

**XXVII ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI SALVADOR – BA**

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

DIVA JÚLIA SOUSA DA CUNHA SAFE COELHO

MANOEL JORGE E SILVA NETO

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direitos e garantias fundamentais II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFBA

Coordenadores: Diva Júlia Sousa da Cunha Safe Coelho; Manoel Jorge e Silva Neto – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-613-0

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Salvador, Brasil).

CDU: 34



XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

Apresentação

Honra-nos de modo especial o convite para coordenar o Grupo de Trabalho Direitos e Garantias Fundamentais II, durante o XXVII Encontro Nacional do CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – em parceria com o Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia – UFBA, realizado entre os dias 13 e 15 de junho de 2018 e teve como tema central “Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural”.

As pesquisas apresentadas neste GT possibilitaram interessantes diálogos e debates do atual “estado da arte” sobre a pesquisa em Direitos e Garantias Fundamentais no Brasil. Se considerarmos as graves falhas na efetividade dos Direitos Fundamentais em nosso país, poderemos ver que os resultados obtidos nos trabalhos apresentados são de grande valia para evidenciar problemas concretos de efetivação das garantias constitucionalmente asseguradas, diagnosticar as principais falhas que afastam o direito normatizado de sua aplicabilidade na práxis cotidiana, bem como propor novos pontos de partida para que de fato os resultados destas pesquisas possam traçar novas perspectivas para a pesquisa realizada no Brasil sobre os Direitos Fundamentais.

Quanto ao tema das alterações da reforma trabalhista, destaca-se o interessante trabalho de Ana Paula Babtista Marques e Leda Maria Messias da Silva, que promove uma análise sobre as alterações referentes aos intervalos intrajornada sob a perspectiva da violação dos direitos da personalidade dos trabalhadores.

Ainda no âmbito da reforma trabalhista, Marco Antônio César Villatore e Ernani Kavalkievicz Júnior realiza em seu trabalho uma análise sobre a reparabilidade do dano extrapatrimonial após a reforma.

Na sequência, tem-se o trabalho sobre a proteção constitucional do trabalhador e a vulnerabilidade intercontratual, autoria de Manoel Jorge e Silva Neto e Arivaldo Marques do Espírito Santo Júnior.

O trabalho de Carla Sendon Ameijeiras Veloso e Irene Celina Brandão Félix analisa os mecanismos e garantias fundamentais para o combate ao trabalho escravo contemporâneo no Brasil.

Já sobre o tema do assédio moral nas relações de trabalho, Camila Bastos Barcelar Costa analisa os instrumentos de efetivação do assédio moral no país.

O trabalho de Poliana Cristina Gonçalves e Patrick Juliano Casagrande Trindade versa sobre a contradição na implementação de feriados nacionais como dias santos, do ensino religioso nas escolas públicas e analisa também a utilização de símbolos religiosos em repartições públicas do país.

Ainda no âmbito da discussão sobre o Estado laico brasileiro, Meire Aparecida Furbino Marques e José Adércio Leite Sampaio analisam, desde a perspectiva da educação básica, os limites constitucionais em um Estado laico, traçando considerações críticas sobre esta questão no Brasil.

Já Isaac Ronaltili Sarah da Costa Saraiva aborda outro aspecto sobre a liberdade religiosa, enfocando a análise no legado histórico de repressão ao direito de culto das minorias afro-ameríndias no Brasil.

Sobre o Estatuto das Pessoas com Deficiência, o trabalho de Adriano Fábio Cordeiro da Silva e Adelgício de Barros Correia Sobrinho analisa o ensino inclusivo e seu efeito na formação de capital social.

Na mesma toada, Roberto Paulino de Albuquerque Júnior e Rafael Vieira de Azevedo analisam a estrutura e eficácia dos princípios da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

O trabalho de Taysa Matos do Amparo e Bartira Macedo Miranda Santos analisa a interseção entre a ética e educação desde a perspectiva da formação da cidadania.

Marina Carneiro Matos Sillmann e Marcelo de Mello Vieira fazem uma análise sobre o HC nº 143.641 do STF acerca da situação da criança com mãe presa.

Ainda, Sandra Suely Moreira Lurine Guimarães faz uma importante análise crítica sobre o papel da criança vítima de abuso incestuoso no judiciário brasileiro.

Sobre a temática direito fundamental a um ambiente ecologicamente equilibrado, dois trabalhos se destacam, o primeiro, de autoria de Francis de Almeida Araújo Lisboa e Thaís Aldred Iasbik, analisa o papel da educação ambiental como o novo marco jurídico de

emancipação em prol da ampliação da cidadania. O segundo faz um estudo comparativo sobre a questão da tutela do meio ambiente nas Constituições Brasileira e Espanhola, produzido pelas pesquisadoras Rafaelli Ianegitz e Jessika Milena Silva Machado.

Com relação a problemáticas envolvendo Direitos Humanos foram apresentados os seguintes trabalhos: um sobre a Função Social dos Direitos Humanos sob o prisma da cidadania e desenvolvimento no Estado Democrático de Direito, de autoria de Lília Teixeira dos Santos e outro sobre as violações de Direitos Humanos decorrentes da execução de Marielle Franco de autoria de Cynthia Barcelos dos Santos e Rodrigo de Medeiros Silva.

O trabalho de Lais Chuffi Rizardi e Edinilson Donisete Machado analisa a função social da propriedade urbana fundada sob o Princípio da Proporcionalidade.

Por fim, o trabalho de Diego Gabriel Oliveira Budel analisa a ideia de transcendência da dignidade da pessoa humana.

Os trabalhos aqui apresentados nos oportunizaram reflexões muito importantes para o debate sobre os direitos e garantias fundamentais no atual cenário da pesquisa jurídica brasileira. Os pesquisadores sempre comprometidos com o rigor científico, brindam-nos com relevantes trabalhos desenvolvidos em pesquisas de pós-graduação tanto no Brasil, quanto no exterior.

Boa leitura a todas e a todos!

Profa. Dra. Diva Júlia Sousa da Cunha Safe Coelho - UFU

Prof. Dr. Manoel Jorge e Silva Neto - UFBA

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

ESTRUTURA E EFICÁCIA DOS PRINCÍPIOS DA CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA.

STRUCTURE AND EFFECTIVENESS OF THE PRINCIPLES OF THE CONVENTION ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES

Roberto Paulino De Albuquerque Junior ¹
Rafael Vieira De Azevedo ²

Resumo

O principal objetivo deste trabalho é analisar a estrutura e eficácia dos princípios expressos na Convenção Sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência. Concluiu-se que os princípios trazidos pela Convenção trazem ao ordenamento jurídico-constitucional brasileiro uma nova perspectiva de defesa dos direitos e interesses das pessoas com deficiência, tanto no que corresponde aos direitos humanos e fundamentais, quanto nas prerrogativas inerentes a interação da pessoa com deficiência com a comunidade em suas relações privadas.

Palavras-chave: Convenção, Direitos, Deficiência, Princípios, Estrutura, Eficácia

Abstract/Resumen/Résumé

The main objective of this study is to analyze the structure and effectiveness of the principles expressed in the Convention on the Rights of Persons with Disabilities. It was concluded that the principles brought by the Convention bring the Brazilian legal-constitutional order a new perspective of defending the rights and interests of persons with disabilities, both corresponding to the human and fundamental rights, as the prerogatives inherent in the interaction of people with disabilities with the community in their private relations.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Convention, Rights, Disabilities, Principles, Structure, Efficiency

¹ Pós-doutor em direito pela universidade de Lisboa. Doutor em direito privado pela Universidade Federal de Pernambuco. Professor do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco.

² Mestre e Doutorando em direito privado pelo Universidade Federal de Pernambuco.

1. INTRODUÇÃO

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD) prevê tanto normas-princípios, quanto normas-regras. Ambas têm força constitucional, devido ao *status* de que goza a CDPD em nosso ordenamento, qual seja, o primeiro tratado internacional de direitos humanos aprovado com *quórum* de emenda constitucional. Mais do que isso, por se tratar de direitos humanos, seus preceitos são inclusos nos direitos e garantias individuais, o que os reveste da qualidade de cláusula pétrea, nos termos do art. 60, § 4.º, inciso IV, da CRFB.

A Constituição de 1988 já continha, antes do ingresso da CDPD em nosso ordenamento, um rol de normas de proteção aos interesses das pessoas com deficiência, chamadas pela Constituição de pessoas portadoras de deficiência. Tais normas não foram revogadas, mas, coexistem com o novo cânon normativo trazido pela Convenção de Nova York, nos termos do artigo 4, 4. da CDPD¹.

Objetivando proceder a um estudo teórico-dogmático dos princípios positivados na CDPD, será realizada uma análise na estrutura destes tipos normativos, bem como na irradiação de sua eficácia. Com isso, visa-se investigar o impacto que tais princípios trazem aos direitos humanos e fundamentais das pessoas com deficiência bem como as prerrogativas inerentes a interação dessas com a comunidade em suas relações privadas.

A primeira seção consistirá na análise estrutural destes tipos normativos, como seu papel na dinâmica normativa e interação com as regras jurídicas, nos planos de observação de primeira e segunda ordem. Por fim, na segunda seção serão abordadas as modalidades de eficácia dos princípios da CDPD, na qualidade de princípios constitucionais, e o impacto de sua incidência no plano jurídico-normativo, apresentando, ao final, as conclusões da presente pesquisa.

2. A ESTRUTURA DOS PRINCÍPIOS DA CDPD.

Não há distinção entre princípios e normas, pois aqueles são dotados de normatividade e estas compreendem regras e princípios, sendo as regras gênero dos quais os princípios são

¹Nenhum dispositivo da presente Convenção afetará quaisquer disposições mais propícias à realização dos direitos das pessoas com deficiência, as quais possam estar contidas na legislação do Estado Parte ou no direito internacional em vigor para esse Estado. Não haverá nenhuma restrição ou derrogação de qualquer dos direitos humanos e liberdades fundamentais reconhecidos ou vigentes em qualquer Estado Parte da presente Convenção, em conformidade com leis, convenções, regulamentos ou costumes, sob a alegação de que a presente Convenção não reconhece tais direitos e liberdades ou que os reconhece em menor grau.

espécies. (BONAVIDES, 2003, p. 288). Antes de tratar especificamente sobre aqueles previstos na CDPD, cumpre esclarecer o que se entende como norma-princípio e norma-regra.

Os princípios não podem ser concebidos sem o fenômeno da positivação do direito na sociedade moderna, de modo que eles só surgem e têm significado prático quando ocorre a diferenciação funcional do direito como sistema social. (NEVES, 2014, p.112). Com a positivação e a constitucionalização do direito moderno, a visão filosófica do positivismo prevaleceu, reconhecendo que há, na sociedade, outras concepções éticas diferentes daquelas que foram positivadas, apenas não a considera “direito”: concepções éticas não reconhecidas pelo ordenamento jurídico são ideologias morais em busca de positivação. (ADEODATO, 2010, p.175).

Afigura-se mais apropriada a noção sistêmica da observação de primeira e segunda ordem para que se compreenda a localização da distinção entre princípios e regras no plano da argumentação jurídica. (NEVES, 2014, p. 98). A observação de primeira ordem consiste na observância cotidiana do direito, da pura aplicação rotineira de normas jurídicas, de modo que não é questionado o sentido nem questionada a validade das normas a serem seguidas, aplicadas ou usadas no respectivo contexto. (NEVES, 2014, p. 98). Na observação de segunda ordem, os envolvidos na comunicação jurídica galgam outro plano, a partir do qual discutem sobre as normas a serem aplicadas, a sua validade, o seu sentido, as condições de cumprimento, etc., possibilitando que se rediscutam permanentemente as normas a aplicar e as condições de seu cumprimento, aumentando, assim, o grau de irritabilidade do sistema. (NEVES, 2014, p. 99-100). Os princípios são normas no plano reflexivo, possibilitando o balizamento e a construção ou reconstrução de regras. Estas, como razões imediatas para normas de decisão, são condições da aplicação dos princípios à solução dos casos. (NEVES, 2014, p.103).

Os princípios são estruturas reflexivas (mais abrangentes de reflexividade) que ostentam o caráter de normas jurídicas gerais, com base nas quais se desenvolve uma observação de segunda ordem dos casos constitucionais a decidir e das normas de decisão. (NEVES, 2014, p. 129). São eles a válvula de escape que permite aplicar dinamicidade a um sistema jurídico de regras numa sociedade complexa com os mais diversos e, muitas vezes, antagônicos valores. (NEVES, 2014, p. 130).

As regras, também normas jurídicas gerais, têm em si expectativas normativas que se dirigem imediatamente à solução do caso, estando, portanto, na observação de primeira ordem da estática jurídica. (NEVES, 2014, p. 120). Não necessariamente por serem normas analisadas no plano da observação de primeira ordem, deverão ser as regras compostas de hipóteses

normativas fechadas, sem nenhuma margem de interpretação ou formação de normas de decisão distintas no processo de concretização da norma a ser subsumida ao caso concreto².

Veja-se que a norma que estabelece que a pensão alimentícia deva ser arbitrada com base no binômio necessidade do alimentando e possibilidade do alimentante é uma regra. Contudo, a concepção de necessidade e possibilidade admite numerosas variações no caso concreto. (MADALENO, 2013, p. 983). Pode-se entender, *a priori*, que o ex-cônjuge de um milionário tem necessidade de uma pensão alimentícia na proporção suficiente para manutenção do padrão de vida anterior à separação, ou que o critério da necessidade não abrange manutenção do mesmo padrão de vida, arbitrando os alimentos em valores mais módicos.

Os princípios constitucionais servem ao balizamento, construção, desenvolvimento, enfraquecimento e fortalecimento de regras, assim como, eventualmente, para restrição e ampliação de seu conteúdo, ou seja, atuam como razão ou fundamento de regras, incluindo regras constitucionais, nas controvérsias jurídicas complexas. (NEVES, 2014, p. 134). As regras são condições de aplicação dos princípios na solução de casos constitucionais, de modo que, caso não haja uma regra diretamente atribuída a texto constitucional ou legal, nem seja construída judicialmente uma regra à qual o caso possa ser subsumido mediante uma norma de decisão, os princípios perdem o seu significado prático ou servem apenas à manipulação retórica para afastar a aplicação de regras completas, encobrando a inconsistência do sistema jurídico. (NEVES, 2014, p. 134-135).

Portanto, os princípios são razões mediatas de decisões de questões jurídicas, pois, entre os princípios e as razões, sempre haverá uma regra, seja ela atribuível diretamente a texto produzido pelo processo legislativo (inclusive constituinte e reformador), seja ela atribuída (indiretamente) a um texto normativo mediante o órgão encarregado da concretização jurídica, isto é, mediante construção jurisprudencial. (NEVES, 2014, p. 84).

3. MODALIDADES DE EFICÁCIA JURÍDICA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.

Em razão de os princípios constitucionais estarem mais distantes do caso a decidir e possuírem uma relação mais flexível entre antecedente e consequente, são mais adequados a

² Não é suficiente também, como propôs Mello (2013a, p. 50-54), afirmar que a diferença primordial entre ambas as espécies normativas estaria na abrangência de seus respectivos suportes fáticos, os princípios mais que as regras, tornando a distinção impertinente em muitos casos.

enfrentar a diversidade de expectativas normativas da sociedade em relação ao sistema jurídico. Contudo, por apresentarem-se subcomplexos perante o caso a ser decidido, as regras jurídicas são mais adequadas para oferecer fundamento imediato do caso a decidir. (NEVES, 2014, p. 118).

No que diz respeito à irradiação de sua eficácia normativa, as regras são enunciados normativos que estabelecem, desde logo, os efeitos que pretendem produzir no mundo dos fatos, efeitos determinados e específicos. (BARCELLOS, 2011, p. 63). Dependendo da complexidade do efeito pretendido, a regra pode demandar uma única conduta, que não sofrerá alteração importante em decorrência dos diferentes ambientes de fato sobre os quais incidirá, ou condutas diversas, que variam em função dos fatos subjacentes, ainda que o efeito pretendido seja o mesmo. (BARCELLOS, 2011, p. 63).

Já os princípios possuem efeitos indeterminados a partir de certo ponto, e os meios para atingi-los são múltiplos³ (BARCELLOS, 2011, p. 70), porém não indetermináveis, pois, uma proposição cuja eficácia seja indeterminável não poderia ser qualificada como jurídica. A determinação da eficácia ocorre dentro do processo de concretização da norma de decisão aplicável ao caso concreto. Apenas à luz do princípio, enquanto princípio, não se consegue observar e determinar diretamente a relação entre o fato jurídico e sua eficácia jurídica concreta, de modo que só ao final, no desenvolvimento do processo concretizador, se delimita, à luz de regra, a hipótese normativa, possibilitando a transformação do suporte fático (concreto) em fato jurídico irradiador de efeitos jurídicos concretos. (NEVES, 2014, p. 123-124).

Pode-se enxergar a irradiação da eficácia dos princípios recorrendo à imagem de dois círculos concêntricos: o círculo menor cuida-se de um conjunto mínimo de efeitos determinados, e o espaço intermediário entre o círculo interno e o externo (a coroa circular) será o espaço de expansão do princípio reservado à deliberação democrática, que definirá o sentido, entre os vários possíveis numa sociedade pluralista, a ser atribuído ao princípio a partir de seu núcleo. (BARCELLOS, 2011, p. 69)⁴. Feitas as considerações acerca da estrutura e da

³ Ao dissertar sobre a irradiação da eficácia dos princípios, Barcellos (2011, p. 46 et seq.) faz referência à incidência direta de um princípio sobre uma variedade de circunstâncias fáticas, gerando condutas exigíveis diretamente a partir de sua aplicação ao caso concreto. Apesar de utilizar-se da teoria proposta pela citada autora, no que diz respeito à irradiação da eficácia dos princípios, refuta-se a possibilidade de incidência direta e imediata de um princípio a um caso concreto sem que, no processo de concretização, se extraia uma regra que servirá de razão final de solução do caso, adotando-se a proposta de Neves (2014, p. 109) de que as normas que estão no nível reflexivo da ordem jurídica, qualificadas como princípios, servem tanto para o balizamento quanto para a construção hermenêutica de outras normas, mas não são razão definitiva para uma norma de decisão de questões jurídicas.

⁴ Barcellos (2011, p. 46-72) defende a existência de dois grupos de princípios, sendo o primeiro composto por aqueles que possuem efeitos indeterminados e conteúdo voltado para realização de fins ideais, valores ou metas

irradiação eficaz das normas-princípios, é preciso ainda analisar as modalidades de eficácia jurídica que irradiam dessas normas.

São modalidades, não exaustivas, de eficácia jurídica: simétrica ou positiva, invalidante, ineficazante, negativa, vedativa do retrocesso, sancionadora e interpretativa. Barcellos (2011, p. 75-107) propôs as seguintes modalidades de eficácia jurídica dos princípios constitucionais: simétrica ou positiva, nulidade, ineficácia, anulabilidade, negativa, vedativa do retrocesso, penalidade e interpretativa. Como tanto anulabilidade quanto nulidade são graus de invalidade (MELLO, 2013b, p. 94), optou-se por tratar de eficácia invalidante, que envolve ambas, em vez de eficácia de nulidade e de anulabilidade separadamente. Da mesma forma, é conceitualmente mais preciso falar-se em sanção (mais abrangente), em vez de pena (mais restrita), sabendo-se que, para autores como Mello (2013b, p. 86), a invalidade é uma modalidade de sanção, e a ineficácia pode o ser, em algumas hipóteses, posição com a qual se concorda. Contudo, em razão de as invalidades possuírem regramento bem definido, assim como a ineficácia, distinguindo-as das demais espécies de sanção previstas no ordenamento, optou-se por inseri-las como modalidades autônomas de eficácia das proposições normativas do tipo princípio.

A eficácia positiva ou simétrica não pode ser tida como aquela que cria direitos subjetivos, como propõe Barcellos (2011, p. 77), pois estes são fruto da eficácia de fatos jurídicos já concretizados. Nada mais reprovável, em método, do que começar-se a falar dos direitos, das pretensões, das ações e das exceções, antes de se falar da regra jurídica, do suporte fático, da incidência da regra jurídica, da entrada do suporte fático no mundo jurídico (fato jurídico), pois tudo isso é *prius*, e os direitos, as pretensões, as ações e exceções já são eficácia dos fatos jurídicos, já são *posterius*. (MIRANDA, 1983, p. 226). Portanto, a eficácia positiva ou simétrica de um princípio só pode ser aquela resultante da criação de uma regra jurídica que prevê, como efeito da concretização do suporte fático, *posterius*, o “nascimento” de um direito subjetivo. Tal raciocínio é aplicável às demais modalidades de eficácia das normas-princípios.

A invalidante consiste na criação de regras jurídicas que proporcionam a invalidade de um ato jurídico. Tem-se, por exemplo, a eficácia invalidante do princípio da boa-fé objetiva, que cria regras jurídicas que proíbem, com sanção de invalidade, a violação positiva do contrato. Nesse sentido, a ausência de boa-fé (= má-fé) na conclusão do negócio jurídico tanto

políticas e o outro, apesar de também produzir efeitos voltados a metas valorativas ou políticas, os fins seriam determinados, aproximando-se das regras. Adota-se o modelo proposto por Neves (2014, p. 109), para o qual o enquadramento conceitual não comporta um terceiro “tipo ideal” de normas (sem que se negue a existência de outros padrões no sistema jurídico além das normas), de modo que ou estão no nível reflexivo, qualificando-se como princípio, ou são normas suscetíveis de atuar como razão definitiva de questões jurídicas.

pode conduzir à sua anulabilidade como gerar ao figurante de má-fé o dever de indenizar os prejuízos que forem causados, salvo se a lei imputar outros efeitos. (MELLO, 2013b, p. 125).

A modalidade ineficacizante cria regras que vedam a irradiação da eficácia de fatos jurídicos. Esta poderá atingir determinados atos jurídicos, especialmente negócios jurídicos, válidos ou não, que fossem sem efeitos. (MIRANDA, 1983, p. 70). Diferencia-se da eficácia invalidante, tanto pelo fato de nem sempre consistir em uma sanção, quanto em relação ao plano de sua incidência.

A eficácia negativa autoriza que sejam declaradas inválidas todas as normas que contravenham os efeitos pretendidos pelo enunciado. (BARCELLOS, 2011, p. 84)⁵. As normas invalidadas, obviamente, devem ser hierarquicamente inferiores ao princípio, pois não se pode admitir a invalidação de uma regra ou princípio constitucional por uma regra ou princípio de hierarquia inferior.

Bastante semelhante à eficácia negativa, a vedativa do retrocesso merece especial atenção, tendo em vista que assume vital importância quando da proposta de solução das antinomias normativas entre os diplomas do EPD e do CPC/15. Esse tipo de eficácia é caro aos princípios constitucionais que tratam de direitos fundamentais.

A modalidade de eficácia jurídica denominada de vedativa do retrocesso pressupõe que os princípios constitucionais que cuidam de direitos fundamentais devam ser concretizados por meio de regulamentação infraconstitucional. (BARCELLOS, 2011, p. 86). Dois dos efeitos gerais (mínimos) produzidos pelos princípios fundamentais são: a aplicação imediata e/ou a efetividade dos direitos fundamentais (art. 5.º, § 1.º, CRFB) e a progressiva ampliação de tais direitos fundamentais (art. 5.º, § 2.º, CRFB). (BARCELLOS, 2011, p. 86).

Com efeito, a garantia constitucional dos direitos adquiridos, dos atos jurídicos perfeitos e da coisa julgada – assim como as demais limitações constitucionais de atos retroativos ou mesmo as garantias contra restrições legislativas dos direitos fundamentais – constitui uma decisão clara do Constituinte em prol de uma vedação do retrocesso, pelo menos nessas hipóteses. (SARLET, 2008, p. 9).

A eficácia vedativa do retrocesso provoca a inconstitucionalidade da norma revogadora de enunciados que, regulamentando o princípio constitucional, ensejaram a aplicação e a fruição dos direitos fundamentais ou ainda os ampliaram, pois a revogação de um direito, já

⁵ A autora também menciona a vedação de atos que contrariem princípios, contudo, conforme já reiterado, não se adota no presente trabalho um método que admita aplicação direta de princípios.

incorporado como efeito próprio do princípio constitucional, o esvazia e viola, tratando-se, portanto, de uma ação inconstitucional. (BARCELLOS, 2011, p. 87).

Dirigidas ao comportamento do *homo socialis*, as normas jurídicas nem sempre são atendidas, em razão mesmo do livre-arbítrio próprio do espírito humano, havendo, assim, necessidade por parte do direito de preservar a validade de suas normas, o que faz repelindo as condutas que as infringem por meio de sanções com que as pune. (MELLO, 2013b, p. 86). Em razão disso, é correto afirmar que os princípios, na qualidade de normas, também possuem eficácia sancionadora, podendo haver criação de regras a partir de princípios para agir como medidas de desestímulo à desobediência ao comando normativo⁶.

Por fim, a eficácia interpretativa demanda que os comandos normativos de hierarquia inferior sejam interpretados de acordo com os de hierarquia superior a que estão vinculados, selecionando, entre as interpretações possíveis da norma hierarquicamente inferior, aquela que melhor realiza a superior. (BARCELLOS, 2011, p. 96-97).

Finalizado o ponto concernente à eficácia das normas-princípios, cumpre prosseguir o estudo, abordando, em síntese, cada um daqueles que foram expressamente previstos no artigo 3.º, da CDPD.

4. A EFICÁCIA DOS PRINCÍPIOS DA CDPD.

Os primeiros princípios previstos expressamente na CDPD, em seu artigo 3.º, “a”, são os da dignidade inerente, a autonomia individual, incluindo a liberdade de fazer as próprias escolhas, e a independência das pessoas. Percebe-se, pela redação do mencionado dispositivo, que há, na verdade, apenas dois princípios enunciados, quais sejam, dignidade e autonomia individual, sendo a liberdade de fazer as próprias escolhas e a independência, dimensões de concretização dos primeiros.

Tem-se por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado

⁶ Temos, por exemplo, a regra que, extraída do princípio da boa-fé objetiva, estabelece um dever ao credor de mitigar seu próprio prejuízo (“*duty to mitigate the loss*”). A terceira turma do STJ, no julgamento do REsp 758518/PR, de relatoria do Min. Vasco Della Giustina (desembargador convocado do TJ/RS), julgado em 17/06/2010, publicado no DJe 28/06/2010, decidiu aplicar uma punição ao credor, excluindo um ano de ressarcimento, pelo fato de ter deixado o devedor na posse do imóvel por quase 7 (sete) anos, sem que este cumprisse com o seu dever contratual (pagamento das prestações relativas ao contrato de compra e venda), o que evidenciou a ausência de zelo com o patrimônio do credor, com o conseqüente agravamento significativo das perdas, uma vez que a realização mais célere dos atos de defesa possessória diminuiriam a extensão do dano.

e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (SARLET, 2007, p. 383).

O gozo das liberdades mínimas e autonomia individual – princípio normativo expresso na CDPD – por pessoas com deficiência pressupõe a necessidade de acomodações ambientais e sociais que viabilizem o desenvolvimento de suas potencialidades, bem como o exercício de seus direitos. (GALINDO, 2012, p. 96). Essas acomodações serão justamente as regras concernentes às medidas de apoio e acessibilidade, como salvaguardas aos direitos das pessoas com deficiência, que serão propriamente abordadas posteriormente.

Nesse contexto, o EPD trouxe diversas regras jurídicas a serem utilizadas pelo aplicador do direito, no processo de concretização desses princípios constitucionais. Poderá delas se utilizar o julgador, ainda que não tenham ainda entrado em vigor, em razão da normatividade e vigência dos preceitos constitucionais contidos na CDPD.

Veja-se, por exemplo, que o § 1.º, do art. 2.º da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência traz regras de demasiada importância para a correta concreção dos princípios e regras da CDPD, com o fim de estabelecer a norma de decisão a ser subsumida ao caso concreto. Prevê o mencionado dispositivo que a avaliação da deficiência, quando necessária, será biopsicossocial, realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar, e considerará os impedimentos nas funções e nas estruturas do corpo, os fatores socioambientais, psicológicos e pessoais, a limitação no desempenho de atividades e a restrição de participação.

Essa regra se coaduna perfeitamente com a concretização dos princípios acima mencionados, aliado à maior efetividade dada às regras constantes do art. 12, 3 e 4, da CDPD. A aplicação desses parâmetros tem como condão permitir identificar as barreiras que impedem o indivíduo de exercer sua autonomia individual e, conseqüentemente, as medidas de salvaguarda mais adequadas ao caso. Além desses critérios, devem ser analisadas pela equipe multidisciplinar, também, as potencialidades do indivíduo, de modo a não impedir que a necessidade de salvaguarda em alguma esfera de tomada de decisão do indivíduo possa comprometer outra a que este é plenamente apto a exercer de forma autônoma.

A partir do reconhecimento da dignidade inerente de pessoas com deficiência como seres morais livres é imperativo que se promova o seu desenvolvimento moral autônomo, o que

requer a adoção de medidas apropriadas para eliminar ou atenuar as dificuldades que se interpõem no exercitar sua capacidade de escolher e realizar seu plano de vida, sendo esses direitos os principais instrumentos para alcançar esse objetivo. (MARTÍNEZ; CAYÓN; 2015, p. 44). Essa declaração, em um primeiro aspecto do princípio da autonomia e da sua ligação direta com desenvolvimento da dignidade, da liberdade e da personalidade, assume que, no novo regramento, o princípio da proteção (superior interesse), prevalente na visão paternalista anterior, passa para segundo plano, com apenas um carácter residual, de modo que apenas entram em jogo quando não é possível autotutela por meio da autonomia individual, e tendo em mente como um guia fundamental para a operação o principal interesse da pessoa com deficiência. (MARTÍNEZ; CAYÓN; 2015, p. 44).

Independentemente da vigência do EPD, a CDPD já está em vigor em nosso ordenamento jurídico desde a sua aprovação com quórum qualificado de emenda constitucional e publicação via decreto presidencial (25 de agosto de 2009). Assim, sendo insofismável o reconhecimento de força normativa a um tratado internacional de direitos humanos, internalizado como emenda constitucional, tratando, até, em todo o seu texto, de direitos e garantias fundamentais das pessoas com deficiência, não se pode negar que o aplicador pode, ao aplicar os princípios e regras previstos na CDPD, utilizar, como parâmetros de concretização da norma jurídica de decisão a ser subsumida ao caso concreto, regras extraídas do EPD, independentemente de sua vigência, pois o fundamento dessa aplicação não reside na lei, mas, sim, diretamente da CDPD.

A proibição da utilização desses preceitos contidos na lei, sob o fundamento de esta ainda não ter entrado em vigor, seria negar força normativa à CDPD, ou pior, entender que uma disposição infraconstitucional poderia impedir a imediata aplicação de uma norma hierarquicamente superior. O que fez o EPD foi apenas regulamentar e facilitar a concretização dos preceitos contidos na CDPD. Portanto, muitos dos parâmetros estabelecidos pela lei podem, desde já, ser aplicados, não pela via da aplicação direta da lei, posto que ainda não vigente, mas pela aplicação direta dos princípios e regras da CDPD.

Com o estabelecimento dos princípios da dignidade e autonomia individual na CDPD, foi dada resposta a uma das principais reivindicações do movimento dos direitos das pessoas com deficiência, que consiste na possibilidade de elas participarem das decisões atinentes à sua própria vida, sendo, até mesmo, o mote de um dos lemas principais do movimento de vida

independente, a saber, o “nada sobre nós sem nós” (“*nothing about us without us*”).⁷ (PALACIOS, 2015, p. 25).

Nas letras “b”, “c”, “d” e “e”, foram enunciados quatro princípios, a saber: a não discriminação, a participação plena e efetiva na sociedade, o respeito pela diferença e a aceitação das pessoas com deficiência como parte da diversidade e da condição humana, e a igualdade de oportunidades, sendo todos eles diferentes facetas de um só princípio, o da igualdade. (PALACIOS, 2015, p. 25-26).

O princípio da igualdade abrange, ao menos, três dimensões: proibição do arbítrio, ou seja, diferenciações sem justificativa plausível ou tratamento formalmente igual em situações manifestamente desiguais; vedação da discriminação, entendida como diferenciações que têm como base categorias meramente subjetivas; obrigação de tratamento diferenciado com vistas à compensação de uma desigualdade de oportunidades. (SARLET, 2007, p. 78).

Interessante notar que, apesar dessa última dimensão do princípio da igualdade, a CDPD consagrou a autonomia individual da pessoa com deficiência de tal forma que esta não poderá ser obrigada a ser beneficiada por ação afirmativa. Nesse diapasão, acertada a disposição da Lei Brasileira de Inclusão, em seu art. 4.º, § 2.º, ao assim dispor de forma expressa.

Em decorrência de tais princípios, a regra constante do art. 4 da CDPD, enuncia que todas as pessoas são iguais perante a lei e sob a lei, e que fazem jus, sem nenhuma discriminação, a igual proteção e igual benefício da lei, sendo vedada qualquer discriminação baseada na deficiência, e garantindo às pessoas com deficiência igual e efetiva proteção legal contra a discriminação por qualquer motivo.

Para fins de realização de todos esses planos do princípio da igualdade, as partes 3 e 4 do mencionado dispositivo convencional estabelecem como obrigação do Estado tomar as medidas apropriadas para a devida adaptação razoável para pôr as pessoas com deficiência em pé de igualdade com as demais pessoas, as quais não serão consideradas discriminatórias.

A igualdade na dimensão da plena e efetiva participação e inclusão na sociedade constitui um importante contributo da CDPD, que deve conduzir à adoção de normas de direito positivo e medidas eficazes por parte dos Estados – para que as pessoas com deficiência gozem dos

⁷ O movimento dos direitos das pessoas com deficiência é um movimento social relativamente novo, pois, iniciou no início da década de 1970 nos Estados Unidos, originado do ativismo social da década de 1960, espalhando-se por diversos países de diferentes continentes, tendo ganhado importância mundial no início dos anos da década de 1980, com a ONU declarando o ano de 1981 como o ano internacional das pessoas com deficiência, tendo influído bastante em muitos dos preceitos aprovados na CDPD (PÉREZ, 2013, p. 24-26; CHARLTON, 1998, p. 3-21, 130-153).

direitos subjacentes a esse princípio – e levar a integração efetiva de todas as pessoas na sociedade inclusiva, que prega a Convenção. (GIL, 2007, p. 11).

Dessa dimensão do princípio decorrem diversas regras na CDPD, como o direito conferido às pessoas com deficiência de escolher seu local de residência, onde e com quem morar, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, e que não sejam obrigadas a viver em determinado tipo de moradia (art. 19, a, CDPD). Assim como a regra que garante que as pessoas com deficiência tenham acesso a uma variedade de serviços de apoio em domicílio ou em instituições residenciais ou a outros serviços comunitários de apoio, incluindo os serviços de atendentes pessoais que forem necessários como apoio para que as pessoas com deficiência vivam e sejam incluídas na comunidade e para evitar que fiquem isoladas ou segregadas da comunidade (art. 19, b, CDPD). Nesses termos, a Convenção também garante que os serviços e instalações da comunidade para a população em geral (praças, locais de lazer, bibliotecas, museus, prédios públicos em geral, etc.) estejam disponíveis às pessoas com deficiência, em igualdade de oportunidades, e atendam às suas necessidades (art. 19, c, CDPD).

Ainda em razão desse princípio, encontram-se as regras que preveem o direito das pessoas com deficiência à educação sem discriminação e com base na igualdade de oportunidades (art. 24, da CDPD). Os Estados Partes assegurarão sistema educacional inclusivo em todos os níveis, bem como o aprendizado ao longo de toda a vida, objetivando o pleno desenvolvimento do potencial humano e do senso de dignidade e autoestima, além do fortalecimento do respeito pelos direitos humanos, pelas liberdades fundamentais e pela diversidade humana; do máximo desenvolvimento possível da personalidade e dos talentos e da criatividade das pessoas com deficiência, assim como de suas habilidades físicas e intelectuais; a participação efetiva das pessoas com deficiência em uma sociedade livre.

Assim, considerando essa dimensão material do princípio da igualdade em relação às pessoas com deficiência aponta para a necessidade de ter em conta a situação de desigualdade factual em que se encontram socialmente. (MARTÍNEZ; CAYÓN; 2015, p. 52). Por conseguinte, esse princípio tem a ver, fundamentalmente, com o dever acima mencionado para promover ações afirmativas para eliminar ou compensar as desvantagens das pessoas com deficiência para que possam exercer real e eficazmente os seus direitos e participar plenamente nas várias áreas da vida social. (MARTÍNEZ; CAYÓN; 2015, p. 52).

Ainda em relação ao princípio da inclusão, são garantidas às pessoas com deficiência a conquista e a conservação do máximo de autonomia e a plena capacidade física, mental, social e profissional, bem como plena inclusão e participação em todos os aspectos da vida (art. 26,

CDPD). Para tanto, é dever do Estado a organização, o fortalecimento e a ampliação de serviços e programas completos de habilitação e reabilitação, particularmente nas áreas de saúde, emprego, educação e serviços sociais, de modo que esses serviços e programas comecem no estágio mais precoce possível e sejam baseados em avaliação multidisciplinar das necessidades e pontos fortes de cada pessoa; apoiem a participação e a inclusão na comunidade e em todos os aspectos da vida social, sejam oferecidos voluntariamente e estejam disponíveis às pessoas com deficiência o mais próximo possível de suas comunidades, inclusive na zona rural. Para tanto, deve ser promovida a capacitação inicial e continuada de profissionais especialistas em cada uma dessas áreas, bem como a disponibilidade de dispositivos e tecnologias assistivas que ajudem nesse mister (art. 26, 2 e 3, da CDPD).

Aparentemente, o princípio da acessibilidade (art. 3.º, f, da CDPD) seria plano específico do princípio da igualdade, conforme propõe Luiz Alberto David Araújo (2011, p. 58-60), que qualifica a acessibilidade como dimensão do princípio da igualdade. Contudo, tendo em vista os objetivos da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, a acessibilidade assume uma tipologia normativa autônoma e independente ao princípio da igualdade, assumindo papel central na principiologia da CDPD.

O princípio da "acessibilidade" envolve a remoção de todas as barreiras que tornam inacessíveis o exercício de quaisquer direitos pelas pessoas com deficiência. Esse princípio vai muito mais além do que dispõe o artigo 9.º, da CDPD, que regulamenta o direito de acessibilidade, pois não se limita ao acesso a instalações e tecnologia, ou seja, a eliminação de "barreiras físicas", mas inclui "acesso ao exercício de todos os direitos". Em outras palavras, visa à criação de uma sociedade acessível a todos, em que todas as barreiras desaparecem. (GIL, 2007, p. 11). Estão resguardadas também no princípio da acessibilidade as regras referentes à capacidade civil de praticar atos jurídicos e a autonomia da pessoa com deficiência de fazer as próprias escolhas, bem como a implantação de medidas de salvaguarda para esse fim, a exemplo da tomada de decisão apoiada. Novamente, o “nada sobre nós sem nós” (“*nothing about us without us*”) encontra guarida em um princípio da CDPD⁸.

⁸ Pela primeira vez na história, a negociação de um tratado internacional de direitos humanos que intentava abordar os direitos de uma coletividade em específico se viu invadida por seus protagonistas, com ativa participação de diversas organizações de defesa dos direitos das pessoas com deficiência, compostas por pessoas com deficiência, sediadas em diversos países que uniram-se em torno de suas reivindicações – todas ostentando o mote do “nada sobre nós sem nós” (“*nothing about us without us*”) – de tal modo, que o presidente do Comitê Especial que negociou o tratado, o neozelandês Don McKay, disse ao adotar o texto final que a CDPD era fruto em cerca de 70% do trabalho das próprias pessoas com deficiência (BARIFFI, 2014, p. 150-151).

Entendida dessa maneira ampla, o acesso é configurado como um dos elementos estratégicos fundamentais para alcançar os objetivos da CDPD e cumprir com outros princípios, e, sob a filosofia do modelo social, torna-se um pré-requisito e/ou uma condição prévia para a realização dos direitos contidos em que, precisamente pela falta de acessibilidade, ocorre, em muitos casos, a impossibilidade de pleno desfrute dos direitos, o que gera situações de desigualdade com as quais se pretende acabar. (MARTÍNEZ; CAYÓN; 2015, p. 54).

Levando-se em conta o conteúdo dos princípios já enunciados, cumpre retornar à abordagem estrutural dos princípios no plano da argumentação jurídica, para identificar a correlação evidentemente existente entre o princípio da autonomia e o da acessibilidade.

O diálogo de reflexividade nos planos da estrutura da argumentação jurídica não ocorre de forma circular apenas entre princípios e regras (NEVES, 2014, p. 135), conforme já exposto, sendo possível verificar uma relação circular de complementaridade, até mesmo entre dois princípios, no âmbito da observação de segunda ordem. Observa-se esse fenômeno no art. 1.º, da CRFB/1988, ao qual podem ser atribuídos o princípio do Estado de direito e o princípio democrático, que se encontram em relação paradoxal de complementaridade e tensão. (NEVES, 2014, p. 90). Isso se verifica também, por exemplo, na relação de complementaridade existente entre o princípio da inclusão e o princípio da acessibilidade.

É possível observar uma correlação de interdependência entre ambos os princípios como condição de possibilidade de existência e aplicabilidade não só um do outro, bem como das regras e normas de decisão deles extraídas, mas de todo o sistema de direitos das pessoas com deficiência. A efetiva autonomia, que resulta na inclusão, só pode ser realizada por meio da acessibilidade, e essa só tem sentido como mecanismo hábil a alcançar aquela, e, sem quaisquer desses princípios, todos os demais princípios e regras de resguardo aos direitos das pessoas com deficiência vão à ruína.

A interação é de tal forma que, apesar de possuírem conteúdos distintos, não é possível, dentro do sistema jurídico, encontrar uma regra que diga respeito apenas a um deles, mas todos estão relacionados a eles em conjunto. Tal conclusão se extrai, por exemplo, da análise dos seguintes dispositivos da CDPD (GIL, 2007, p. 13):

- É o caso do artigo 19, no qual, para a realização do direito de viver independente e de inclusão na comunidade, se prevê a obrigação dos Estados de tomar medidas eficazes e apropriadas para facilitar o pleno gozo desse direito pelas pessoas com deficiência;

- Igualmente no artigo 24, que reconhece o direito à educação inclusiva em todos os níveis, bem como o ensino ao longo da vida, e, para fazer cumprir essa regra, estabelece a CDPD que os Estados devem assegurar que as pessoas com deficiência não sejam excluídas do sistema de educação geral e de poder ascender a um ensino primário e secundário inclusivo em condições de igualdade com os outros, fazendo "ajustes razoáveis" com base nas necessidades individuais de cada aluno com deficiência;
- Também os artigos 26 e 28 são uma consequência desses princípios. Em conformidade com o artigo 26, o direito à habilitação e à reabilitação é reconhecido para alcançar e manter o máximo de autonomia, capacidade física, mental, social e profissional completa e plena inclusão, e participação em todos os aspectos da vida, forçando o Estado a adotar medidas eficazes relevantes;
- Finalmente, o artigo 28 reconhece o direito à oportunidade de ganhar a vida mediante um trabalho livremente escolhido ou aceito no mercado de trabalho e ambiente de trabalho que seja aberto, inclusivo e acessível a pessoas com deficiência.

Por fim, é princípio expressamente contido na CDPD o do respeito pelo desenvolvimento das capacidades das crianças com deficiência e pelo direito das crianças com deficiência de preservar sua identidade. De um modo geral, esse mesmo direito é conferido a todas as crianças e adolescentes, nos termos do art. 12 da Convenção da ONU sobre os direitos da Criança, que dispõe:

Artigo 12

1. Os Estados Partes assegurarão à criança que estiver capacitada a formular seus próprios juízos o direito de expressar suas opiniões livremente sobre todos os assuntos relacionados com a criança, levando-se devidamente em consideração essas opiniões, em função da idade e maturidade da criança.
2. Com tal propósito, proporcionar-se-á à criança, em particular, a oportunidade de ser ouvida em todo processo judicial ou administrativo que a afete, quer diretamente, quer por intermédio de um representante ou órgão apropriado, em conformidade com as regras processuais da legislação nacional.

Assim, pode-se enxergar o presente princípio como mais uma derivação do princípio da igualdade, pois visa a promover o tratamento da pessoa com deficiência em igualdade de condições com as crianças sem deficiência. No âmbito da Convenção Sobre os Direitos da Criança (CSDC), é considerada criança toda pessoa menor de 18 anos, a não ser que, em

conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcançada antes (art. 1.º, da CSDC). Portanto, em nosso ordenamento, esse direito é garantido tanto às crianças quanto aos adolescentes, nos termos estabelecidos no art. 2.º, do ECA.

Em nosso ordenamento, mesmo com a nova redação dada pelo EPD, são absolutamente incapazes as crianças e adolescentes menores de 16 anos (art. 3.º, CC/02), e relativamente incapazes as maiores de 16 e menores de 18 (art. 4.º, inciso I, CC/02).

Apesar de ter ingressado no ordenamento jurídico brasileiro na década de 1990 (Decreto n.º 99.710/90), a CSDC não foi revogada ou derogada pelo CC/02, pois, além de ser norma mais específica, possui hierarquia supralegal, porém, infraconstitucional, em razão de ser tratado internacional de direitos humanos aprovado com quórum de lei ordinária. Sendo assim, da mesma forma que é garantido à criança o direito à tomada de decisão para a qual esteja suficientemente madura (circunstância verificável somente no caso concreto), esse direito não poderá ser negado à criança com deficiência, em igualdade de condições.

Assim, é assegurado à criança com deficiência que estiver capacitada a formular seus próprios juízos o direito de expressar suas opiniões livremente sobre todos os assuntos relacionados com sua pessoa, levando-se devidamente em consideração essas opiniões, em função de sua idade e maturidade. (PALACIOS, 2015, p. 33). Da mesma forma, proporcionar-se-á à criança com deficiência, em particular, a oportunidade de ser ouvida em todo processo judicial ou administrativo que a afete, quer diretamente, quer por intermédio de um representante ou órgão apropriado, em conformidade com as regras processuais da legislação nacional.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

Por tudo o que foi exposto, conclui-se que os princípios trazidos pela Convenção trazem ao ordenamento jurídico-constitucional brasileiro uma nova perspectiva de defesa dos direitos e interesses das pessoas com deficiência, tanto no que corresponde aos direitos humanos e fundamentais, quanto nas prerrogativas inerentes a interação da pessoa com deficiência com a comunidade em suas relações privadas. Na qualidade de normas do plano reflexivo da estrutura normativa do sistema jurídico, no grau máximo de hierarquia, a relação circular de complementaridade entre os princípios da autonomia, inclusão e acessibilidade, e destes com as regras previstas na CDPD, deve formar o panorama hermenêutico a orientar o intérprete no processo de concretização normativa do novo regramento de proteção das pessoas com deficiência.

O caminho a ser traçado pela jurisprudência brasileira na interpretação e aplicação do EPD e da CDPD, principalmente tendo em vista que se está diante de um novo CPC/2015 é longo. Contudo, os princípios e regras constitucionais previstos na CDPD devem ser, necessariamente, por imposição do próprio sistema jurídico brasileiro, protagonistas no momento de aplicação dos dispositivos da legislação infraconstitucional.

REFERÊNCIAS.

ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional**: sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Ética e retórica**: para a dogmática jurídica. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo**. São Paulo: Noeses, 2011.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ARAÚJO, Luiz Alberto David Araújo. A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seus Reflexos na Ordem Jurídica Interna no Brasil. In: FERRAZ, C. V.; LEITE, George S.; LEITE, Glauber S.; LEITE, Glauco S. (Coord.). **Manual dos direitos da pessoa com deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2012a.

_____. **A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência**. 4 ed. Brasília: Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, 2011.

AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana**. *Revista USP*, São Paulo, n. 53, p. 90-101, mar./maio 2002.

_____. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. 3 ed. Rio de Janeiro/São Paulo/Recife/Curitiba: Renovar, 2011.

BARIFFI, José Francisco. **El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y sus relaciones con la regulación actual de los ordenamientos jurídicos internos**. 2014. 646 f. Tese (Doutorado) – Universidad Carlos III de Madrid – Departamento de Derecho Internacional Público, Eclesiástico y Filosofía del Derecho, Getafe, mar. 2014.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

GALINDO, Bruno. Direito à liberdade: dimensões gerais e específicas de sua proteção em relação às pessoas com deficiência. In: FERRAZ, C. V.; LEITE, George S.; LEITE, Glauber

S.; LEITE, Glauco S. (Coord.). **Manual dos direitos da pessoa com deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2012.

GIL, Amparo Sanjosé. **El primer tratado de derechos humanos del siglo xxi: la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad**. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n. 13, jun. 2007. Disponível em: <www.reei.org>. Acesso em: 14 set. 2015.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 5 ed. Rio de Janeiro: GEN/Forense, 2013.

MARTÍNEZ, María Olga Sánchez; CAYÓN, José Ignacio Solar. **La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad**. Madrid/ES: Dykinson, 2015.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2013a.

_____. **Teoria do fato jurídico: plano da validade**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2013b.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, tomo V, 1983.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. 2 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

PALACIOS, Agustina. **El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad**. Madrid/ES: CINCA, 2008.

_____. Una introducción al modelo social de discapacidad y su reflejo en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. In: SALMÓN, Elizabeth; BREGAGLIO, Renata. **Nueve conceptos claves para entender LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD**. San Miguel/Peru: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2015, p. 9-34.

SARLET, Ingo Wolfgang. **As dimensões da dignidade humana**. *Revista Brasileira de Direito Constitucional* – RBDC n. 09 – jan./jun. 2007.

_____. **Proibição do retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível**. *Revista eletrônica sobre a reforma do Estado*. N. 15, Salvador/BA, ISSN 1981-1888, setembro/outubro/novembro, 2008.