

I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS I

LIVIA GAIGHER BOSIO CAMPELLO

MARIA CREUSA DE ARAÚJO BORGES

VLADMIR OLIVEIRA DA SILVEIRA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal 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 Napolini - 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 - UNIVEM – 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

Direito internacional dos direitos humanos I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Livia Gaigher Bosio Campello; Maria Creusa De Araújo Borges; Vladmir Oliveira da Silveira – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-074-9

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

Tema: Constituição, cidades e crise

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. I Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS I

Apresentação

A presente publicação é fruto dos artigos apresentados no Grupo de Trabalho (GT) Direito Internacional dos Direitos Humanos I durante o Encontro Virtual do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), realizado virtualmente do dia 23 a 30 de julho de 2020.

O Encontro logrou êxito ao dar continuidade a agenda de eventos acadêmicos em 2020 no contexto de pandemia de COVID-19, possibilitando, desse modo, um espaço para que os pesquisadores expusessem seus trabalhos em segurança, preservando a saúde e bem-estar de todos.

O GT “Direito Internacional dos Direitos Humanos” tem papel relevante ao debater criticamente temas referentes aos direitos humanos, abordando questões como o histórico, suas dimensões, a internacionalização, os sistemas de proteção, universalismo e interculturalismo, direitos humanos e Constituição, eficácia e violação, instrumentos de defesa de tais direitos e controle de convencionalidade.

O presente GT foi coordenado pela Prof^a. Dr^a. Livia Gaigher Bósio Campello (Universidade Federal de Mato Grosso do Sul – UFMS), pela Prof^a. Dr^a Maria Creusa de Araújo Borges (Universidade Federal da Paraíba – UFPB) e pelo Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira (Universidade Federal de Mato Grosso do Sul – UFMS).

Como resultado das atividades de pesquisa desenvolvidas em todo país, foram selecionados para esse GT dezoito artigos relacionados ao tema. Nas apresentações dos trabalhos foram expostos temas relacionados ao/a: condição dos estrangeiros, migrantes e refugiados; Convenção n. 169 da OIT; morosidade processual; direitos fundamentais das mulheres; direitos sociais fundamentais nas Américas; proteção judicial dos povos indígenas; Convenção Americana de Direitos Humanos; amicus curiae e direitos humanos; controle de convencionalidade; Sistema Interamericano de Direitos Humanos e direito ao desenvolvimento.

Após as exposições orais dos trabalhos, abriu-se espaço para debates que demonstraram a relevância das temáticas trazidas pelos pesquisadores e pesquisadoras do grupo. Assim, é com grande satisfação que os coordenadores desse Grupo de Trabalho apresentam à

comunidade jurídica a presente publicação, a qual certamente colaborará para o enriquecimento do debate acadêmico.

São Paulo, 09 de julho de 2020

Profª Drª. Lívia Gaigher Bósio Campello (UFMS)

Profª. Drª Maria Creusa de Araújo Borges (UFPB)

Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira (UFMS)

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Direito Internacional dos Direitos Humanos I apresentados no I Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (<https://www.indexlaw.org/>), conforme previsto no item 8.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista de Direitos Humanos em Perspectiva. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE POR OMISSÃO E A CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

DEFAULT CONVENTIONALITY CONTROL AND THE INTERNATIONAL CONVENTION ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES

Michelli Linhares de Bastos ¹

Resumo

O Brasil é signatário da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência que visa a garantia e promoção de todos os direitos humanos para as pessoas com impedimentos de longo prazo.. Portanto, não pode haver divergências entre o que determina a convenção e as leis internas brasileiras. Este artigo apresenta o instituto do controle de convencionalidade como meio capaz de harmonizar o regramento internacional e doméstico. Apresentamos o Plano Plurianual da União de 2020 a 2023 e sua omissão quanto as pessoas com deficiência e como o controle de convencionalidade pode ser interpretado nessa questão.

Palavras-chave: Controle de convencionalidade, Convenção internacional sobre os direitos das pessoas com deficiência, Omissão, Plano plurianual 2020 a 2023, Pessoas com impedimentos a longo prazo

Abstract/Resumen/Résumé

Brazil is a signatory to the International Convention on the Rights of Persons with Disabilities which aims to guarantee and promote all human rights for people with long-term disabilities. Therefore, there can be no divergence between what determines the convention and the Brazilian internal laws. This article presents the institute of conventionality control as a means capable of harmonizing international and internal regulations. We present the country's Multiyear Plan from 2020 to 2023 and its omission regarding people with disabilities and how conventionality control can be interpreted in this matter.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Conventionality control, International convention on the rights of persons with disabilities, Omission, Pluriannual plan 2020 to 2023, People with long-term impediments

¹ Mestranda em Direitos Humanos pela UNIRITTER. Advogada. Licenciada em Letras.

1. INTRODUÇÃO

Após as atrocidades ocorridas na 2ª Guerra Mundial, fez-se necessária uma matéria que reconhecesse o valor inerente a cada ser humano, ou seja, a dignidade que cada pessoa humana carrega e que não pode ser violada. Assim, nascem os Direitos Humanos como matéria internacional que enfatiza a busca pela não violação ao núcleo de direitos fundamentais dos indivíduos, dentre eles a igualdade.

Diante disso, os Direitos Humanos tiveram especial atenção aos grupos considerados vulneráveis: mulheres, crianças, migrantes, por exemplo. No entanto, estudos sobre a proteção a pessoas com deficiência ocorreram de maneira mais tardia, tendo o primeiro documento internacional vinculante em 2006: a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (que foi promulgada pelo Brasil apenas em 2009 pelo Decreto nº 6.949).

Essa Convenção traz obrigações aos Estados signatários com a finalidade de garantia e promoção de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais para as pessoas com deficiência¹. Dentre as obrigações assumidas pelos signatários está a abstenção da prática de atos incompatíveis com o determinado no texto convencionado e os Estados devem assegurar a conformidade das ações das autoridades públicas e instituições com o conteúdo da Convenção.

Logo, evidencia-se uma conclusão lógica: o Estado que livremente aceita ser parte de uma convenção internacional, passa a ter obrigações diante de tais instrumentos de *hard law*². Assim, a existência de um mecanismo que verifique a compatibilidade das normas internas com os tratados internacionais faz-se imprescindível para garantir a efetividade destes. O controle de convencionalidade é uma ferramenta apta para o manejo da compatibilidade necessária entre as normas internas e internacionais. O objetivo desta pesquisa é analisar a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência sob a ótica da teoria do controle de convencionalidade, em especial sobre a possibilidade de um controle de convencionalidade por omissão.

¹ A Convenção aplica o conceito de pessoas com deficiência como “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”.

² Entende-se por *hard law* os instrumentos de direito internacional que podem ser feitos cumprir pelos organismos internacionais devido ao seu processo de aprovação.

2 BREVES COMENTÁRIOS SOBRE A TEORIA DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

Ao se tratar sobre Direito Internacional, os conceitos de monismo e dualismo acabam vindo à tona. Bobbio (1999, p. 165) ultrapassa os conceitos de monismo e dualismo ao tratar de “universalismo”. Entende o autor que o universalismo ganhou força, após a 2ª Guerra Mundial, e a criação da ONU, e surgiu como a crença em um Direito positivo único que abranja todos os direitos positivos existentes.

Nasser (2013, p. 268) reitera que a discussão entre monismo e dualismo é intensa no campo teórico, mas não produz muitos resultados práticos. Para o autor é impossível que um sistema seja puramente monista ou puramente dualista. Outrossim, Pinheiro (2008, p. 247) reconhece que há novas perspectivas teóricas que ultrapassam o monismo e o dualismo. O autor exemplifica tal aspecto, utilizando a teoria de doutrinadores espanhóis que defendem haver independência entre os planos internacional e interno, mas havendo uma coordenação entre esses planos baseada no Direito Natural. Essas são correntes conciliadoras que acreditam que uma norma internacional não precisa passar por transformação, bastando a recepção legislativa para que a norma internacional passe a vigorar no plano interno.

Os ensinamentos de Canotilho (1993, p.1217) são assertivos no sentido de apreciarmos que os direitos humanos trazem um novo paradigma ao constitucionalismo ao ter que necessariamente considerar as questões internacionais:

Os direitos humanos articulados com o relevante papel das organizações internacionais fornecem um enquadramento razoável para o constitucionalismo global. O constitucionalismo global compreende não apenas o clássico paradigma das relações horizontais entre Estados, mas o novo paradigma centrado nas relações Estado/povo, na emergência de um Direito Internacional dos Direitos Humanos e na tendencial elevação da dignidade humana a pressuposto ineliminável de todos os constitucionalismos. Por isso, o Poder Constituinte dos Estados e, conseqüentemente, das respectivas Constituições nacionais está hoje cada vez mais vinculado a princípios e regras de direito internacional. É como se o Direito Internacional fosse transformado em parâmetro de validade das próprias Constituições nacionais (cujas normas passam a ser consideradas nulas se violadoras das normas do jus cogens internacional). O Poder Constituinte soberano criador de Constituições está hoje longe de ser um sistema autônomo que gravita em torno da soberania do Estado.

Questão relevante para este artigo é o processo de internacionalização de regras benéficas para os seres humanos (seja a partir de uma teoria monista ou dualista). Por esse ângulo, pondera Appio (2013, p. 186) ao afirmar que para um correto funcionamento da

internacionalização dos direitos humanos é preciso uma renúncia por parte dos Estados de parte de sua soberania.

Piovesan (2013, p. 141) sintetiza essas ideias:

Além da ratificação de tratados de direitos humanos, a serem recepcionados de forma privilegiada pela ordem jurídica local, fundamental é transformar a cultura jurídica tradicional, por vezes refratária e resistente ao Direito Internacional, a fim de que realize o controle de convencionalidade.

Diante desse contexto, torna-se imprescindível o entendimento sobre o controle de convencionalidade no Brasil. Essa é uma ferramenta fundamental para uma harmonização entre as normas internacionais e as normas internas do nosso país.

O controle de convencionalidade foi abordado pela primeira vez pelo Conselho Constitucional Francês, em 1975, na decisão n. 74-54 DC. Nessa ocasião, esse Conselho declarou-se incompetente para apreciar a convencionalidade preventiva das leis, ou seja, a compatibilidade entre os tratados internacionais ratificados pela França e as leis internas. Conforme descreve Mazzuoli (2011, p. 83), a referida Corte afirmou não ser essa análise uma apreciação de constitucionalidade, fugindo assim da sua competência.

Na decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) do caso *Myrna Mack Chang Vs. Guatemala*, julgado em 25 de novembro de 2003, temos o surgimento da ideia do “controle de convencionalidade” no ordenamento jurídico dos países americanos. Gozaíni (2015, p. 318) explica que essa citação é rápida, mas já traz a consciência da necessidade de haver critérios para a aplicação do sistema jurídico que melhor atende aos interesses dos homens. Em 2006, na decisão do caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, também julgado pela CIDH, temos a primeira vez do uso do termo “controle de convencionalidade” no direito americano:

La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.³

³ A Corte está consciente de que os juízes e os tribunais estão sujeitos ao Estado de direito e, portanto, são obrigados a aplicar as disposições em vigor no ordenamento jurídico. Mas quando um Estado ratifica um tratado internacional, como a Convenção Americana, os seus juízes, como parte do aparelho do Estado, também estão sujeitos a ele, o que os obriga a garantir que os efeitos das disposições da Convenção não sejam prejudicados por

A partir dessas ideias, os países que reconhecem a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos passaram a explorar o assunto da convencionalidade. Sagüés (2013, p. 357-358) afirma que, na Argentina, a Corte Suprema de Justiça (órgão que realiza o controle de constitucionalidade concentrado, cabe destacar que na Argentina só há esse tipo de controle de constitucionalidade) aceita a doutrina do Controle de Convencionalidade. No entanto, o autor afirma que esse instituto ainda não está plenamente conhecida e recepcionada pelos tribunais médios.

Os estudos acerca do controle de convencionalidade também ocorrem no Peru. Belaunde e Machego (2013, p. 682) trazem uma análise importante sobre o tema:

El control de convencionalidad [...] es un principio que no está incluido en ninguno de los tratados que en materia de derechos humanos rige nuestro sistema interamericano de derechos humanos, pero es indudable que se desprende de él. En efecto, aceptar la competencia contenciosa de la Corte, reconocer que ésta tiene facultades jurisdiccionales, que emite sentencias que son obligatorias para los Estados que son parte del Sistema y que no obliguen o no se apliquen internamente, es un sinsentido.⁴

A análise dos autores peruanos nos leva a uma conclusão lógica: não é viável aceitar que um país livremente aceite a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos e, vamos além, ratifique livremente tratados internacionais, sem ficar obrigado a observar tais acordos. Assim, a existência de um controle de convencionalidade é uma consequência lógica advinda da concordância do país com os tratados internacionais. Os autores esclarecem que na realidade peruana, o controle de convencionalidade está sendo realizado pelo Tribunal Constitucional ao analisar questões da CIDH em processos constitucionais, sendo esse um controle interno. Há, também, o controle internacional que ocorre por meio da atuação da CIDH (BELAUNDE; MACHENGO, 2013, p. 660).

Alcalá (2013, p. 467- 535) disserta que, no Chile, o controle de convencionalidade é

a aplicação de leis contrárias ao seu objetivo e finalidade, e que desde o início não têm efeitos legais. Em outras palavras, o Judiciário deve exercer uma espécie de "controle de convencionalidade" entre as normas jurídicas internas que se aplicam em casos específicos e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nesta tarefa, o Judiciário deve levar em conta não apenas o tratado, mas também a sua interpretação feita pela Corte Interamericana, intérprete final da Convenção Americana. (Tradução nossa). CIDH, caso Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, julgado em 26 de setembro de 2006, p. 53. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf>. Acesso em: 09 abr. 2018.

⁴ O controle da convencionalidade [...] é um princípio que não está incluído em nenhum dos tratados sobre direitos humanos que regem nosso sistema interamericano de direitos humanos, mas é inquestionável que decorre deles. Com efeito, aceitar a competência contenciosa da Corte, reconhecer que essa tem poderes jurisdicionais, que emite sentenças que são vinculativas para os Estados que fazem parte do Sistema e que não obrigam ou não são aplicados internamente, é um disparate. (tradução nossa)

entendido na modalidade concentrada e difusa. Aquela é o controle realizado pela CIDH quando determina que um Estado do sistema interamericano adeque seu ordenamento jurídico. Esta é quando os juízes e tribunais do Estado nacional fazem o controle para haver a aplicação das normas e da interpretação de algum tratado. O autor exemplifica casos que, no Chile, houve uma limitação da soberania do Estado em nome da aplicação do controle que trazia norma mais benéfica ao homem.

No México, conforme assevera Mac-Gregor (2013, p. 656), o controle difuso de convencionalidade (controle realizado pela Suprema Corte de Justiça mexicana) está assumindo um papel crescente de importância na efetividade dos Direitos Humanos. O autor afirma que esse tema está vinculado ao disposto no parágrafo segundo, do artigo primeiro, da Constituição mexicana que trata sobre haver uma interpretação harmônica entre as normas nacionais e os tratados internacionais. O autor acredita que o instituto do controle de convencionalidade marca a construção de uma justiça comunitária constitucional na América.

Essa posição também encontra amparo no Brasil, na doutrina de Piovesan (2013, p. 117) ao afirmar a necessidade urgente da construção de um novo paradigma que estabeleça o diálogo de jurisdições com ênfase ao controle de convencionalidade com a finalidade de promover um *ius commune* latino-americano na emancipação dos direitos humanos.

A tese de doutoramento de Valério de Oliveira Mazzuoli, sustentada em 2008, marca a primeira defesa da doutrina do controle de convencionalidade no Brasil. A doutrina desse instituto foi reforçada com os julgamentos do Habeas Corpus 87.585 e do Recurso Extraordinário 466.343, pelo Supremo Tribunal Federal (STF), em 3 de dezembro de 2008, nos quais foi fixado o posicionamento de que os tratados internacionais possuem força supralegal, ou seja, têm valor superior ao de lei ordinária. Diante desse entendimento, toda a lei que for contrária aos tratados internacionais mais favoráveis ao ser humano não possuem validade.

O texto constitucional brasileiro, conforme critica Mazzouli (2011, p. 34-35), apresenta uma omissão quanto ao nível hierárquico dos tratados de direitos humanos. A inserção do §3º ao artigo 5,º da CRFB, não foi capaz de sanar tal questão. Afinal, esse dispositivo tratou apenas dos tratados internacionais sobre direitos humanos que votados com quórum qualificado passam a ter equivalência à emenda constitucional. Mesmo não colocando fim à discussão sobre a posição das normas internacionais no escalonamento jurídico brasileiro, a inserção desse parágrafo trouxe para nosso ordenamento o instituto do controle de convencionalidade.

Mazzuoli (2011, p. 75) alerta que, nesses casos, não devemos tratar de controle de constitucionalidade (mesmo que o tratado tenha equivalência à emenda constitucional), pois

estamos diante da análise de compatibilidade entre uma norma internacional dentro do direito interno e não de uma norma constitucional com direito interno. Segundo Quintana (2016, p. 312), o controle de convencionalidade ocorre por meio de subsunção, ou seja, analisar a relação do fato com a porção do direito aplicável. Logo, o controle de convencionalidade irá ocorrer entre a “proporção de direito doméstico aplicável e a norma convencional”. Existindo conflito entre a norma doméstica “inconvencional”, deverá ser aplicada a norma do tratado.

3 O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE POR OMISSÃO

Conforme indica o doutrinador italiano Luigi Ferrajoli (2001, p. 44), não basta que as normas defendam vida e liberdade, mas é preciso uma vida cidadã fundada na igualdade e na dignidade. A dignidade é a base para que os ordenamentos jurídicos sejam válidos. Portanto, os preceitos legais que visam a promover e proteger a dignidade são válidos em todos os Estados, devendo esses presarem por diretrizes jurídicas estruturadas pelo princípio da dignidade humana.

O ensinamento de Ferrajoli traz a reflexão sobre a importância da observância do princípio da dignidade para a validade (e estendemos para legitimidade) do ordenamento jurídico. É evidente que a Convenção sobre as Pessoas com Deficiência constitui um texto legal que visa a promoção da dignidade. Evidente também que qualquer lei interna que traga disposição em contrário ao determinado na Convenção será uma afronta ao princípio da dignidade, não sendo, assim válida. No entanto, o ponto de questionamento está na inércia do Estado, ou seja, quando o Estado não realiza ações que possibilitem a implementação das previsões convencionadas.

Consoante Glasenapp (2015, p. 141):

Diante da necessária efetivação dos direitos humanos, tão somente ratificar tratados internacionais de direitos humanos não fará com que tais direitos se tornem efetivos junto à população brasileira. É preciso que tenhamos uma legislação infraconstitucional condizente, atualizada, com as normas jurídicas advindas por meio de tratado internacional de direitos humanos.

Logo, o fato do Brasil ser signatário de convenções que versão sobre Direitos Humanos, em especial para este artigo a Convenção sobre Pessoas com Deficiência, não modifica de pronto a situação fática existente. Tal fato é verdade, que a própria convenção traz a preocupação em vincular os Estados signatários a adotarem diversas medidas para a efetivação dos direitos reconhecidos no documento internacional.

Sousa (2013) explica que o controle de convencionalidade possui duas dimensões: uma negativa e outra positiva. A dimensão negativa consiste no impedimento do Estado em praticar ato contrário ao previsto em convenção. Já a dimensão positiva trata do dever de adoção de medidas protetivas, corretivas ou preventivas por parte do Estado para assegurar a efetividade da Convenção. Conforme já citado, a Convenção sobre Pessoas com Deficiência traz em seu artigo 4º, 1, d, tanto o caráter negativo (“abster-se de qualquer ato ou prática que seja incompatível com a presente Convenção”), quanto o viés positivo (“garantir que as autoridades e instituições públicas agem em conformidade com a presente Convenção”).

Assim, a previsão de que o Estado assume obrigações positivas frente à Convenção traz para o centro das discussões o controle de convencionalidade por omissão. Sobre omissão, Clève (2000, p. 52) considera:

Conceito de omissão legislativa não é um conceito naturalístico, reconduzível a um simples não fazer, a um simples conceito de negação. Omissão, em sentido jurídico-constitucional, significa não fazer aquilo a que, de forma concreta, se estava constitucionalmente obrigado.

Estendemos a explicação do autor para também aquilo que se estava convencionalmente obrigado. Glasenapp (2015, p.57-58) explica que a omissão de inconvenção pode ocorrer de duas formas: a) quando o legislador infraconstitucional se omite em produzir norma regulamentadora para colocar em prática o conteúdo previsto em tratado internacional; b) quando não há adequação da legislação doméstica existente em relação ao conteúdo da norma internacional.

4 A ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF) Nº 182/2000

A ADPF nº 182 foi pela Procuradoria Geral da República (PGR), em 10 de julho de 2009, com a finalidade de reconhecer que o § 2º do artigo 20 da Lei nº 8742/93163, Lei Orgânica de Assistência Social (LOAS), não foi recepcionado pela Convenção da ONU sobre o Direito das Pessoas com Deficiência. A base argumentativa consistia no fato de que a Lei doméstica apresentava um conceito extremamente restritivo sobre pessoa com deficiência, diferentemente do preceituado na Convenção.

O texto original da Lei nº 8742 trazia que pessoa “portadora de deficiência é aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho”. Ora, a Convenção sobre as Pessoas com Deficiência, em seu artigo 27, traz o direito das pessoas com deficiência ao trabalho e o dever do Estado em salvaguardar esse direito. Portanto, mesmo havendo graus de deficiência

que resultaram em pessoas capazes e outras incapazes para o mercado de trabalho, conceituar pessoa com deficiência como aquela incapacitada para o trabalho é um erro. Além disso, excluir aqueles sujeitos que trabalham e possuem algum impedimento físico, mental, intelectual ou sensorial de um benefício assistencial do governo também é contrário ao que dispõe a Convenção (artigo 28, 2, c).

Feijó e Pinheiro (2013) analisam que “em uma sociedade inclusiva, que respeita o indivíduo, dando-lhe o direito de ser diferente, é que se pode ter condições de exercer a cidadania”. Nussbaum (2013, p. 122) comunga do mesmo pensamento e vai além ao sustentar que pessoas com deficiência precisam “de arranjos sociais atípicos, incluindo diversos tipos de assistência, se queremos que tenham vidas socialmente integradas e produtivas.

Assim, o texto da Lei nº 8742 foi modificado trazendo o conceito de pessoa com deficiência “aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas”. A lei doméstica transcreveu o conceito apresentado na Convenção.

Glaserapp (2015, p.87) afirma que o julgamento da ADPF nº 182 evidencia a existência (ou necessidade de existência) de um comprometimento do país com a ordem internacional de internalizar regras jurídicas de documentos de *hard law* de direitos humanos. Diante da inconveniência existente, houve a modificação da legislação doméstica. A situação descrita enquadra-se como uma omissão por falta de adequação da lei interna com a norma internacional convencionada.

5 UM PLANO DE GOVERNO SEM INCLUSÃO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

A Lei nº 13.971, de 27 de dezembro de 2019, instituiu o Plano Plurianual da União para o período de 2020 a 2023. Esse Plano é uma obrigatoriedade constitucional (§1º do art. 165, CF) que apresenta o conjunto das políticas públicas do governo para um período de quatro anos e os meios para viabilizar as metas almejadas.

O Plano Plurianual 2020 a 2023 apresenta quatro anexos: a) Programas finalísticos; b) Programas de gestão; c) Investimentos plurianuais prioritários; d) Investimentos plurianuais das empresas estatais não dependentes. Em nenhum desses eixos há qualquer previsão que trate das pessoas com deficiência.

Nussbaum (2013, p. 131) realiza uma análise interessante sobre as teorias tradicionais do contrato social e o modo como as pessoas com deficiência acabam excluídas delas. Há uma

concepção de reciprocidade entre pessoas aproximadamente iguais, sujeitos que contribuem de maneira similar para a sociedade, uma ideia de cidadão plenamente cooperativo. Para a autora “uma das tarefas mais importantes da sociedade justa seria responder a essas necessidades de modo a proteger a dignidade dos beneficiários” (NUSSBAUM, 2013, p. 126).

O plano de governo de 2020 a 2023 parece-nos estar amparado nessa concepção de sujeitos produtivos, de reciprocidade entre aquilo que o indivíduo contribui para a sociedade e a contrapartida do Estado. Tal concepção fere o disposto na Convenção sobre Pessoas com Deficiência, tendo em que vista que essa normativa internacional prevê questões como: a) a obrigação do Estado de “levar em conta, em todos os programas e políticas, a proteção e a promoção dos direitos humanos das pessoas com deficiência” (artigo 4, 1, c); b) a obrigação do Estado em “relação aos direitos econômicos, sociais e culturais [...] compromete a tomar medidas, tanto quanto permitirem os recursos disponíveis [...] a fim de assegurar progressivamente o pleno exercício desses direitos” (artigo 4, 2); c) o Estado tomar medida para “promover o acesso de pessoas com deficiência a novos sistemas e tecnologias da informação e comunicação, inclusive à Internet” (artigo 9, 2, g).

Os pontos acima elucidados são alguns exemplos de como o Plano Plurianual da União dos anos de 2020 a 2023 é inconveniente em relação à norma internacional sobre pessoas com deficiência. O primeiro ponto descrito trata da obrigação do Estado em incluir as pessoas com impedimentos de longo prazo em **todos** os programas e políticas. Conforme já descrito, o plano plurianual contempla os programas finalísticos e de gestão. Exemplos de programa finalístico desse plano é “agropecuária sustentável”, “assistência”, “empregabilidade”, “moradia digna”. Destaca-se que em cada programa há objetivo e meta descrito nos quais também não se cita as pessoas com deficiência.

Evidente que as pessoas com deficiência podem de alguma forma serem incluídas em tais programas, porém, conforme os ensinamentos de Nussbaum e a Convenção a qual o Brasil é signatário, as pessoas com deficiência precisam de estratégias de proteção, assistência e apoio diferenciados. A consideração de que o Estado trata com sujeitos em situações similares de condições não contempla a efetividade da dignidade das pessoas com deficiência que precisam de um olhar diferenciado.

O segundo ponto destacado trata de questões econômicas. O Plano Plurianual abrange duas seções de investimentos: os prioritários e os de empresas estatais não-dependentes. Nessa seção aparece pela primeira (e única) vez uma previsão para pessoas com deficiência: “Implantação e Manutenção de Centros Especializados em Transtornos do Espectro Autista”.

São destinados R\$ 600.000.000 nesse investimento. Tal previsão de investimento encontra-se dentro do programa de “Atenção Primária à Saúde”.

O terceiro ponto citado trata do uso da tecnologia como forma de desenvolvimento da qualidade de vida das pessoas com deficiência. O Plano Plurianual 2020 a 2023 apresenta dois programas sobre tecnologias: o “Brasil Moderniza” e o “Conecta Brasil”. O primeiro trata do desenvolvimento da modernização na administração pública. Em nenhum dos dois programas há menção a pessoas com deficiência.

Em comparação com o Plano Plurianual anterior, de 2016 a 2019, a diferença é evidente: no plano anterior a expressão “deficiência” aparece setenta e sete vezes. O grande destaque fica para a previsão de um programa específico para pessoas com deficiência: “PROGRAMA: 2063 - Promoção e Defesa dos Direitos de Pessoas com Deficiência”. Dentro desse programa há os objetivos de “promover a efetivação dos direitos da pessoa com deficiência e sua igualdade de oportunidades, por meio do fomento a sua autonomia, independência e segurança” e “Promover a acessibilidade e a equiparação de oportunidades para pessoas com deficiência em todas as áreas da vida em sociedade”.

Outros destaques são as metas: “Promoção de ações de capacitação para profissionais das políticas públicas de saúde mental evidenciando temas como a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e ferramentas metodológicas como o Quality Rights.”; “Capacitação de 10.000 profissionais de saúde voltados à Atenção à Saúde da Pessoa com Deficiência.”; “Implantar Centrais de Interpretação da Língua Brasileira de Sinais em parceria com Estados e Municípios”; “Aumentar em 10% as ações de Inspeção do Trabalho para inserção de pessoas com deficiência e beneficiários reabilitados”.

Destaca-se que o Plano Plurianual estabelece as diretrizes, objetivos e metas da administração pública para as despesas de capital. A Lei de Diretrizes Orçamentárias e a Lei Orçamentária Anual precisam seguir o que foi determinado pelo Plano. Diante disso, fica o questionamento: como garantir os direitos das pessoas com deficiência em um contexto de plano de despesas públicas de quatro anos que não os inclui?

Importante ressaltar que o Plano Plurianual 2020 a 2023 sofreu um veto por inconstitucionalidade exatamente por uma questão de tratado internacional. O inciso VII, do artigo 3º, do texto original, trazia a persecução das metas dos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável da Organização das Nações Unidas. O dispositivo foi considerado inconstitucional por “dar-lhe, mesmo contrário a sua natureza puramente recomendatória, um grau de cogência e obrigatoriedade jurídica, em detrimento do procedimento dualista de internalização de atos

internacionais, o que viola a previsão dos arts. 49, inciso I, e art. 84, inciso VIII, da Constituição Federal”⁵ (ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO).

O destaque se dá por dois motivos: a) o plano plurianual é uma lei, estando, portanto, sujeito ao controle de constitucionalidade. Estendemos esse entendimento para o conceito de Mazzuoli de duplo controle vertical, ficando o plano sujeito as normas constitucionais e convencionais; b) a inconstitucionalidade referida sobre internalização de atos internacionais não aplica-se no caso aqui estudado, tendo em vista que a Convenção Internacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência é um instrumento de *hard law*, tendo caráter vinculativo e não recomendatório e passou a integrar nosso ordenamento ao ser promulgado pelo Decreto nº 6.949, após a aprovação do Congresso Nacional.

Portanto, há uma omissão na lei do Plano Plurianual 2020 a 2023 no que tange as pessoas com deficiência. Tal omissão não é um conceito meramente naturalístico, lembrando o conceito de Clève, não é mera constatação de que pessoas com impedimentos foram esquecidas no plano da União. Essa omissão fere o disposto na Convenção Internacional sobre Direitos da Pessoa com Deficiência, a qual o Brasil vinculou-se a assegurar e promover o pleno exercício de todos os direitos humanos por parte das pessoas com deficiência. Com uma única previsão de investimento para centros especializados em transtornos do espectro autista, o Estado negligenciou todos os outros tipos de deficiência e os compromissos que assumiu internacionalmente.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A temática das pessoas com deficiência deve partir da concepção de cooperação social, não cabendo uma análise contratualista baseada em produtividade e reciprocidade entre indivíduos e sociedade. Nussbaum (2013, p. 195) trata da ideia de “viver com e para os outros”, uma concepção tanto de benevolência, quanto de justiça, que deve ser levada para propósitos políticos. Sendo assim, as pessoas com deficiência requerem mecanismos de atenção por parte do poder estatal a fim de garantir desenvolvimento nas diversas esferas da vida, fazendo com que seus impedimentos sejam de alguma forma minimizados para o alcance da dignidade.

⁵ Os artigos que embasam a decisão tratam da competência exclusiva do Congresso Nacional em resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional e da competência privativa do Presidente da República em celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional.

A situação de vulnerabilidade das pessoas com deficiência é uma questão de Direitos Humanos, sendo, dessa maneira, objeto de convenção pela Organização das Nações Unidas. A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência baseia-se na ideia de respeito para com os indivíduos com impedimentos de longa duração e esse respeito é o reconhecimento pleno dos direitos das pessoas com deficiência em buscarem a construção de vidas autônomas.

O Brasil ao promulgar a referida convenção assumiu compromissos para o desenvolvimento das questões das políticas da pessoa com deficiência. Como signatário da convenção, as normas internas brasileiras devem estar em consonância com o disposto no instrumento internacional. Tal consonância não abrange apenas um caráter negativo, no sentido de não pode haver normas conflitantes entre direito doméstico e direito internacional, mas também um viés positivo que tange ações a serem feitas pelo Estado para a concretização da Convenção.

Quando há a desarmonia entre o previsto em norma internacional e o ordenamento interno, o controle de convencionalidade revela-se como um instrumento pertinente. Além disso, pode-se tratar de um controle de convencionalidade por omissão, ou seja, quando não há dispositivos para efetivarem normas convencionadas ou quando há a permanência de normas conflitantes com leis internacionais.

O julgamento da ADPF nº 182/2000 marca uma análise de convencionalidade sobre o norma internacional sobre pessoas com deficiência e uma lei doméstica. Nesse caso, o conceito de deficiente utilizado pela convenção foi trazido para a lei orgânica da assistência social com o intuito de corrigir a inconventionalidade existente que na prática excluía diversas pessoas com deficiência de terem acesso a um benefício de prestação continuada.

Este artigo apresenta o Plano Plurianual da União de 2020 a 2023 e sua omissão quanto as pessoas com deficiência. Nosso entendimento (ousado, diga-se de passagem) é no sentido de que não prever orçamento para políticas sobre pessoas com deficiência representa uma inconventionalidade por omissão em relação à Convenção sobre Pessoas com Deficiência. Não haver diretrizes, metas, objetivos sobre os sujeitos com impeditivos a longo prazo é uma forma de esvaziamento dos compromissos assumidos pelo Brasil internacionalmente.

REFERÊNCIAS

ADVOCAGIA GERAL DA UNIÃO. **Mensagem nº 743**, de 27 de dezembro de 2019. Brasília: 2019.

ALCALÁ, Humberto Nogueira. Los desafíos del control de convencionalidade del corpus iuris interamericano para los tribunales nacionales, y su diferenciación com el controle de constitucionalidad. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (coord.). **Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai**. 1 ed. Brasília/DF: Gazeta Jurídica, 2013.

APPIO, Eduardo. Os juízes e o controle de convencionalidade no Brasil. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (coord.). **Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai**. 1 ed. Brasília/DF: Gazeta Jurídica, 2013.

BELAUNDE, Domingo García; MANCHEGO, José Felix Palomino. El control de convencionalidad em el Peru. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (coord.). **Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai**. 1 ed. Brasília/DF: Gazeta Jurídica, 2013.

BRASIL. **Decreto nº 6.949**, de 25 de agosto de 2009: Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Brasília: 2009.

BRASIL, **Lei nº 13.249**, de 13 de janeiro de 2016: Institui o Plano Plurianual da União para o período de 2016 a 2019. Brasília: 2016.

BRASIL, **Lei nº 13.971**, de 27 de dezembro de 2019: Institui o Plano Plurianual da União para o período de 2020 a 2023. Brasília: 2019.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 6 ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

FEIJÓ, Alexsandro Rahbani Aragão; PINHEIRO, Tayssa Simone De Paiva Mohana. **O controle de convencionalidade e a convenção da ONU sobre os direitos das pessoas com deficiência: O caso da ADPF 182-0/800 – DF**. Revista de Direito Brasileira. Ano 3, Vol. 6, Set-Dez, 2013.

FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madri: Trotta, 2001.

GLASENAPP, Ricardo Bernd. **Controle de Convencionalidade por omissão: a responsabilidade do presidente da república na efetividade dos instrumentos internacionais de Direitos Humanos**. 2015. Tese. (Doutorado em Direito Constitucional). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2015.

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. **El impacto que produce em el derecho interno – El control de convencionalidade**. Revista de Processo Comparado, vol. 1/2015, Jan - Jun / 2015, p. 318.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Interpretación conforme y control de convencionalidade el nuevo paradigma para el juez mexicano. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (coord.). **Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano** Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai. 1 ed. Brasília/DF: Gazeta Jurídica, 2013.

NASSER, Salem H. **Direito internacional público**. São Paulo: Atlas, 2013.

NUSSBAUM, Martha C. **Fronteiras da Justiça: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie**. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

PINHEIRO, Saint-clair Simas. **Conflito entre tratados internacionais e leis internas**. Revista Tributária e de Finanças Públicas, vol. 83/2008, Nov-Dez/2008.

PIOVESAN, Flávia. Controle de convencionalidade direitos humanos e diálogo entre jurisdições. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (coord.). **Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai**. 1 ed. Brasília/DF: Gazeta Jurídica, 2013.

QUINTANA, Julia Gonçalves. A eficácia normativa dos tratados de direitos humanos e o controle de convencionalidade. In: GORCZVSKI, Clovis. **Direitos Humanos e participação política**. Vol. 7. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2016.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. El control de convencionalidade en Argentina. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (coord.). **Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai**. 1 ed. Brasília/DF: Gazeta Jurídica, 2013.

SOUSA, Filipe Venade de. **O controle de convencionalidade da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: uma visão portuguesa**. Revista dos Tribunais: RT, v. 102, n. 938, dez. 2013.