

PESSOAS COM DEFICIÊNCIA: PROTEÇÃO

CONSTITUCIONAL E ANÁLISES HERMENÊUTICAS

Maria Lucia Ribeiro dos Santos¹

Zulmar Fachin²

1 Bacharel em Direito pela Universidade Tiradentes – UNIT. Pós-Graduanda em Direito Público pela Universidade Tiradentes – UNIT. Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Sergipe – UFS. beloangelo@hotmail.com

2 Doutor em Direito Constitucional (UFPR). Mestre em Direito e em Ciências Sociais (UEL). Professor de Direito Constitucional. zulmarfachin@uol.com.br

RESUMO

Este estudo promove uma breve reflexão hermenêutica acerca da proteção constitucional das pessoas com deficiência, a qual foi germinada a partir da Emenda Constitucional n° 45/2004, com a inserção do § 3° no artigo 5° da Constituição Federal do Brasil, que autoriza a incorporação de normas de tratados e convenções internacionais de direitos humanos, notadamente, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Logo, o presente trabalho também explana uma sucinta análise acerca das nomenclaturas e semânticas relacionadas às pessoas com deficiência, tais como a ausência da observância dada às palavras e suas significações, mesmo em face de uma previsão constitucional vigente, acarretando ou não pré-compreensões hostis a esse grupo.

PALAVRAS-CHAVE

Pessoa com Deficiência. Proteção Constitucional. Hermenêutica. Constituição Federal. Tratados Internacionais. Direitos Humanos.

ABSTRACT

This study is to provide a brief hermeneutical reflection on the constitutional protection of per-

sons with disabilities, which was germinated from the Constitutional Amendment No. 45/2004, with the inclusion of Paragraph 3 in the Article 5 of the Federal Constitution of Brazil, which grants the incorporation of norms of international treaties and conventions of human rights, notably the Convention on the Rights of Persons with Disabilities. Thus, this work also explains a brief review of the terms and semantics related to people with disabilities, such as the lack of respect that should be given to words and their meanings, even in the face of current constitutional provision, causing or not pre-understandings hostile to this group.

KEYWORDS

Person with Disabilities. Constitutional Protection. Hermeneutics. Federal Constitution. International Treaties. Human Rights.

1 INTRODUÇÃO

A partir da Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948, surgiu a discussão na qual os direitos são baseados na justiça, liberdade e paz mundial, sendo estes iguais e não podendo ser alienados. Com efeito, esse panorama internacional, atrelado com a luta empreendida das pessoas com deficiência pela garantia dos seus direitos, resultou para esse grupo uma proteção constitucional no ordenamento brasileiro.

Na verdade, o reconhecimento dos direitos das pessoas com deficiência germinou no Brasil a partir da incorporação de tratados e convenções de Direitos Humanos, notadamente, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, na qual o país fez parte, e assim passaram a existir constitucionalmente no ordenamento jurídico pátrio. Todavia, apesar das pessoas com deficiência terem seus direitos legalmente previstos na Constituição Federal de 1988, pode-se observar que há ineficiência na efetivação desses direitos, já que tal fato é de relevada evidência no cotidiano brasileiro, visto que os estudos sobre as pessoas com deficiência ainda continuam como um campo tímido no Brasil.

Nesse contexto, o artigo pretende aproximar a discussão sobre os brasileiros detentores de algum tipo de deficiência. No intuito de contribuir para o desenvolvimento do estudo, será apresentado um breve panorama sobre a historicidade e algumas acepções das pessoas com deficiência, assim como sobre os direitos humanos. Destarte, visto como instrumento para o debate inicial, será realizada, ao percurso do trabalho, uma sucinta reflexão hermenêutica acerca da proteção constitucional das pessoas com deficiência no Brasil.

2 ANÁLISE SOBRE O TERMO “PESSOAS COM DEFICIÊNCIA”.

A carga semântica possui extrema relevância no contexto onde é inserida, seja ele de âmbito social, cultural, político, entre outros. É através das palavras que se estabelecem as comunicações sociais, e o seu mau uso gera, muitas vezes, significação discriminatória ou pré-compreensões por parte do interlocutor, podendo acarretar danos psicológicos à vida deste.

Tendo como base as ideias de Romeu Kazumi Sassaki (2003), recentemente, tem sido mais empregada a expressão ‘pessoa com deficiência’, sendo considerada em nível internacional, ocorrendo com isso, o abandono da forma ‘pessoa portadora de deficiência’, haja vista que o novo entendimento é no sentido de que ninguém porta a deficiência, mas que está na pessoa ou com a pessoa, ou seja, que está intrínseca a esta desde o seu nascimento ou é adquirida por razão de alguma eventualidade. Para as políticas públicas atuais, a mudança na nomenclatura foi fundamental. No entanto, observa-se que o termo ‘pessoas deficientes’ pode ser encontrado na resolução aprovada pela Assembleia da Organização das Nações Unidas (ONU) em 1975, precisamente no § 1º da Declaração de Direitos das Pessoas Deficientes, que reza da seguinte forma:

O termo ‘pessoas deficientes’ refere-se a qualquer pessoa incapaz de assegurar por si mesma,

total ou parcialmente, as necessidades de uma vida individual ou social normal, em decorrência de uma deficiência, congênita ou não, em suas capacidades físicas ou mentais. (USP, 2012)

Com efeito, examina-se que em 25 de agosto de 2009, o decreto n° 6.949 que promulgou a Convenção Internacional das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo trouxe a seguinte redação para o artigo 1°:

O propósito da presente Convenção é promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo [sic] de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente. Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas. (USP, 2012)

Logo, verifica-se que essa concepção abrange o valor 'pessoas'. Assim sendo, há o nivelamento desse grupo de pessoas com deficiência em direitos e dignidade com toda a sociedade de seu ou qualquer outro país. Isso faz com que a pessoa com deficiência não mais seja considerada um ser segregado, à margem de uma sociedade discriminatória.

Observam-se, também, outros documentos internacionais que previam a proteção desse grupo, como o de 1999, no qual a Organização dos Estados Americanos (OEA) aprovou a Convenção Interamericana sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra Pessoas com Deficiência, assim como o de 2006, quando a ONU adotou a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

Ao longo dos anos, pode-se examinar que a designação que se empregava para fazer referência às pessoas com alguma limitação física, mental e sensorial foi adquirindo diversas for-

mas. Assim, empregavam-se expressões como incapazes, excepcionais, inválidos e pessoas deficientes. Influenciado pelo Movimento Internacional de Pessoas com Deficiência, o ordenamento jurídico pátrio ainda atrelava a expressão 'pessoa portadora de deficiência', aplicando assim à legislação ordinária. Adotava-se também a expressão 'pessoa especial' ou 'pessoas com necessidades especiais', sendo que estes termos evidenciavam uma alteração positiva na maneira de tratamento, sem estigmatizar esse grupo.

É oportuno destacar que o emprego da expressão 'pessoas com deficiência' foi um subgrupo do termo 'pessoa com necessidades especiais', sendo que este último englobava uma proteção jurídica, não somente para as gestantes ou idosos, mas para qualquer caso em que se compreendesse um distinto tratamento.

A Convenção Interamericana para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência de 1999 traz o seguinte conceito de deficiência:

Comprometidos a eliminar a discriminação, em todas suas formas e manifestações, contra as pessoas portadoras de deficiência, Convieram no seguinte:

Artigo I

Para os efeitos desta Convenção, entende-se por:

1. Deficiência

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. (USP, 2012)

Em síntese, pode-se considerar pessoa com deficiência como sendo aquela que possui uma limitação mental, física, múltipla ou sensorial, que a incapacita na execução de suas atividades laborais e de sua vida cotidiana e que, por esse motivo, sente dificuldades de ser inserida na coletividade.

3 OS DIREITOS HUMANOS, A CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E SUA PREVISÃO CONSTITUCIONAL.

O início das premissas dos direitos humanos, nas quais estes puderam se desenvolver, remonta aos séculos VIII a.C. a II a.C., sendo que a partir desse tempo o ser humano começou a ser respeitado, em sua igualdade essencial, dotado pela primeira vez na história, como um ser detentor de razão e liberdade. E desse momento histórico em diante, notou-se a necessidade de criação de direitos que permitiam, dentre outras coisas, que todos os seres humanos fossem dignos, em suas diferenças, de igual respeito e consideração.

Apesar disso, somente vinte e cinco séculos depois, mais precisamente em 1948, é que foi proclamado o compromisso universal e formal através da Declaração Universal dos Direitos do Homem (2012), expondo em seu artigo 1º que: 'todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação uma às outras com espírito de fraternidade'. Verifica-se que, desde muitos anos, já ocorria certa preocupação com os direitos humanos.

É oportuno notar que na modernidade a história dos direitos humanos está intimamente atrelada ao Estado e às suas apresentações, sobretudo, pode-se constatar desde a passagem absolutista para a liberal clássica, entre os séculos XVII e XVIII (MORAIS, 2003). Segundo Dalmo Dallari (1998) 'os direitos humanos consistem naqueles direitos em que o ser humano, não consegue viver ou não estaria capaz para participar e desenvolver da vida de forma plena'.

Ao longo dos tempos, a noção de direitos humanos é fundamentada e reconstruída na dignidade humana, assim podendo ser verificada no art. 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988. Baseando-se na ideia de Norberto Bobbio (1992),

os direitos humanos são definidos como sendo aqueles direitos que para o aprimoramento da pessoa humana ou para o desenvolvimento da sociedade, o seu reconhecimento é condição necessária.

Esse juízo de valor da pessoa humana pode-se conferir ao cristianismo e ao pensamento clássico, assim como ao pensamento de Kant, visto ainda no Talmude e no Alcorão, no qual há a ideia da natureza essencial do ser humano. Essa ideologia de que o homem seria imagem e semelhança de Deus foi criada pelos cristãos, os quais difundiram uma ideia na qual o indivíduo, dotado de um valor intrínseco, não pode se transformar em mero instrumento ou objeto (SARLET, 2003).

Dessa maneira, na segunda metade do século XX, a consagração da dignidade passou a ser considerada como valor norteador e fundamental nos diferentes ordenamentos jurídicos. Assim, constitui-se a dignidade humana em uma espécie com valor absoluto, exercendo assim, um papel essencial e legitimador do Estado Democrático de Direito.

Ressalta-se que o panorama internacional centralizou-se, em 1948, na Declaração Universal dos Direitos do homem e, conseqüentemente, numa atual compreensão dos direitos humanos. Em razão disso, tal panorama conduziu o Estado contemporâneo a assumir um papel de garantidor das condições humanas de existência no mundo, com base nas ideias de Edihermes Marques Coelho (2003).

Sigmund Freud (1997, p. 81-82.) assinala que:

[...] o significado da evolução da civilização não mais é obscuro. Ele deve representar a luta entre Eros e a Morte, entre o instinto de vida e o instinto de destruição, tal como ela se elabora na espécie humana. Nessa luta consiste essencialmente toda a vida, e portanto, a evolução da civilização pode ser simplesmente descrita como a luta da espécie humana pela vida.

Na realidade, no trato dos direitos humanos desencadeou-se uma ruptura de paradigmas, ten-

do em vista que se imprimia uma força maior de pensamento, na qual seria um tema de importância internacional, ou seja, dos povos, e não um mero contexto interno isolado de determinado país.

Igualmente, começou uma preocupação com as decisões tomadas pelos países, pois tais medidas poderiam refletir em diversas outras partes do mundo. Nessa sequência, as políticas sociais e as estratégias de um país estariam sempre sendo pautadas pelas relações deste com as demais nações.

Pode-se afirmar que se iniciou um período histórico por volta do século XVIII, com um importante salto da humanidade para formalizar e universalizar os direitos humanos. Como forma de melhor compreensão, pode-se assegurar que a condição humana de existência é uma requisição racional da sociedade, e que essa garantia é confirmada tanto pela consagração jurídica, como pela concretização social dos direitos humanos, ao menos de maneira formal. Diante disso, pode-se constatar uma evolução da humanidade (COELHO, 2003).

Nessa ótica, de forma seletiva, foram consagrados pelas modernas ordens jurídicas, como direitos básicos do ser humano: o direito à vida, à liberdade, à igualdade e à existência digna. E nesse contexto, Coelho (2003, p. 101) assinala que:

Reitera-se, assim, o entendimento de que o ser humano é o fundamento básico em torno do qual racionalmente pode-se legitimar e justificar o Estado e o poder (e consequentemente, o próprio Direito como sistema – necessariamente axiológico, portanto). A compreensão destes aspectos passa pela identificação das principais previsões normativas – e valorativas – referentes aos mencionados direitos humanos operacionalmente básicos no seio da Constituição Federal brasileira.

Na elaboração da Constituição de 1988, pode-se constatar que o momento histórico permitiu a realização de uma ampla incorporação dos direitos das pessoas com deficiência (PIOVESAN, 2009).

Observa-se que, com relação à primeira Constituição Federal, constata-se que as modificações ocorridas foram poucas, no que tange às relações entre o Direito internacional e Direito interno. A situação atual é quase semelhante à da primeira, muito embora o Brasil já se encontre na sua sétima Carta Magna (RIBEIRO, 2001).

A Constituição Cidadã, em seu art. 4º, salientou a prevalência dos direitos humanos como um de seus princípios. Todavia, advindo da promulgação da Constituição Federal de 1988, pode-se constatar um ponto central, o qual se refere ao contexto do § 2º, do art. 5º, no que reza: ‘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’.

Kelsen (2005) ensina que a conduta mútua de Estados é regulamentada pelo Direito internacional. Isso significa que o Direito internacional impõe deveres e confere direitos aos Estados, assim como para os indivíduos. Deste modo, erra a opinião tradicional quando pensa que os indivíduos não são sujeitos de Direito internacional, e que os são os Estados, sendo o Direito internacional incapaz de obrigar e autorizar indivíduos pela sua própria natureza.

Isto exposto, fica claro que o ordenamento constitucional brasileiro reconheceu os direitos e garantias decorrentes de tratados internacionais em que, porventura, o Estado brasileiro viesse a fazer parte. Todavia, o nosso texto constitucional não foge às regras e, portanto, é dotado de uma rigidez constitucional, sendo que uma maior estabilidade é assegurada às normas constitucionais por esta rigidez, resultando assim na dificuldade de modificações que tenham por finalidade o atendimento de interesses conjeturais e momentâneos. Esse rigor constitucional pode ser traduzido num procedimento especial para a reforma constitucional, sendo que para o nosso país abrange, além de limitações circunstanciais e materiais, também procedimentos diferentes e quorum.

Nasce desse panorama, o princípio da supremacia, cuja lei suprema do Brasil é a Constituição Federal de 1988, no que esta se coloca no ponto mais elevado do sistema jurídico brasileiro. Assim sendo, originam-se da Constituição Federal todas as outras normas como, por exemplo: emendas constitucionais, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos, e resoluções integrantes do ordenamento jurídico pátrio. E é em conformidade com o texto constitucional que se desenvolvem e se cumprem tais normas (RIBEIRO, 2001).

De acordo com Kelsen (1987, p. 205), 'uma norma que representa o fundamento de validade de outra norma é figurativamente designada como norma superior, em confronto com uma norma que é, em relação a ela, inferior'. Em verdade, há uma estrutura hierárquica de diversos graus no procedimento de criação do Direito, no qual culmina com o texto constitucional de cada Estado (KELSEN, 1987). E se apoia o seu fundamento de validade na noção de norma fundamental. De tal modo, a Constituição representa o escalão de Direito positivo mais elevado na esfera Estadual.

É de suma relevância a referência contida no § 2º, do art. 5º, da Constituição Federal de 1988 aos tratados internacionais, tendo em vista que a Carta Magna está permitindo, pelos interessados, uma inovação a partir dos tratados internacionais. Dessa maneira, transformou-se o direito internacional em uma possível fonte de direitos e garantias.

Compreende-se que todo tratado concluído obriga o Brasil, tanto na ordem jurídica interna como também na ordem internacional. No entanto, em caso de conflito entre um tratado internacional e uma norma constitucional, esta última terá prioridade, ainda que isto reflita em um ilícito internacional (RIBEIRO, 2001).

Apesar disso, ainda se ocorrer a hipótese do Poder Legislativo aprovar o tratado, assim como o chefe do Poder Executivo ratificar e promulgá-lo

sem verificar as incompatibilidades entre o tratado e as normas internas do Brasil, existe ainda a possibilidade de apreciação mediante o controle da constitucionalidade mediante o Congresso Nacional, consoante o art. 49, inciso I, da Constituição Federal.

Realmente, se houver a constatação de que aquele tratado é inconstitucional, no plano internacional, ele continuará tendo validade. Porém, na ordem interna do nosso país, o mesmo não será mais aplicado. E para esse caso, o Brasil deverá, por meio da União, denunciar o tratado, revelando seu rompimento com o assumido acordo internacional de forma precisa, sujeitando assim, a eventuais sanções conferidas pelo Direito internacional (RIBEIRO, 2001).

Em razão disso, pode-se perceber que o Congresso Nacional deve operar comumente, com certa cautela na admissão dos tratados, visando a não aprovar tratados que sejam conflitantes com a nossa Carta Magna. Oportuno destacar que a supremacia Constitucional do ordenamento jurídico interno do Brasil implica na congruência entre suas normas e tratados. Sendo assim, estes somente serão legitimados no plano interno enquanto não gerar conflito com as regras instituídas no texto Constitucional. Dessa afirmativa, examina-se que não existe algum dispositivo, na Constituição Federal de 1988, que conceda supremacia ao Direito internacional (RIBEIRO, 2001).

Ressalva-se que, para o ato de internacionalização do tratado ocorrer de forma válida, perante um texto constitucional, tanto os constitucionalistas quanto a própria jurisprudência admitem que seja preciso à ocorrência de sua recepção por meio do decreto Legislativo consoante o disposto no art. 49, I, da Constituição Federal de 1988, e conseqüentemente, a edição do decreto do Poder Executivo como, respectivamente, segunda e terceira etapa no procedimento de incorporação desses instrumentos internacionais, caracterizando um sistema dualista.

Muito embora tenha conferido ao Poder Legislativo, consoante o art. 49, inciso I, da Carta

Magna, a competência para, definitivamente, resolver sobre os tratados, por outro lado, o texto constitucional silenciou sobre o procedimento de votação dos tratados, revisão e emenda (RIBEIRO, 2001). Destarte, tendo em vista o que poderia-se julgar diante da evolução constitucional pautada por outros Estados, essa timidez corrobora um acentuado nacionalismo jurídico.

Com efeito, no contexto da recepção dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos pela Constituição Política de 1988, essa novidade fez surgir, entre os estudiosos do mundo jurídico, profundos e polêmicos debates que já foram objetos de relevantes estudos, no qual se pode estabelecer uma segregação para separar dois momentos diversos.

No primeiro, segregados pela publicação da Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, que alterou a redação do art. 5º da Lei Fundamental, com a inserção do § 3º, na qual sua inovação foi permitir que tratados e convenções internacionais que tratem sobre os direitos humanos fossem aprovados, em cada uma das Casas do Congresso Nacional, em dois turnos e por três quintos dos votos dos respectivos membros, sendo, portanto, equivalentes às emendas constitucionais. No segundo plano, pode-se verificar a introdução do § 4º que constitucionaliza, após a incorporação do Estatuto de Roma em 2002, o Tribunal Penal Internacional, submetendo o Brasil à sua jurisdição internacional.

Contudo, destaca-se que antes da Emenda Constitucional nº 45/2004, existiam diversas correntes de pensamento com a finalidade de indicar qual *status* teriam os tratados e convenções internacionais de direitos humanos ao serem recepcionados através do rito constitucional.

Seguindo essa linha de raciocínio, pode-se analisar que somente em 09 de julho de 2008, mediante o Decreto Legislativo nº 186, o Brasil aprovou a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e seu Protocolo Facultativo. Todavia,

mesmo com o Decreto Legislativo aprovado pelo Congresso Nacional, a convenção ainda não possuía valor normativo, tendo em vista que faltava a ratificação pelo Presidente da República.

Logo, no processo de formação do ato internacional, a aprovação do Congresso Nacional é apenas uma fase a ser seguida, sendo assim um requisito de validade, sem o qual a ratificação não produzirá o efeito de obrigar internacionalmente o Estado. Todavia, para converter em uma norma obrigatória depois de publicada, a lei exige a participação dos Poderes Executivo e Legislativo (FRAGA, 1997).

No entanto, o Presidente da República, na dupla qualidade de chefe de Estado e do Governo, na celebração de tratados convenções e atos internacionais com outros países, não emana como se houvesse delegação do Congresso Nacional, posto que existe referendo do Poder Legislativo, mas procede por seu poder, sobre o qual o texto é explícito (MERCADANTE, 1997).

Destarte, a ratificação somente ocorreu em 25 de agosto de 2009, por meio do Decreto Executivo nº 6.949. É a partir daí que a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência passou a ser positivada constitucionalmente, conforme reza o § 3º, do art. 5º da Constituição Federal brasileira.

Pode-se conceituar o ato de ratificação da seguinte forma:

Ratificação é o ato pelo qual a autoridade nacional competente informa as autoridades correspondentes dos Estados cujos plenipotenciários concluíram, com os seus, um projeto de tratado, a aprovação que dá a este projeto e o que faz do mesmo um tratado obrigatório para o Estado que esta autoridade encarna nas relações internacionais. (MELLO, 1994).

Dessa forma, a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e seu Protocolo Facultativo foi consagrada como o primeiro tratado de direitos humanos, no ordenamento interno brasileiro com o status de Emenda Constitucional.

4 ALGUMAS REFLEXÕES HERMENÊUTICAS E O APEGO AO FORMALISMO CONSTITUCIONAL

Nota-se que há diversas acepções sobre o termo interpretação. Porém, ocorre muitas vezes o emprego dessa palavra como sinônimo de compreensão do significado oculto de textos reconhecidos como confusos (CRUZ, 2011). Interpretar é identificar ou determinar a significação de algo, ou seja, entender o significado da norma jurídica, sendo essa a ideia fundamental que se prevalece.

Neste sentido, assinala Eros Roberto Grau que 'a interpretação do direito é costumeiramente apresentada ou descrita como atividade de mera compreensão do significado das normas jurídicas' (2002, p. 15). Portanto, mesmo que o sentido das normas esteja claro, é necessário o procedimento de interpretação.

Lênio Luiz Streck (2002) ressalta que pressupõe um rompimento paradigmático, o entendimento da Constituição enquanto um existencial, ou seja, salta do modo apofântico para o modelo hermenêutico, pois o compreender é um existencial sendo uma categoria da qual o homem se constitui. Assim, o jurista desde sempre se compreende autêntico ou inautêntico na Constituição, pois esta é um ente disponível. Assim, na medida em que o intérprete opera com ela, estará fazendo parte do modo de existência.

Tendo como embasamento Carlos Ayres Britto (2003), para realizar a interpretação constitucional, exige-se uma prévia demarcação de conteúdo. Sendo que, para a concreta interpretação de qualquer norma constitucional positiva, não significa a formulação de uma teoria que termine ou domine diretrizes. E nem, porque a positividade constitucional é um gênero compreensivo das normas que aparecem para o mundo do Direito, sendo por via da Constituição originária e mais aquelas que aparecem para o mundo jurídico por via dos atos de reforma da Constituição mesma (BRITTO, 2003).

Pode-se extrair da obra de Streck (2005, p. 259) que 'compreendendo que interpretar é compreender e que somente pela compreensão é que é possível interpretar, não se pode falar em uma hermenêutica constitucional *stricto sensu*, isto é, como uma disciplina autônoma'.

Examina-se que a inovação que o legislador derivado trouxe, apesar de passar uma imagem solucionadora, lançou ainda mais implicações negativas no mundo jurídico, tendo em vista que gerou menos soluções e mais confusões, notadamente, sob o ponto de vista hermenêutico.

Ademais, a principal ferramenta da cidadania é a crítica. Assim, sobretudo quando haja aparente incongruência, o intérprete deve explicar a razão pela qual decidiu desta ou daquela forma. Este é o grande passo para obter segurança jurídica e coerência (CRUZ, 2011).

Nessa celeuma de interpretação, discorre que na visão dos doutrinadores, eram considerados, como normas constitucionais, os tratados internacionais de direitos humanos, consoante análise do dispositivo do § 2º, do art. 5º, da Carta Magna.

Entretanto, em uma face mais radical, parte da cultura jurídica brasileira, atrelada em uma noção fortemente positivista, se mantinha para alguns casos de forma diversa, e para outros eram negados aos direitos previsto em tratados internacionais de direitos humanos o possível tratamento devido.

Dessa forma, como havia problema na mudança dessa cultura que pela história era forjada pelo moderno modelo de sociedade de direito liberal-individual-normativista, assim ocorria uma baixa noção de direitos fundamentais, que parecia estar sendo reforçada com a inserção do § 3º, ao art. 5º da CF/88, consoante se podia desprender de algumas doutrinas e jurisprudências.

Neste ponto, assinala Barroso (2010) que hodiernamente, na interpretação constitucional a norma jurídica já não é percebida como antigamente. No primeiro passo, ela fornece apenas um

início de solução em múltiplas situações, não contendo todos os elementos para determinação do seu sentido no seu relato abstrato. E, em segundo lugar, porque vem conquistando crescente adesão na ciência jurídica a tese de que a norma não se confunde com o enunciado normativo, sendo, na verdade, o produto da interação texto/realidade. Com essa visão, não existe norma em abstrato, mas somente norma concretizada.

Não obstante, é necessário a suspensão de prévios julgamentos não autênticos para encarregar-se de postura concretizadora de uma hermenêutica dos direitos fundamentais de forma precisa. Apesar de que, em diversas situações, o intérprete pode tornar-se no processo de criação do Direito, o co-participante, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis, completando o trabalho do constituinte ou do legislador (BARROSO, 2010).

Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p. 337-338), contribuindo para melhor compreensão do assunto, expõe que:

Cumpra lembrar, ainda nesta perspectiva, o fato de que a eficácia (jurídica e social) dos direitos humanos que não integram o rol dos direitos fundamentais de determinado Estado depende, em regra, da sua recepção na ordem jurídica interna e, além disso, do status jurídico que lhes atribui, visto que, do contrário, lhe faltaria até mesmo a necessária vinculatidade (sic) na ordem nacional. Assim, a efetivação dos direitos humanos nos encontra-se, ainda e principalmente, na dependência da boa vontade e da cooperação dos Estados individualmente considerados, assim como do equilíbrio de forças no âmbito da ordem internacional, salienta-se, neste particular, uma evolução progressiva na eficácia dos mecanismos jurídicos de controle, matéria que, no entanto, refoge aos limites desta investigação. Em suma, repita-se a ideia de que os direitos humanos, enquanto forem constitucionalizados e assegurados na condição de direitos fundamentais, não lograrão atingir sua plena eficácia e efetividade (ou, pelo menos, estarão menos aptos

para tanto), o que não significa dizer que não a tenham [...].

Examina-se que o § 3º, do art. 5º, proporcionou somente a possível constitucionalização formal para os tratados de direitos humanos mediante um quorum qualificado. Portanto, ainda está longe de tentar diminuir o status constitucional dos tratados, cuja ratificação é anterior. Aduz Piovesan (2006, p. 72) que 'não seria razoável sustentar que os tratados de direitos humanos já ratificados fossem recepcionados como lei federal, enquanto os demais adquirissem hierarquia constitucional exclusivamente em virtude de seu quorum de aprovação'.

Buscando ainda uma melhor elucidação para esta celeuma, destaca-se o pensamento de Piovesan (2006, p. 72):

Com o advento do § 3º, do art. 5º, surgem duas categorias de tratados internacionais de proteção de direitos humanos:

- a) os materialmente constitucionais; e
- b) os material e formalmente constitucionais.

Frise-se: todos os tratado de direitos humanos são materialmente constitucionais, por força do § 2º, do art. 5º. Para além de serem materialmente constitucionais, poderão, a partir do § 3º, do mesmo dispositivo, acrescer a qualidade de formalmente constitucionais, equiparando-se a emendas à Constituição, no âmbito formal.

Nesse íterim, verifica-se que a inserção do § 3º ao art. 5º, da Constituição Federal de 1988, nova redação dada pela Emenda Constitucional nº 45/2004, foi restritivamente percebida como uma deliberação mediante um processo, para que as leis internacionais sejam introduzidas formalmente no ordenamento jurídico interno brasileiro com o status de normas constitucionais.

5 CONCLUSÃO

A pesquisa se desenvolveu em torno da inserção do § 3º, do art. 5º, da Constituição Federal de 1988, que por meio da Emenda Constitucional nº 45/2004, inseriu a Convenção dos Direitos das

Pessoas com Deficiência no ordenamento jurídico brasileiro.

Conclui-se, portanto, que houve a criação de um procedimento legislativo especial para que os tratados internacionais de direitos humanos ingressem formalmente no Brasil com o status de norma constitucional.

Contudo, após ocorrência dessa internacionalização dos direitos das pessoas com deficiência em

nossa ordem interna, pode-se observar que surgiu uma nova interpretação dentro do modelo social. Assim, é pertinente verificar uma perspectiva de mudanças, voltando-se toda coletividade para um olhar neste grupo que, apenas, anteriormente permanecia esquecido à margem do convívio social.

Por fim, salienta-se que, hodiernamente, este grupo tem os seus direitos assegurados, tanto irradiados no ordenamento jurídico interno brasileiro, assim como na ordem internacional.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campos, 1992.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 11 dez. 2012.

BRASIL. **Decreto nº 6.949, de 26 de agosto de 2009**. Promulga Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 05 dez. 2012.

BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

COELHO, Edihermes Marques. **Direitos humanos: globalização de mercados e o garantismo como referência jurídica necessária**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999.

CRUZ, Flávio Antonio da. Algumas provocações sobre a hermenêutica constitucional. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (Coord.). **Constituição, democracia e justiça: aportes para um constitucionalismo igualitário**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos humanos e cidadania**. São Paulo: Moderna, 1998.

FRAGA, Mirtô. **O conflito entre tratado internacional e norma de direito interno: estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

FREUD, Sigmund. **O mal-estar na civilização**. Rio de Janeiro: Imago, 1997.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2002.

JASPERS, Karl. In: COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Trad. Luis Carlos Borges. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Direito constitucional internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

MERCADANTE, Araminta de Azevedo. A processualística dos atos internacionais: Constituição de 1988 e Mercosul. In: **Contratos internacionais de direito econômico no Mercosul**: após o término do período de transição. São Paulo: LTr, 1996.

MORAIS, José Luís Bolzan de. De sonhos feitos, desfeitos e refeitos vivemos a globalização. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) **Direitos fundamentais sociais**: estudo de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PIOVESAN, Flávia. **Direito humanos e o direito internacional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

RIBEIRO, Patricia Henriques. **As relações entre o direito internacional e o direito interno**: conflito entre o ordenamento brasileiro e as normas do MERCOSUL. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre. Livro do Advogado, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais, reforma do judiciário e tratados internacionais de direitos humanos. In: SARLET, Ingo Wolfgang; CLÈVE, Clèmerson Merlin; PAGLARINI, Alexandre Coutinho (Coor.). **Direitos humanos e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SASSAKI, Romeu Kazumi. **Vida independente**: história, movimento, liderança, conceito, reabilitação, emprego e terminologia. São Paulo: Revista Nacional de Reabilitação, 2003.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2002.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e (m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005.

Universidade de São Paulo. **Biblioteca Virtual de Direitos Humanos**. Convenção Interamericana para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência – 1999. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direito-dos-Portadores-de-Deficiencia/convencao-interamericana-para-a-eliminacao-de-todas-as-formas-de-discriminacao-contra-as-pessoas-portadoras-de-deficiencia.html>> Acesso em: 05 dez, 2012.

Universidade de São Paulo. **Biblioteca Virtual de Direitos Humanos**. Declaração de Direitos das Pessoas Deficientes – 1975. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direito-dos-Portadores-de-Deficiencia/declaracao-de-direitos-das-pessoas-deficientes.html>>. Acesso em: 05 dez. 2012.

Recebido em: 28 de fevereiro de 2013
Avaliado em: 9 de março de 2013
Aceito em: 12 de março de 2013
