conferência Mundial contra o Racismo, a Discriminação Racial, a Xenofobia e as Formas Conexas de Intolerância em Durban, África do Sul, a redação de um instrumento

internacional de direitos humanos específico sobre pessoas com deficiência. No mesmo ano, na 56ª Assembleia Geral das Nações Unidas em Nova Iorque, EUA, o governo mexicano reiterou a proposta e a Resolução nº 56/168 foi aprovada por consenso, sequer exigindo-se uma votação. Assim, estabeleceu-se, através desta resolução, o Comitê *ad hoc* sobre uma Convenção de Proteção Ampla e Integral de Proteção dos Direitos e Dignidade das Pessoas com Deficiência,<sup>15</sup> o qual permitiu a participação e inclusão de qualquer Estado-membro interessado.<sup>16</sup> A Convenção deveria ser ampla de modo a prover uma proteção através de uma visão holística, incorporando os elementos de desenvolvimento social, direitos humanos e não discriminação.<sup>17</sup> O documento deveria ser integral, de maneira que se tornasse um instrumento nuclear do Direito Internacional dos Direitos Humanos – não uma fonte normativa subsidiária de tratados existentes. Destarte, o tratado de deficiência deveria deter o mesmo status normativo internacional das demais convenções de direitos humanos.

Inicialmente, o secretariado do Comitê *ad hoc* foi lotado sob a égide do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas (ECOSOC, sigla em inglês) e não sob o Escritório do Alto Comissariado de Direitos Humanos. Esta lotação curiosa reflete a ainda latente visão na organização multilateral de que a temática da deficiência envolveria somente a esfera de desenvolvimento social e não propriamente o campo de direitos humanos. Talvez isso tenha ocorrido também devido à adoção do Comentário Geral<sup>18</sup> do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais<sup>19</sup> da ONU (CESCR, sigla em inglês) de 1994, que trata especificamente de pessoas com deficiência, o qual assevera, “a deficiência está proximamente ligada a fatores econômicos e sociais – condições de vida em muitas partes do mundo são tão desesperadoras que a provisão de necessidades básicas para todos prejudica ainda mais as pessoas com deficiência,” e acrescenta “mesmo em países com um padrão relativamente alto de vida, as pessoas com deficiência são frequentemente negadas a oportunidade de gozar em plenitude os direitos econômicos, sociais e culturais.” A despeito de subsistir indubitavelmente uma relação entre a deficiência e o desenvolvimento social, o discurso sobre os “direitos das pessoas com deficiência” aos poucos se consolidou e se hegemoneizou dentro do Comitê *ad hoc*.

A primeira sessão do Comitê *ad hoc* ocorreu entre 29 de julho e 9 de agosto de 2002 com a participação de 80 Estados-membros e diversas organizações não governamentais representativas de pessoas com deficiência, de âmbito internacional, regional e nacional.<sup>20</sup> Durante as duas primeiras sessões, o Comitê *ad hoc* travou longas discussões e aliviou tensões quanto ao seu mandato e programa de trabalho. Muitas delegações questionavam se a Resolução nº 56/168 lhes daria competência para esboçar uma convenção de caráter cogente. Alguns Estados sugeriram que, a fim de evitar duplicidade e instrumentos sobrepostos, poder-se-ia apenas fazer um protocolo opcional ao Pacto de Direitos Civis e Políticos. Todavia, prevaleceu a visão de que o Comitê *ad hoc*, de fato detinha competência para redigir um esboço de um tratado. Ao final da segunda sessão, determinou-se a criação de um Grupo de Trabalho para

fazer um esboço preliminar do texto. Este documento constituiu a base textual das seis próximas sessões.

Em 2005, o presidente do Comitê *ad hoc*, o embaixador neozelandês Don MacKay, lançou uma versão sintética com as principais propostas juntamente com um texto justificativo da proposta tal como a mesma se encontrava.<sup>21</sup> A partir deste esboço do presidente, incorporou-se ainda a ideia de se ter um mecanismo de monitoramento da implementação da Convenção, ideia que veio dar origem ao atual Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, a partir do Protocolo Facultativo à Convenção. O presidente do Comitê justificou este mecanismo afirmando que o tratado em questão seria “uma Convenção de implementação [...] dispondo de um código detalhado sobre como direitos existentes deveriam ser postos em prática em relação às pessoas com deficiência.”<sup>22</sup>

Durante este processo houve consultas regionais em 2003: em Quito, Equador abrangendo as Américas; em Bruxelas, Bélgica para os países da Europa; em Johannesburgo, África do Sul envolvendo o continente africano; em Bangkok, Tailândia para Ásia e Oceania; e em Beirute, Líbano para o Oriente Médio.<sup>23</sup> Houve também massiva e inédita participação da sociedade civil em seu processo de elaboração. As organizações da sociedade civil com *status* de observadores, não apenas estiveram presentes nas reuniões oficiais do Comitê *ad hoc*, mas fizeram intervenções em Plenário, propuseram discussões e realizaram colocações por escrito, com textos concretos que facilitaram o processo de elaboração do documento. Além disso, esse foi o documento internacional construído com a maior participação direta de pessoas com deficiência e de organizações de pessoas com deficiência na história.<sup>24</sup> As organizações não governamentais de deficiência montaram uma rede internacional denominada International Disability Caucus (IDC) – ou simplesmente Caucus – a fim de aumentar sua incidência política no processo de elaboração do tratado.<sup>25</sup> Ao total foram mais de 400 ONGs e organizações de pessoas com deficiência (DPOs, sigla em inglês).<sup>26</sup>

Por fim, em 13 de dezembro de 2006, chegou-se a um consenso sobre o que poderia vir a ser o texto final e em 30 de março de 2007, ocorreu a cerimônia de assinatura da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo na sede da ONU em Nova Iorque. Este foi o tratado de direitos humanos negociado e aprovado mais rapidamente da história das Nações Unidas. Trata-se de um recorde, concluindo-se o processo em apenas quatro anos, entre 2002 e 2006.<sup>27</sup> Igualmente, a Convenção teve o maior número de assinaturas quando do lançamento de um tratado de direitos humanos; oitenta e um Estados Partes mais a União Europeia.<sup>28</sup> Em julho de 2014, 172 Estados haviam assinado e 147 ratificado a Convenção, dos quais 104 haviam assinado e 84 ratificado o Protocolo Facultativo.<sup>29</sup>

Kayess e French sublinham que a Convenção é “a exposição de direitos humanos mais densa da história da ONU.”<sup>30</sup> Em parte devido a tal densidade,

também é o primeiro tratado de direitos humanos no âmbito das Nações Unidas a trazer títulos para seus artigos, de modo facilitar a sua acessibilidade.

### 3 INCORPORAÇÃO DA CONVENÇÃO NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

O Brasil assinou o instrumento em 30 de março de 2007 em conjunto com os demais países presentes à cerimônia de assinatura, no entanto só veio a depositar o instrumento de ratificação em 1º de agosto de 2008. O Poder Executivo encaminhou a Convenção em língua portuguesa ao Congresso Nacional por meio da Mensagem (MSC) nº 711/07, datada de 02 de outubro de 2007. Inicialmente recebida pela Presidência da Câmara dos Deputados para análise e votação, a Mensagem seguiu para o Senado Federal.<sup>31</sup>

Paralelamente, a sociedade civil brasileira se organizou e lançou a campanha “Assino Inclusão” em setembro de 2007, a fim de pressionar os parlamentares para a ratificação do tratado com quórum qualificado conforme procedimento do parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição Federal. Lopes ressalta que o movimento se formou “a partir de uma coalizão de membros da sociedade civil, organizações não governamentais militantes na área dos direitos humanos e da deficiência, autoridades públicas e acadêmicas.”<sup>32</sup> Dentro deste movimento pró-ratificação, o Conselho Nacional das Pessoas com Deficiência (CONADE) e a antiga Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência (CORDE)<sup>33</sup> tiveram papel protagonista na mobilização parlamentar.

Laís Vanessa Carvalho de Figueirêdo Lopes esclarece que, ao chegar à Câmara dos Deputados em novembro de 2007, o Deputado Federal Arlindo Chinaglia (PT) propôs a criação de uma Comissão Especial para apreciar e proferir parecer sobre a Mensagem Presidencial. Dias depois aprovou-se igualmente o requerimento de tramitação em regime de urgência. Assim, já em maio de 2008 todos os documentos estavam à disposição do plenário da Câmara dos Deputados.<sup>34</sup> Entre os parlamentares não haveria discordância sobre o mérito da ratificação, ou seja, todos concordariam com o conteúdo da Convenção e que a mesma deveria ser incorporada ao ordenamento brasileiro.

A divergência sobreveio no que tange à adoção do procedimento do parágrafo 3º do artigo 5º da CF/88, e naturalmente a respeito de conceder ao tratado *status* equivalente a emenda constitucional. Este parágrafo foi introduzido em 2004 pela Emenda Constitucional nº 45, trazendo a seguinte prescrição:

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

A inclusão buscou, portanto, garantir a constitucionalidade formal às normas internacionais de direitos humanos. O parágrafo 2º do artigo 5º

– mantido integralmente após a EC nº 45/2004 – visava, o estabelecimento de uma constitucionalização material devido à abertura genérica do ordenamento a “direitos e garantias [...] não excluem outros decorrentes [...] dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.” O parágrafo 3º, por sua vez, almeja a incorporação formal das normas de direitos humanos ao bloco de constitucionalidade, propondo a equivalência a emendas à Constituição.

A dúvida recaiu sobre a obrigatoriedade ou não da adoção do parágrafo 3º na ratificação de tratados internacionais, uma vez que seu núcleo verbal incita a dubiedade. O texto dispõe que “tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos *que forem* aprovados [...]” segundo o procedimento das emendas constitucionais transformar-se-ão em normas formalmente constitucionais. A locução “que forem” tem interpretação ambígua, uma vez que poderia implicar na facultatividade da adoção ou não do procedimento constituinte derivado. Caso se compreenda que o procedimento é facultativo, poder-se-ia incorrer na situação juridicamente intrincada de subsistirem tratados internacionais de direitos humanos aprovados com *status* de emenda constitucional e outros aprovados com *status* de lei ordinária, mesmo após a EC nº 45/2004. Assim, pelo método de interpretação gramatical, o constituinte derivado aparenta haver consentido na coexistência de tratados internacionais com *status* diferentes.<sup>35</sup> Apesar disso, vislumbrar tal incongruência levanta forte oposição. Um ordenamento que admita e preze pela primazia dos direitos fundamentais não poderia albergar esta incoerência.

Sublinha-se que a submissão de tratados porvindouros ao procedimento qualificado é entendida por certos juristas como obrigatória. Celso Lafer aponta que, a partir da vigência da Emenda Constitucional nº 45, “os tratados internacionais a que o Brasil venha a aderir, para serem recepcionadas formalmente como normas constitucionais, devem obedecer ao item previsto no novo parágrafo 3º do art. 5º.”<sup>36</sup> Emerique e Guerra, por outro lado, admitem a possibilidade jurídica de normas de direitos humanos com *status* diferentes.<sup>37</sup> Ressaltam que, caso o quórum qualificado não seja atingido, mas somente uma maioria simples aprová-los, os tratados de direitos humanos serão “internalizado[s] em consonância com a compreensão defendida pela corrente da supralegalidade.” Assim, Emerique e Guerra aceitam que subsistam no ordenamento normas de direitos humanos com *status* de norma constitucional e *status* de norma infraconstitucional. De modo semelhante se manifesta Rodrigo d’Araujo Gabsch, “o novo dispositivo não obriga o Poder Legislativo a adotar este processo para os acordos de direitos humanos que lhe venham a ser submetidos; apenas o autoriza a fazê-lo.”<sup>38</sup>

Este entendimento é veementemente rechaçado por Cançado Trindade. O magistrado contende que o parágrafo 3º, bem como os adeptos à categorização hierárquica plural, manifesta um “retrocesso provinciano [que] põe em risco a interrelação ou indivisibilidade dos direitos protegidos em nosso país [...], ameaçando-os de fragmentação ou atomização, em favor dos excessos de um formalismo e hermetismo jurídicos eivados de obscurantismo.”

A par da interpretação gramatical, a hermenêutica jurídica fornece outras ferramentas interpretativas. O arcabouço de relações jurídicas e finalidades sociais atualmente cingidas pela ordem constitucional do Estado Democrático de Direito brasileiro coloca-se de modo a superar a literalidade exegeta. Glauco Magalhães Filho preleciona que é possível adotar-se outras modalidades interpretativas para normas jurídicas. Salienta-se que a tese de inexistência de *stati dispares* para tratados de direitos humanos se baseia em: interpretação lógica, seja pela pesquisa de sentido à luz de quaisquer elementos exteriores, seja pela compatibilização com a vontade do legislador; interpretação sistemática, que interpreta a norma à luz das demais normas e dos princípios do ordenamento; e na interpretação teleológica, a partir do fim ou vantagem social a que se destina a norma.<sup>39</sup> Tal veia interpretativa tem sido adotada por Tribunais Superiores, como no Acórdão do Superior Tribunal de Justiça, *in casu*:

CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO FISCAL. DEPOSITÁRIO INFIEL [...] EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/2004. PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA. APLICAÇÃO IMEDIATA. ORDEM CONCEDIDA. PRECEDENTES. 1. A infidelidade do depósito de coisas fungíveis não autoriza a prisão civil. 2. Receita penhorada. Paciente com 78 anos de idade. Dívida garantida, também, por bem imóvel. 3. Aplicação do Pacto de São José da Costa Rica, em face da Emenda Constitucional nº 45/2004, que introduziu modificações substanciais na nova Carta Magna. 4. § 1º, do art. 5º, da CF/88: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. 5. No atual estágio do nosso ordenamento jurídico, há de se considerar que: - a) a prisão civil de depositário infiel está regulamentada pelo Pacto de São José da Costa Rica, do qual o Brasil faz parte; - b) a Constituição da República, no Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), Capítulo I (Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos), registra no § 2º do art. 5º que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. No caso específico, inclui-se no rol dos direitos e garantias constitucionais o texto aprovado pelo Congresso Nacional inserido no Pacto de São José da Costa Rica; - c) o § 3º do art. 5º da CF/88, acrescido pela EC nº 45, é taxativo ao enunciar que “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”. Ora, apesar de à época o referido ato ter sido aprovado com quórum de lei ordinária, é de se ressaltar que ele nunca foi revogado ou retirado do mundo jurídico, não obstante a sua rejeição decantada por decisões judiciais. De acordo com o citado § 3º, a Convenção continua em vigor, desta feita com

força de emenda constitucional. A regra emanada pelo dispositivo em apreço é clara no sentido de que os tratados internacionais concernentes a direitos humanos nos quais o Brasil seja parte devem ser assimilados pela ordem jurídica do país como normas de hierarquia constitucional; - d) não se pode escantear que o § 1º supra determina, peremptoriamente, que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Na espécie, devem ser aplicados, imediatamente, os tratados internacionais em que o Brasil seja parte; - e) o Pacto de São José da Costa Rica foi resgatado pela nova disposição constitucional (art. 5º, § 3º), a qual possui eficácia retroativa; - f) a tramitação de lei ordinária conferida à aprovação da mencionada Convenção, por meio do Decreto nº 678/92 não constituirá óbice formal de relevância superior ao conteúdo material do novo direito aclamado, não impedindo a sua retroatividade, por se tratar de acordo internacional pertinente a direitos humanos. Afasta-se, portanto, a obrigatoriedade de quatro votações, duas na Câmara dos Deputados, duas no Senado Federal, com exigência da maioria de dois terços para a sua aprovação (art. 60, § 2º). [...] 8. Recurso em habeas corpus provido para conceder a ordem. (RHC 200502114587/RS, Relator(a): Ministro JOSÉ DELGADO, Primeira Turma, julgado em 09/05/2006, DJ 09/05/2006. PG:00249 LEXSTJ VOL.:00215 PG:00277).

Posicionar-se pela recepção constitucional dos tratados anteriores à Emenda Constitucional nº 45/2004 realmente parece ser a postura mais acertada para a salvaguarda dos direitos fundamentais já previstos nos 250 artigos do Texto Constitucional, nas numerosas normas de tratados já incorporados à ordem jurídica brasileira e nas tantas mais quantas sobrevierem através de futuras convenções internacionais. Quanto aos tratados prospectivos, também em vista dos princípios constitucionais humanistas basilares, deve-se rejeitar a discricionariedade do Congresso Nacional em apreciar tratados de direitos humanos conforme qualquer outro procedimento o qual não seja o de emenda constitucional.

Na análise da Convenção, o consenso entre os parlamentares não foi imediato. Contudo, na primeira sessão, em 13 de maio de 2008, a aprovação com *status* constitucional, conforme o §3º do artigo 5º, obteve 418 votos favoráveis, 11 abstenções e nenhum voto contrário à proposta. Na segunda sessão, dia 28 de maio de 2008, a aprovação se repetiu com 356 votos favoráveis, seis abstenções e nenhum voto contrário.

Após a aprovação em dois turnos na Câmara, o texto convencional, já com *status* de Proposta de Emenda à Constituição (PEC), seguiu para o Senado Federal. A Casa Superior do Congresso Nacional aprovou, dia 2 de julho de 2008, em duas sessões realizadas em ato contínuo, com 56 votos favoráveis e nenhum contrário. O quorum mínimo para a sua aprovação com *status* de

emenda à Constituição foi deste modo atingindo. O Decreto Legislativo nº 186/2008, dia 9 de julho de 2008, incorporou a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo no Brasil com *status* de norma formalmente constitucional.<sup>40</sup> Em 25 de agosto de 2009, o Presidente da República promulgou e fez publicar a Convenção e o Protocolo Facultativo através do Decreto Presidencial nº 6.949/2009, conforme suas competências previstas no artigo 84, IV da Constituição. O Decreto Presidencial é realizado no Brasil para dar execução ao tratado a nível interno. Internacionalmente, a obrigatoriedade começa desde o depósito do instrumento de ratificação,<sup>41</sup> o que *in casu* se deu com base na autorização parlamentar concedida pelo Decreto Legislativo nº 186/2008.

A aceitabilidade do conteúdo previsto no tratado e sua ratificação enquanto emenda constitucional se deveu não somente à pressão interna dos movimentos pelos direitos das pessoas com deficiência no Brasil, mas também devido ao consenso internacional formulado através de um processo bastante participativo em âmbito internacional, que reuniu centenas de entidades de pessoas com deficiência de todo o mundo em torno das sessões do Comitê *ad hoc*.

#### 4 LEGITIMIDADE DA CONVENÇÃO

A participação popular na elaboração da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência a nível internacional foi inédita. Foram centenas de organizações de e para pessoas com deficiência envolvidas no processo e algumas milhares de pessoas com deficiência diretamente engajadas nos debates e proposições.

A existência de organizações estabelecidas em rede compostas por numerosas outras ONGs de abrangência local, nacional e regional contribuiu bastante para a incidência contundente da sociedade civil no processo. Entre os atores centrais estava a International Disability Alliance, organização guarda-chuva criada em 1997 envolvendo organizações mundiais de variados segmentos de deficiência, como a Disabled People's International (DPI), Inclusion International, Federação Mundial dos Surdos, Federação Mundial dos Surdo-cegos, União Mundial dos Cegos, Rede Mundial de Usuários e Sobreviventes da Psiquiatria, e Down Syndrome International. Somaram-se à aliança de organizações mundiais, numerosas organizações regionais e nacionais, com destaque no contexto latino-americano para a Red Latinoamericana de Organizaciones No Gubernamentales de Personas con Discapacidad y sus Familias (RIADIS).

A IDA foi assim instrumental no estabelecimento do International Disability Caucus (IDC), a rede da sociedade civil que foi a principal responsável por emendas, intervenções e incidência através de pronunciamentos em plenário, bem como informalmente nos corredores do Palais des Nations e do Palais Wilson<sup>42</sup> durante as sessões do Comitê *ad hoc* em Genebra, Suíça.<sup>43</sup>

No que tange à participação do corpo diplomático brasileiro, as análises tendem a realçar o espírito cooperativo e a abertura ao diálogo. Opina Izabel Maria Madeira de Loureiro Maior, “Não existe quem tenha participado que deixe de atestar a parceria da sociedade e do governo brasileiros. Fato novo, intrigante e instigante, marcará para sempre o peso e o valor da voz daqueles que estão à margem dos fatos.”<sup>44</sup> A elaboração da Convenção de forma participativa encontrou abertura nos corredores das Nações Unidas junto às variadas delegações presentes.

Os esforços da sociedade civil se congregavam em torno do lema “Nada para nós, sem nós”, uma premissa de empoderamento, inclusão e participação direta nos processos que impactam as pessoas com deficiência. O mote surgiu a partir do trabalho do estadunidense James I. Charlton,<sup>45</sup> o qual influenciou profundamente o imaginário do movimento de pessoas com deficiência quanto à perspectiva de participação direta e não de substituição.

O modo de elaboração da Convenção se considera o mais participativo da história dos tratados de direitos humanos das Nações Unidas. Este fato aporta elementos de legitimidade até então desconhecidos à dinâmica diplomática conservadora da ONU. Tradicionalmente, a negociação e redação dos tratados são realizadas por diplomatas e/ou por embaixadores detentores de poderes pleni-potenciários para atuar representando seus Estados. Contudo, tais representantes não eleitos dispõem de, no mínimo, uma legitimidade democrática limitada.

Legitimidade democrática é um elemento fundamental ao debate do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Embora comumente interpretada como temática afeta exclusivamente às relações de poder intraestatal, importa indagar quais são os fatores envolvidos na garantia de sua aceitação social, convencimento interestatal e, principalmente, de cumprimento e implementação. Não obstante, aponta-se uma análise do ponto de vista do Estado para, em seguida, expandir o escopo.

Ingeborg Maus defende, “O Estado não tem que seguir um fim jurídico próprio, e sim, que o fim jurídico consiste exclusivamente na compatibilização das prerrogativas dos indivíduos entre si.”<sup>46</sup> Entende, portanto, que a finalidade precípua do Estado é harmonizar a convivência entre os indivíduos, apesar de que o mesmo ainda não haja conseguido harmonizar conceitualmente e de modo satisfatório as autonomias pública e privada.<sup>47</sup> É exatamente na interface, entre a autonomia privada – i.e. *auto* “própria” + *nomos* “norma” – e as prerrogativas públicas, que se desenvolvem os entraves político-jurídicos e a luta por direitos.

Dentro do sistema sociopolítico corrente, o processo legislativo é o principal mediador desta relação conflitiva entre o convívio social e as prerrogativas individuais. Do ponto de vista jurídico, a maior fonte de legitimidade para restrição da autonomia seriam as leis. Jürgen Habermas<sup>48</sup> preconiza, no entanto, que “o processo legislativo [deve] se apoiar no princípio da soberania do povo.” Surge, na visão do jurista, um paradoxo aparentemente invisível no processo de formação estatal moderno: o paradoxo da gênese da legitimidade

a partir da legalidade. Nos debates jurídicos propedêuticos, dicotomiza-se o Direito sob a ótica metafísica do direito natural e da moral em oposição à legalidade pura. Todavia, a partir de Immanuel Kant, o conceito de moral se desengata do conceito do Direito, de maneira que “o sistema jurídico que se tornou inteiramente autônomo tem que sobreviver com suas ficções autoproduzidas.”<sup>49</sup> Kant compreende que o contrato social – aquele que supostamente celebraram os seres humanos em sua gênese a fim de possibilitar a formação da sociedade – não seria um contrato para uma determinada finalidade e sim um fim em si mesmo. A convivência em sociedade seria a finalidade única e precípua do contrato social. A partir da aceitação coletiva das limitações às autonomias individuais, teria se permitido o estabelecimento de sociedades livres de uma conflitualidade destrutiva permanente.

O pensamento positivista de Hans Kelsen também propôs o desfazimento do laço entre as esferas normativas da moral e do Direito. A doutrina kelseniana estabelece que é a forma a responsável por revestir as decisões e competências jurídicas de sua força de obrigatoriedade.<sup>50</sup> Destarte, os direitos subjetivos em geral seriam definidos como interesses protegidos objetiva e juridicamente por normas jurídicas expressas.<sup>51</sup> A lei se tornaria a fonte primária da legitimidade para a imposição estatal – i.e. pública – sobre a autonomia das pessoas. Regredindo na análise, entretanto, não se consegue esclarecer de onde o Direito positivo, *per se*, obtém sua legitimidade.

Buscando responder a esta indagação, expoentes da Escola de Frankfurt refutam a concepção de que o contrato seja desprovido de valores. Maus argui, em análise do posicionamento kantiano, que “pode-se instituir grande ordem e paz na opressão geral.”<sup>52</sup> A autora propõe que se deve contrapor o *pactum subjectionis* ao *pactum unionis*, ou seja, deve ser garantida uma segurança democrática de liberdade que seja alicerçada não sobre uma mera constitucionalização ou legalização formal – que pode tender à opressão e à sujeição popular a um poder autoritário – e sim sobre a socialização do poder. De modo análogo aposta Habermas, em referência a Thomas Hobbes, “Se assumirmos a perspectiva de Kant [...], descobriremos [...] em Hobbes o teorizador de um Estado constitucional burguês sem democracia, muito mais do que o apologeta do absolutismo desenfreado.”<sup>53</sup>

Contende-se que a fonte de toda legitimidade certamente não estaria no processo de legiferação *per se*, mas se encontraria no princípio da soberania do povo.<sup>54</sup> Soberania popular fundamentaria, por seu turno, a democracia. Sem o valor democrático, a harmonia social poderia até ser alcançada e a legitimidade estritamente legal estabelecida, contudo tal feito se daria provavelmente à revelia dos valores de justiça social e teria sua estabilidade política comprometida. Kant, conforme mencionado supra, é apontado como precursor da noção de legitimidade formal firmada somente sobre leis. O filósofo defende que o Direito se caracterizaria por ser um “conteúdo especial” incorporado ao contrato social, o qual constituiria o modelo ou o intermediador para uma socialização sob o domínio das normas jurídicas.

Por outro lado, Habermas percebe a moral e a democracia como estando interligadas, de modo que o Direito não constituiria um intermediador entre o princípio da moral e o princípio da democracia, e sim, “o verso da medalha do próprio princípio da democracia.”<sup>55</sup> O Direito teria assim elementos morais e valores sociais em sua constituição; a soberania popular seria o meio de garantir sua implementação, já que estaria no interesse do povo a realização destes valores. Os direitos humanos são vistos, nesta ótica, ora como um desdobramento efetivamente jurídico – quando já reconhecidos e instituídos –, ora como esforços de aplicação *erga omnes* de normas morais em disputa política – quando ainda em contenção sociopolítica. Contratualistas democráticos, notadamente Kant e Jean-Jacques Rousseau, já admitiam subliminarmente essa relação de concorrência entre os direitos humanos – enquanto adágio de cunho moral – e o princípio da soberania do povo.<sup>56</sup>

Entende-se também que a soberania popular seria a fonte mesma dos direitos subjetivos, formalmente estabelecidos ou não. Direitos subjetivos desempenhariam um papel central na moderna compreensão do Direito, uma vez que corresponderiam à esfera de liberdade de ação subjetiva, ou seja, estes direitos determinariam o campo de permissibilidade para o livre emprego da vontade individual.<sup>57</sup> Esta relação não está todavia bem delimitada e desafia até os dias atuais a análise e compreensão dos fenômenos sociopolíticos no seio da regulamentação jurídica.

Leis, direitos humanos, soberania popular e legitimidade democrática coexistem por meio de relações de poder. Pretender a primazia dos direitos humanos pressupõe a constatação de que “a justiça é indissociável do poder.”<sup>58</sup> Essas relações de poder se sobreporiam ao Direito, disputando-o. As desigualdades existentes, a opressão sobre certos grupos sociais e a resistência à exclusão, tudo se agregaria na equação da qual resultariam as realidades sociojurídicas.

Exponentes dos estudos jurídicos críticos que desenvolvem sua argumentação sobre os preceitos realistas de crítica ao Direito, arrazoam a existência de uma relação simbiótica entre Direito e poder; “para muitos, o Direito é política.”<sup>59</sup> Sem chegar a almejar reduzir o objeto de análise a adágios ontológicos pouco esclarecedores, cabe ressaltar o posicionamento de Habermas, que proclama, “o direito não pode satisfazer apenas às exigências funcionais de uma sociedade complexa, devendo levar em conta também as condições precárias de uma integração social.”<sup>60</sup> As condições de integração social dizem respeito a outro conceito intrinsecamente relacionado à noção de direitos subjetivos: a cidadania.

Boaventura de Sousa Santos inaugura um conceito de cidadania baseado na ideia de pertença. O sentimento de pertença social se traduz na visão eurocêntrica enquanto cidadania. São cidadãos aqueles que pertencem ao corpo social, que nele estão incluídos e dentro do qual gozam de mobilidade. O conceito problematiza-se quando contraposto à ideia de direitos humanos: “Todos são humanos, mas só alguns são cidadãos.”<sup>61</sup>

Há cidadãos e há não-cidadãos, há os que gozam de direitos e os que não. Hanna Arendt preconiza a ideia de que a cidadania seria “ter direito a ter direitos.”<sup>62</sup> Logo, não seria a condição humana ou a efetiva inserção no meio social que atribuiria direitos subjetivos às pessoas, senão algo distinto. Cidadania seria algo essencialmente excludente e fundado em regras jurídicas que garantem *status* sociais diferenciados. Essa dinâmica de diferenciação, no que tange ao gozo de direitos, se mostra bastante problemática na ordem mundial atual, emoldurada por iniciativas do neoliberalismo, em que o Estado-nação sofre um processo de enfraquecimento de sua habilidade de implementar direitos.<sup>63</sup> Não obstante, hoje a cidadania “apesar de ser cada vez mais precária para quem a tem, é cada vez mais preciosa para quem a não tem.”<sup>64</sup>

O Direito e, particularmente, os direitos humanos são fundamentais na busca da emancipação social e na busca da cidadania. Assim, devem estar conectados a uma globalização contra-hegemônica ou a partir de baixo, com base em que se pode vislumbrar uma dimensão jurídica de lutas globais em prol de direitos. Santos discorre a respeito da emergência de um “cosmopolitismo subalterno” ou “cosmopolitismo dos oprimidos”, conforme o qual se percebem grupos sociais, redes, iniciativas, organizações e movimentos de tipo local, nacional e transnacional ativos no esforço de enfrentar a globalização neoliberal excludente e de lhe contrapor alternativas.<sup>65</sup> Neste sentido, um dos instrumentos desta luta contra-hegemônica se perfaz através da legalidade cosmopolita em oposição à legalidade demoliberal.

A legalidade cosmopolita – ou internacional – é utilizada como ferramenta por estes grupos subalternos para se integrarem em mobilizações políticas mais amplas e criar acordos supraestatais que assegurem certos direitos, em superação da cidadania nacional e fundada na condição fundamental de ser humano. Tal legalidade por meio do Direito Internacional dos Direitos Humanos tem aprofundado a globalização contra-hegemônica. Desafia-se o Direito, paradoxalmente, através da luta em âmbito global por um novo Direito e por direitos cada vez mais inclusivos.<sup>66</sup>

O processo de elaboração da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com deficiência se insere justamente neste cenário cosmopolitismo subalterno em prol da inclusão e da visibilidade de direitos antes ofuscados pelo manto generalista das cláusulas de não discriminação. Muito mais do que não ser discriminado – como forma de não agir dos Estados – lutou-se pela participação direta e efetiva, pela inclusão e por uma vida em igualdade de condições com as demais pessoas. Tratou-se de um tratado internacional que sobreleva uma igualdade material complexa, um Direito com base democrática e uma legitimidade que unisse a forma à substância.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Compreende-se que a soberania popular seria fonte fundamental de legitimidade do Direito, uma vez que estaria fundada em valores morais compartilhados pelo povo – i.e., direitos humanos. O modelo democrático, mesmo

a nível internacional, seria o instrumento, talvez o mais adequado encontrado até o momento, para viabilizar um poder estatal legiferante legítimo. Ultimamente, porém, pressiona-se para que a democracia não se resuma à perspectiva representativo-eleitoral; a participação cidadã direta faz-se imperiosa.

Embora a nível interno, os Estados têm administrado esses anseios populares através de mecanismos como referendos, plebiscitos, conselhos paritários de direitos e outros mecanismos de participação, na esfera internacional as iniciativas participativas ainda se mostram tímidas. As Nações Unidas ainda se estruturam em alicerces estritamente estatocêntricos e fortemente apoiados na noção de soberania nacional. Debates, negociações e acordos internacionais têm sido caracterizados pela participação de plenipotenciários estatais de corpos diplomáticos, os quais não dispõem de representatividade eleitoral e estão virtualmente desvinculados dos freios e contrapesos democráticos, bem como dos anseios populares. No entanto, a sobriedade dos corredores cinza da ONU vem sendo disputada por setores crescentes de uma sociedade civil rica em diversidade que exige a quebra de seus protocolos estáticos, concebidos há dois séculos, em prol de uma organização que se aproxime e que corresponda às demandas sociais mundiais.

A participação da sociedade civil no processo de construção da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência decorre do desdobramento destes anseios. Nunca a inserção da agenda de um movimento foi tão levada em conta em um documento juridicamente vinculante transnacional como o foi na Convenção. Tratou-se fundamentalmente da luta por cidadania de um segmento que sofre exclusão a nível mundial, por parte do Estado, da comunidade, da família.

As pessoas com deficiência, em muitas partes do globo, são tidas como seres subumanos e disfuncionais. A negação de cidadania se deve em grande parte à sua exclusão social por barreiras sociais de natureza física, comunicativa e atitudinal. Excluir-lhes do convívio social também lhes retira a autonomia e impede-lhes de exercer seus direitos em igualdade de condições com as demais pessoas.

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência constituiu-se sob intensa participação da sociedade civil mundial e apresenta uma legitimidade, sob a ótica da soberania popular e da democracia, inédita entre os tratados internacionais de direitos humanos. Alicerçada em tão consistente fundamento, dificilmente passará a ser um tratado *pro forma*. A legitimidade assegura uma pressão executória latente que virá, possivelmente em breve, beneficiar as pessoas com deficiência com mudanças concretas em suas vidas.

Considera-se que “finalmente, empoderou-se a maior minoria do mundo”<sup>67</sup>, através da participação direta dos sujeitos de direito envolvidos. Por outro lado, poder-se-ia asseverar que a maior minoria veio a empoderar a Convenção. A legitimidade democrática interpõe uma força sociopolítica inovadora ao instrumento. Tal singular processo poderá oxigenar os anseios cosmopolitas para inclusão social das pessoas com deficiência com força inaudita. O Brasil certamente não ficará à margem das mudanças.

## REFERÊNCIAS

ARENDDT, Hannah. *The Origins of Totalitarianism*. [s.l.]: Harcourt Brace Jovanovich, 1973.

CESCR, Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas. General Comment No. 5 (1994): Persons with disabilities (Annex IV). **TBINTERNET**. 1994. Disponível em: <[http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en)>. Acesso em: 10 out. 2012.

CHARLTON, James I. *Nothing About Us Without Us: Disability Oppression and Empowerment*. [s.l.]: University of California Press, 1998.

COMITÊ AD HOC SOBRE A CONVENÇÃO SOBRE PESSOAS COM DEFICIÊNCIA. Committee negotiating convention on rights of disabled persons concludes current session. Chairman Says Draft Convention Sets Out “Detailed Code Of Implementation and Spells Out How Individual Rights Should Be Put into Practice”. United Nations General Assembly SOC/4680. **United Nations**. Disponível em: <<http://www.un.org/News/Press/docs/2005/soc4680.doc.htm>>.

DA FONSECA, Ricardo Tadeu Marques. A ONU e o seu conceito revolucionário de pessoa com deficiência. Todos Nós. **Unicamp**. Disponível em: <<http://styx.nied.unicamp.br/todosnos/noticias/a-onu-e-o-seu-conceito-revolucionario-de-pessoa-com-deficiencia/>>. Acesso em: 9 jul. 2012.

EMERIQUE, Lilian Balmant; GUERRA, Sidney. A incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos na ordem jurídica brasileira. **Revista Jurídica**, v. 10, n. 90, 2008, p. 1–34.

GABSCH, Rodrigo d’Araujo. Aprovação de Tratados Internacionais pelo Brasil: Possíveis opções para acelerar o seu processo. Brasília: **Fundação Alexandre Gusmão - FUNAG**, 2010. Disponível em: <[http://www.funag.gov.br/biblioteca/dmdocuments/Aprovacao\\_interna\\_de\\_tratados\\_pelo\\_brasil.pdf](http://www.funag.gov.br/biblioteca/dmdocuments/Aprovacao_interna_de_tratados_pelo_brasil.pdf)>.

HABERMAS, Jürgen. In: SIEBENEICHLER, Flávio Beno (Trad.). **Direito e Democracia Entre Facticidade e Validade**. 4. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. 1. (Biblioteca Tempo Universitário 101).

IBGE, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. IBGE | Você Sabia? | Datas Comemorativas - Dia Internacional da Pessoa Portadora de Deficiência. **IBGE - Você sabia?** Disponível em: <<http://7a12.ibge.gov.br/voce-sabia/calendario-7a12/event/57-dia-internacional-da-pessoa-portadora-de-deficiencia>>. Acesso em: 20 ago. 2013.

IDA, International Disability Alliance. **International Disability Alliance - About us**. Disponível em: <<http://www.internationaldisabilityalliance.org/en>>. Acesso em: 10 jul. 2013.

KANTER, Arlene S. **The Law: What's Disability Studies Got to Do with It or an Introduction to Disability Legal Studies**. Rochester, NY: Social Science Research Network, 2011. Disponível em: <<http://papers.ssrn.com/abstract=1822439>>. Acesso em: 30 jul. 2013.

KAYESS, Rosemary; FRENCH, Phillip. Out of Darkness into Light? Introducing the Convention on the Rights of Persons with Disabilities. **Human Rights Law Review**, v. 8, n. 1, p. 1–34, 2008.

LAFER, Celso. **A internacionalização dos direitos humanos: Constituição, racismo e relações internacionais**. [s.l.]: Manole, 2005.

LOPES, Anselmo Henrique Cordeiro. A força normativa dos tratados internacionais de direitos humanos e a Emenda Constitucional nº 45/2004. **Jus Navigandi**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/6157/a-forca-normativa-dos-tratados-internacionais-de-direitos-humanos-e-a-emenda-constitucional-no-45-2004>>. Acesso em: 10 out. 2012.

LOPES, Laís Vanessa Carvalho de Figueirêdo. **Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU, seu Protocolo Facultativo e a Acessibilidade**. Dissertação de Mestrado em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP, São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://dominiopublico.mec.gov.br/download/teste/arqs/cp107002.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2012.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica Clássica Jurídica**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. Disponível em: <<scripts/resenha/resenha.asp>>. Acesso em: 19 jul. 2013.

MAIOR, Izabel Maria Madeira de Loureiro. Apresentação. In: DE RESENDE, Ana Paula Crosara de; VITAL, Flavia Maria de Paiva (Orgs.). **A Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência Comentada**. Brasília: **Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República**, 2008. Disponível em: <<http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&ved=0CCCQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.governoeletronico.gov.br%2Fbiblioteca%2Farquivos%2Fa-convencao-sobre-os-direitos-das-pessoas-com-deficiencia-comentada&ei=WqTcUY21Flj09gTb-4CQDg&usq=AFQjCNG50EhnEAoLkKbnUUzZhAb4Ix1lhA&sig2=XTCzr11rA0zo418vXyRgFA&bvm=bv.48705608,d.eWU>>. Acesso em: 9 jul. 2012.

MAUS, Ingeborg. In: BARRETO, Martonio Mont'Alverne; ANTONIUK, Elisete (Trad.). **O Direito e a Política: Teoria da Democracia**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

MÉGRET, Frédéric. The Disabilities Convention: Towards a Holistic Concept of Rights. **The International Journal of Human Rights**, v. 12, n. 2, p. 261–278, 2008.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. 2. v.

OMS, Organização Mundial de Saúde. What is being done to improve the daily lives of people with disabilities? **WHO**. Disponível em: <<http://www.who.int/features/qa/16/en/index.html>>. Acesso em: 3 ago. 2013.

ONU, Assembleia Geral. United Nations Standard Rules on the Equalization of Opportunities for Persons with Disabilities adopted by General Assembly Resolution n. A/RES/48/96. 1993.

ONU, United Nations Treaty Collection. Convention on the Rights of Persons with Disabilities - Status. **United Nations**. Disponível em: <[http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV-15&chapter=4&lang=en](http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-15&chapter=4&lang=en)>. Acesso em: 8 jul. 2013.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional: um estudo comparativo dos sistemas europeu, interamericano e africano**. São Paulo: Saraiva, 2006. Disponível em: <[http://www.livrariasaraiva.com.br/produto/4891623/Direitos-Humanos-e-Justica-Internacional-4a-Ed.-2013/?pac\\_id=120552&utm\\_source=midias\\_sociais&utm\\_medium=facebook&utm\\_campaign=smo\\_produto](http://www.livrariasaraiva.com.br/produto/4891623/Direitos-Humanos-e-Justica-Internacional-4a-Ed.-2013/?pac_id=120552&utm_source=midias_sociais&utm_medium=facebook&utm_campaign=smo_produto)>. Acesso em: 19 jul. 2013.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Poderá o direito ser emancipatório? **Revista Crítica de Ciências Sociais**, n. 65, p. 3–76, 2003.

SCHULZE, Marianne. **Understanding The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: A Handbook on Human Rights of Persons With Disabilities**. 3. ed. New York: Handicap International, 2010.

SIEBERS, Tobin. Disability and the Right to Have Rights. **Disability Studies Quarterly**, v. 27, n. 1/2, 2007. Disponível em: <<http://dsq-sds.org/article/view/13>>. Acesso em: 11 ago. 2013.

UN ENABLE, Secretariat for the Convention on the Rights of Persons with Disabilities (SCRPD). The United Nations and Persons with Disabilities Chronology: 1980's - present. **United Nations**. Disponível em: <<http://www.un.org/disabilities/default.asp?id=125>>. Acesso em: 6 ago. 2013.

WENDELL, Susan. **The Rejected Body: Feminist Philosophical Reflections on Disability**. [s.l.]: Routledge Chapman & Hall, 1996.

YOUTUBE. **Boaventura de Sousa Santos - A cidadania a partir dos que não são cidadãos**. Coimbra: [s.n.], 2012. Disponível em: <[http://www.youtube.com/watch?v=uhhI72rKxt8&feature=youtube\\_gdata\\_player](http://www.youtube.com/watch?v=uhhI72rKxt8&feature=youtube_gdata_player)>. Acesso em: 19 jul. 2013.

- 1 IBGE, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, IBGE | Você Sabia? | Datas Comemorativas - Dia Internacional da Pessoa Portadora de Deficiência, **IBGE - Você sabia?** Disponível em: <<http://7a12.ibge.gov.br/voce-sabia/calendario-7a12/event/57-dia-internacional-da-pessoa-portadora-de-deficiencia>>, acesso em: 20 ago. 2013.
- 2 OMS, Organização Mundial de Saúde, What is being done to improve the daily lives of people with disabilities? **WHO**, disponível em: <<http://www.who.int/features/qa/16/en/index.html>>, acesso em: 3 ago. 2013.
- 3 WENDELL, Susan, **The Rejected Body: Feminist Philosophical Reflections on Disability**, [s.l.]: Routledge Chapman & Hall, 1996, p. 18.
- 4 KAYESS, Rosemary; FRENCH, Phillip. *Out of Darkness into Light? Introducing the Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, **Human Rights Law Review**, v. 8, n. 1, p. 1–34, 2008, p. 12.
- 5 *The Disabilities Convention: Towards a Holistic Concept of Rights*, **The International Journal of Human Rights**, v. 12, n. 2, p. 261–278, 2008, p. 263.
- 6 PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional: um estudo comparativo dos sistemas europeu, interamericano e africano**, São Paulo: Saraiva, 2006, p. 8.
- 7 Artigo 1º “A pessoa deficiente mental tem, na máxima medida possível, os mesmos direitos que os demais seres humanos.” (Declaração sobre os Direitos das Pessoas Deficientes Mentais, 1971)
- 8 Original: Declaration on the Rights of Mentally Retarded Persons (1971)
- 9 Original: Declaration on the Rights of Disabled Persons (1975)
- 10 SCHULZE, Marianne, **Understanding The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: A Handbook on Human Rights of Persons With Disabilities**, 3. ed. New York: Handicap International, 2010.
- 11 KAYESS; FRENCH, op. cit., p. 24.
- 12 ONU, Assembleia Geral, United Nations Standard Rules on the Equalization of Opportunities for Persons with Disabilities adopted by General Assembly Resolution n. A/RES/48/96, 1993.
- 13 UN ENABLE, Secretariat for the Convention on the Rights of Persons with Disabilities (SCRPD), *The United Nations and Persons with Disabilities Chronology: 1980's - present*, **United Nations**. Disponível em: <<http://www.un.org/disabilities/default.asp?id=125>>, acesso em: 6 ago. 2013.
- 14 KAYESS; FRENCH, op. cit.
- 15 Original: *Ad Hoc Committee on a Comprehensive and Integral International Convention Protecting the Rights and Dignity of Persons with Disabilities*.
- 16 KAYESS; FRENCH, op. cit., p. 17–18.
- 17 SCHULZE, op. cit., p. 18; KAYESS; FRENCH, op. cit., p. 20.
- 18 CESCR, Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas, General Comment No. 5 (1994): Persons with disabilities (Annex IV), 1994.
- 19 Comitê com secretariado lotado sob o Escritório do Alto Comissariado de Direito Humanos.
- 20 LOPES, Laís Vanessa Carvalho de Figueirêdo, **Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU, seu Protocolo Facultativo e a Acessibilidade**, Dissertação de Mestrado em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP, São Paulo, 2009.
- 21 KAYESS; FRENCH, op. cit., p. 18–19.
- 22 COMITÊ AD HOC SOBRE A CONVENÇÃO SOBRE PESSOAS COM DEFICIÊNCIA, *Committee negotiating convention on rights of disabled persons concludes current session. Chairman Says Draft Convention Sets Out “Detailed Code Of Implementation and Spells Out How Individual Rights Should Be Put into Practice”*, **United Nations General Assembly SOC/4680**. **United Nations**. Disponível em: <<http://www.un.org/News/Press/docs/2005/soc4680.doc.htm>>.,
- 23 LOPES, op. cit., p. 54.
- 24 KAYESS; FRENCH, op. cit., p. 3.
- 25 LOPES, op. cit., p. 55.
- 26 KANTER, Arlene S., **The Law: What's Disability Studies Got to Do with It or an Introduction to Disability Legal Studies**, Rochester, NY: Social Science Research Network, 2011, p. 471.
- 27 DA FONSECA, Ricardo Tadeu Marques. A ONU e o seu conceito revolucionário de pessoa com deficiência, Todos Nós. **Unicamp**. Disponível em: <<http://styx.nied.unicamp.br/todosnos/noticias/a-onu-e-o-seu-conceito-revolucionario-de-pessoa-com-deficiencia/>>., Acesso em: 9 jul. 2012.
- 28 KAYESS; FRENCH, op. cit., p. 2.
- 29 ONU, United Nations Treaty Collection, Convention on the Rights of Persons with Disabilities - Status, **United Nations**. Disponível em: <[http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV-15&chapter=4&lang=en](http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-15&chapter=4&lang=en)>, acesso em: 8 jul. 2013.
- 30 KAYESS; FRENCH, op. cit., p. 22.
- 31 LOPES, op. cit., p. 74.

- 32 Ibid., p. 79–80.
- 33 A CORDE foi instituída através do Decreto Presidencial nº 93.481/1986. Atualmente foi substituída pela Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos das Pessoas com Deficiência criada a partir do Decreto nº 7.256/2010.
- 34 LOPES, op. cit., p. 79–80.
- 35 LOPES, Anselmo Henrique Cordeiro, A força normativa dos tratados internacionais de direitos humanos e a Emenda Constitucional nº 45/2004. *Jus Navigandi*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/6157/a-forca-normativa-dos-tratados-internacionais-de-direitos-humanos-e-a-emenda-constitucional-no-45-2004>>. Acesso em: 10 out. 2012.
- 36 LAFER, Celso, **A internacionalização dos direitos humanos: Constituição, racismo e relações internacionais**, [s.l.]: Manole, 2005, p. 17.
- 37 EMERIQUE, Lilian Balmant; GUERRA, Sidney, A incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos na ordem jurídica brasileira. *Revista Jurídica*, v. 10, n. 90, p. 1–34, 2008, p. 22.
- 38 GABSCH, Rodrigo d’Araujo, **Aprovação de Tratados Internacionais pelo Brasil: Possíveis opções para acelerar o seu processo**. Brasília: Fundação Alexandre Gusmão - FUNAG, 2010, p. 106.
- 39 MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira, **Hermenêutica Clássica Jurídica**, Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- 40 LOPES, 2009, op. cit., p. 82–83.
- 41 MELLO, Celso D. de Albuquerque, **Curso de Direito Internacional Público**, 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 241.
- 42 Respectivamente, os edifícios da sede da Organização das Nações Unidas e da sede do Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, ambos localizados em Genebra, Suíça.
- 43 IDA, International Disability Alliance, **International Disability Alliance** - About us, Disponível em: <<http://www.internationaldisabilityalliance.org/en>>. Acesso em: 10 jul. 2013.
- 44 Apresentação, in: DE RESENDE, Ana Paula Crosara de; VITAL, Flavia Maria de Paiva (Orgs.), **A Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência Comentada**, Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, 2008, p. 21.
- 45 CHARLTON, James I. **Nothing About Us Without Us: Disability Oppression and Empowerment**, [s.l.]: University of California Press, 1998.
- 46 MAUS, Ingeborg. In: BARRETO, Martonio Mont’Alverne; ANTONIUK, Elisete (Trad.). **O Direito e a Política: Teoria da Democracia**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 56.
- 47 HABERMAS, Jürgen, **Direito e Democracia Entre Facticidade e Validade**. 4. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. 1, p. 115.
- 48 Ibid., p. 114–115.
- 49 Ibid., p. 118.
- 50 Ibid., p. 115;117.
- 51 Ibid., p. 118.
- 52 HABERMAS, Jürgen. In: SIEBENEICHLER, Flávio Beno (Trad.). **Direito e Democracia Entre Facticidade e Validade**. 4. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. 1, p. 17.
- 53 MAUS, op. cit., p. 122–123.
- 54 Ibid., p. 122.
- 55 Ibid., p. 128.
- 56 Ibid.
- 57 Ibid., p. 113.
- 58 Ibid. p. 36.
- 59 KANTER, op. cit., p. 443.
- 60 HABERMAS, op. cit., p. 114.
- 61 YOUTUBE. **Boaventura de Sousa Santos** - A cidadania a partir dos que não são cidadãos, Coimbra: [s.n.], 2012.
- 62 ARENDT, Hannah. **The Origins of Totalitarianism**. [s.l.]: Harcourt Brace Jovanovich, 1973, p. 279.
- 63 SIEBERS, Tobin, Disability and the Right to Have Rights, *Disability Studies Quarterly*, v. 27, n. 1/2, 2007.
- 64 YOUTUBE. **Boaventura de Sousa Santos**, op. cit.
- 65 SANTOS, Boaventura de Sousa, Poderá o direito ser emancipatório?, *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 65, p. 3–76, 2003, p. 11–12; 27.
- 66 Ibid., p. 36–37.
- 67 KAYESS; FRENCH, op. cit., p. 4.

## NOTHING ABOUT US, NOTHING WITHOUT US: AN ANALYSIS ON THE JURIDICAL LEGITIMACY OF THE CONVENTION ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES

### ABSTRACT

The Convention on the Rights of Persons with Disabilities was introduced into the Brazilian legal system with a Constitutional Amendment status, in 2008. This convention was negotiated with the wider participation of “civil society” ever seen in the UN, which means unprecedented democratic legitimacy. This essay aims to present the history process, which led to the elaboration of this convention with the participation of “civil society”.

**Keywords:** International Law. Persons with Disabilities. Legitimacy.