

I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

TEORIAS DA DEMOCRACIA, DIREITOS POLÍTICOS E FILOSOFIA DO ESTADO I

HORÁCIO MONTESCHIO

JOSÉ FILOMENO DE MORAES FILHO

VIVIAN DE ALMEIDA GREGORI TORRES

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

T314

Teorias da democracia e direitos políticos e Filosofia do Estado I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Horácio Monteschio; José Filomeno de Moraes Filho; Vivian de Almeida Gregori Torres – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-055-8

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

TEORIAS DA DEMOCRACIA, DIREITOS POLÍTICOS E FILOSOFIA DO ESTADO I

Apresentação

Os trabalhos publicados nesta obra têm como base os artigos científicos apresentados no Grupo de Trabalho: Teorias da Democracia, Direitos Políticos e Filosofia do Estado I, durante o XXIX Encontro Nacional do CONPEDI, ocorrido entre os dias 24 e 30 de junho de 2020, sobre o tema “Constituição, Cidades e Crise”.

O XXIX Encontro Nacional do CONPEDI ficará marcado na memória dos participantes e na história da pesquisa. Desde março, a sociedade se viu obrigada ao isolamento, motivado pela pandemia provocada pela COVID-19. Não obstante, a Diretoria do CONPEDI entendeu que o evento não podia ser cancelado, dada sua importância para a área do Direito e o respeito necessário aos esforços dos pesquisadores. Assim, em poucos dias uma plataforma ficou disponível e o encontro presencial tornou-se virtual, viabilizando a continuidade da disseminação das pesquisas. Nasceu então o I Encontro Virtual do CONPEDI, cujo sucesso provavelmente se replicará nas próximas edições.

Apesar de virtual, o evento não perdeu seu brilho e sua qualidade, mais que isso proporcionou a convivência e o diálogo com colegas, fator importante, nestes tempos sombrios, para a manutenção da saúde mental e psicológica de todos.

A proposta do trabalho é inovadora, vez que, a partir da apresentação dos resumos relatados pelos pesquisadores, realizou-se um profícuo debate no âmbito do Grupo de Trabalho, facultando aos participantes a oportunidade de aprimorar a pesquisa realizada, bem como trocar experiências e informações.

O resultado obtido foi o de conceitos amadurecidos, que espelham uma perspectiva ampla sobre temas polêmicos e atuais, bem como tem a pretensão de dar continuidade à ideia de divulgar a pesquisa produzida por discentes de pós-graduação.

O esforço e dedicação dos participantes foram fundamentais para o êxito do Grupo de Trabalho e a expectativa é de que o debate ocorrido contribua para o aprimoramento do conhecimento da temática.

Os artigos científicos foram apresentados em quatro blocos de discussões, na ordem a seguir:

1- “A REDEMOCRATIZAÇÃO BRASILEIRA PARA O CREPÚSCULO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DO DIREITO”, de autoria de Enedino Januário de Miranda e Silva. A pesquisa percorreu o conceito de Estado e as fases pelas quais o Estado brasileiro passou, até a sua redemocratização, com a promulgação da Constituição de 1988.

2- “DEMOCRACIA INTRAPARTIDÁRIA: UMA ABORDAGEM COMPARATIVA ENTRE OS PADRÕES SUL-AMERICANOS”, de autoria de Ricardo Silveira Castro. O estudo abordou, comparativamente, os marcos regulatórios dos processos de tomada de decisão intrapartidária nos países sul-americanos (Argentina, Brasil, Bolívia, Chile, Colômbia, Equador, Paraguai, Peru, Uruguai e Venezuela), com o fito de analisar a potencialidade e as limitações dos padrões existentes.

3- “DIREITO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA PARA ALÉM DO SENSO COMUM TEÓRICO”, de autoria de Denisson Gonçalves Chaves, Raimundo Wilson Gama Raiol e Fadia Yasmin Costa Mauro. Os autores analisaram os direitos das pessoas com deficiência, sob a perspectiva de que estes são direitos de grupos vulneráveis, e, neste viés, apresentam tais direitos sob a análise das teorias constitucionais e democráticas, fato que amplia o alcance e o conceito, retirando-os de uma situação meramente de direito para uma situação de efetividade de direitos.

4- “FAKE NEWS COMO AMEAÇA À DEMOCRACIA E OS MEIOS DE CONTROLE DE SUA DISSEMINAÇÃO”, de autoria de Vick Mature Aglantzakis. A pesquisa objetivou caracterizar a fake news e avaliar a adequação dos métodos de controle para a sua tutela no sistema democrático brasileiro. Para tanto o autor apresentou considerações sobre o acesso à informação e à liberdade de expressão, como elementos essenciais à democracia, discorreu sobre a definição de fake news, a difusão da expressão e seus efeitos nas relações em sociedade, e, por fim, analisou a fake news como mecanismo de ameaça à democracia.

5- “FAKE NEWS E COVID-19”, de autoria de Junia Gonçalves Oliveira e Eloy Pereira Lemos Junior. O estudo abordou a necessidade de uma regulamentação, específica, voltada à criminalização da disseminação de conteúdos falsos nos meios eletrônicos. O pesquisador ressaltou a importância de uma rápida resposta do legislativo, especialmente em tempos de pandemia, provocada pela Covid-19, vez que a fake news traz desinformação e danos impactantes para a sociedade.

6- “FINANCIAMENTO PÚBLICO DE CAMPANHAS FEMININAS NO BRASIL”, de autoria de Denise Goulart Schlickmann e Orides Mezzaroba. A pesquisa analisou os critérios de aplicação dos recursos partidários nas campanhas eleitorais, em especial, a

obrigatoriedade de percentual voltado para a promoção da participação política feminina. Foi destacado que a garantia da observância de tais critérios é um dos maiores desafios da atualidade política, quer pelo lançamento efetivo de candidaturas femininas, quer pela asseguuração de que os recursos a elas destinados não serão aplicados, indiretamente, no financiamento de candidaturas masculinas.

7- “IDEOLOGIA E UTOPIA: PERSPECTIVAS SOBRE A DEMOCRACIA A PARTIR DE KARL MANNHEIM”, de autoria de Bráulio Marques Rodrigues e Paulo Sergio Weyl Albuquerque Costa. Os autores, a partir da obra *Ideologia e Utopia* (1929), de Karl Mannheim (1893-1947), apresentaram uma epistemologia para as ciências sociais baseada tanto no agir (práxis) quanto no pensar (poiesis). Mostraram que a teoria do conhecimento traz na experiência a reflexividade como atributo da consciência, nela todo ato de conhecer dispõe de interpretações e perspectivas de natureza não teórica. A pesquisa teve por finalidade compreender a contribuição do autor para a democracia e para a filosofia política contemporânea, e, com isso, apresentaram uma ética para o desvelamento do caráter ideológico das instituições e para o melhoramento da experiência sensível da formação humana.

8- “O CONSENSO COMO GARANTIDOR DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO FACE A GLOBALIZAÇÃO”, de autoria de Giovana Tognolo Vilela Macedo, Marlisa Ramos De Oliveira e Felipe Pedroso dos Santos. O estudo discutiu as concepções do direito, tanto como norma impositiva de comportamento dos membros de uma sociedade, através de previsões coercitivas, quanto como norma legítima a merecer o reconhecimento e, portanto, o cumprimento por todos os membros de uma sociedade aos quais ela se destina. Os autores, a partir da teoria habermasiana, discorreram sobre a legitimidade do direito, quando ele é amplamente debatido e discutido no seio da sociedade, dando origem às normas positivadas através do poder político constituído, respeitando-se assim, o princípio da soberania popular face aos problemas trazidos pela globalização.

9- “ORIGENS DO ESTADO CONTEMPORÂNEO”, de autoria de Gabriel Vieira de Souza. A pesquisa investigou as origens do Estado Contemporâneo, e, a partir da compreensão de seu processo evolutivo, identificou a possibilidade da continuidade desse processo de transformação.

10- “OS ASPECTOS EXTRAJURÍDICOS NOS PROCESSOS DE IMPEACHMENT NO BRASIL DESDE A REDEMOCRATIZAÇÃO”, de autoria de Thiago Sampaio Elias e Lívia Chaves Leite. O estudo percorreu os processos de impeachment nos governos de Fernando Collor e de Dilma Rousseff, sob seus aspectos extrajurídicos, o que desaguou na constatação

de semelhanças na condução do governo e na problemática da governabilidade, por parte de ambos, especialmente quanto à falta de apoio popular, o mau relacionamento com o Congresso Nacional e os fracassos na política econômica.

11- “OS DESAFIOS DO ESTADO DE BEM-ESTAR SOCIAL FRENTE AO NEOLIBERALISMO ECONÔMICO: UMA REFLEXÃO ACERCA DOS LIMITES À INTERVENÇÃO ESTATAL”, de autoria de Paulo Rodolfo Kraft e José Marcos Miné Vanzella. O trabalho apontou a importância do Estado de Bem-estar Social para atenuar as desigualdades sociais e garantir a dignidade humana e os direitos fundamentais, bem como trouxe à luz as dificuldades para o seu desempenho frente às forças econômicas do mundo globalizado e o modelo de Estado ultraliberal. Os autores apontaram a necessidade de práticas que obstem uma maior influência de um grupo, em detrimento dos legítimos interesses do outro grupo, sendo que tal circunstância pode ser alcançada pelo consenso, mediante a participação deliberativa de todos os atores envolvidos, otimizando-se, assim, a integração social.

12- “OS MEIOS DE COMUNICAÇÃO E A DEMOCRACIA: NECESSIDADE, DEPENDÊNCIA E PROGRESSO”, de autoria de Ricardo Assirati Vicente e Vivian de Almeida Gregori Torres. A pesquisa analisou como a atuação das mídias e dos movimentos sociais podem contribuir ou não para o debate político e aprimoramento da democracia, com vista ao atendimento das demandas essenciais da ordem social. Neste aspecto, foi investigado o cidadão e seu direito à informação, as liberdades de expressão e pensamento, as mídias sociais e a promoção da democracia, a mídia e o poder, as decisões do STF quanto à liberdade de imprensa, e, por final, o oligopólio da mídia como obstáculo ao desenvolvimento do pensamento crítico.

13- “OS MUNICÍPIOS NO FEDERALISMO BRASILEIRO”, de autoria de Verbena Duarte Brito de Carvalho. A autora se debruçou sobre a questão do pacto federativo e da necessidade de reformas estruturais, dando foco aos municípios, a partir da doutrina e da legislação sobre o tema, questionando até que ponto vai a independência dos entes da federação, e registrando que a União, com a PEC 188/2019, pretende que cada município reassuma o respectivo controle orçamentário, com a correlata responsabilidade, fato que não ocorre no modelo em vigor, em razão da excessiva atomização municipal.

14- “RELAÇÕES CIVIL-MILITARES E CONSOLIDAÇÃO DEMOCRÁTICA: O CASO BRASILEIRO”, de autoria de Armando Albuquerque de Oliveira. O estudo analisou a herança autoritária no processo de transição democrática brasileira, destacando o alto grau de prerrogativas concedidas aos militares, fato que levou o país a uma “acomodação civil

desigual”, apontando para a necessidade de uma redefinição do papel institucional das suas Forças Armadas.

15- “TEOLOGIA POLÍTICA NEOLIBERAL E ESTADO DE EXCEÇÃO NO BRASIL ATUAL”, de autoria de Gabriel Napoleão Velloso Filho. A pesquisa abordou a aplicação dos conceitos de Carl Schmitt, para analisar a crise da democracia moderna e, o que o autor denominou, da pós-democracia, representada pela eliminação do adversário político, incorporação de valores religiosos e desenvolvimento de um projeto moral e político afastado da apreciação jurídica.

Como se vê, os artigos exploraram de forma ampla a pluralidade de temáticas decorrentes das questões que envolvem a democracia, os direitos políticos e a filosofia do Estado, assuntos que nos dias atuais tomaram vulto, não só em razão da crise política experimentada pelo país, mas também, pelo agravamento da área da saúde e da economia, motivado pela pandemia que assola o mundo.

Por fim, esperamos que a presente obra seja fonte de inspiração para o desenvolvimento de novos projetos e textos em defesa da democracia, dos direitos políticos e da filosofia do Estado, porque, ao final, é o direito e sua filosofia, que darão conta de regular as relações sociais e equilibrar as disparidades.

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho

Universidade Estadual do Ceará (aposentado)

Prof. Dr. Horácio Monteschio

Universidade Paranaense - UNIPAR

Profa. Dra. Vivian A. Gregori Torres

Universidade Metodista de Piracicaba/SP

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Teorias da Democracia, Direitos Políticas e Filosofia do Estado 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 Teorias da Democracia e Direitos Políticos. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

DIREITO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA PARA ALÉM DO SENSO COMUM TEÓRICO

LAW OF PEOPLE WITH DISABILITIES BEYOND THEORETICAL COMMON SENSE

Denisson Gonçalves Chaves ¹
Raimundo Wilson Gama Raiol ²
Fadia Yasmin Costa Mauro ³

Resumo

Os direitos das pessoas com deficiência despontam na atualidade como direitos de grupos vulneráveis. Uma perspectiva tradicional da teoria constitucional tende a fazer a pergunta: o que são os direitos das pessoas com deficiência? Ocorre que essa indagação leva a respostas simplistas, pois foca em uma análise conceitual, que despreza avaliações hermenêuticas importantes, consolidando um senso comum jurídico. Uma análise crítica necessita utilizar-se da história constitucional, referência teórica e obstáculos práticos. Nesse seguimento, o objetivo desse trabalho é apresentar os direitos das pessoas com deficiência de maneira precisa de acordo com as teorias sobre o constitucionalismo e da democracia.

Palavras-chave: Deficiência, Senso comum, Teoria da democracia, Teoria constitucional

Abstract/Resumen/Résumé

The rights of people with disabilities are now emerging as the rights of vulnerable groups. A traditional perspective of constitutional theory tends to ask the question: what are the rights of people with disabilities? It turns out that this question leads to simplistic answers, as it focuses on a conceptual analysis, which neglects important hermeneutic evaluations, consolidating a common legal sense. A critical analysis needs to make use of constitutional history, theoretical reference and practical obstacles. The objective is to present the rights of people with disabilities in a precise manner in accordance with the theories about constitutionalism and democracy.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Disability, Meaning common, Democracy theory, Constitutional theory

¹ Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Mestre em Direito e Instituições do Sistema de Justiça (UFMA); Professor efetivo na Universidade Federal do Maranhão (UFMA).

² Doutor em Direitos Fundamentais e Relações Sociais, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará. Professor Associado 2 da referida Universidade.

³ Doutoranda em Direitos Humanos pela Universidade Federal do Pará. Mestre em Direitos Humanos e Inclusão Social (UFPA). Advogada. Vice-Presidente da Comissão de Proteção dos direitos das Pessoas com Deficiência OAB/PA.

1. INTRODUÇÃO: Constitucionalismo, Democracia e Direitos

Luiz Alberto Warat, em vários dos seus textos, denuncia o “senso comum teórico dos juristas” ou a doxa científica¹, que é a vicissitude epistêmica, e porque não dizer, metodológica, de considerar conceitos, institutos ou teorias como estabilizadas, não passíveis de crítica ou como autoevidentes. Essa crítica de Warat se assemelha muito àquela feita por Pierre Bourdieu em sua obra *O Poder Simbólico* (1989), que, com o mesmo nome – doxa científica – refuta um comportamento negligente por parte dos pesquisadores das ciências sociais. A ciência por si só é avessa às posturas dogmáticas, ela não trata de conteúdos sagrados e intocáveis, pois, como alerta Thomas Khun (1997), é na quebra de seus próprios paradigmas que ela prospera e alcança sua credibilidade epistêmica.

As ciências sociais estão à mercê desse problema de modo latente, visto que em alguns pontos é demasiadamente complexo diferenciar entre o que é senso comum opinativo e o que é produção intelectual crítica. Além da imprudência de sacralizar o saber, outras consequências destacam-se, como a perda da precisão terminológica de conceitos chaves e a crença em uma espécie de autoevidência desses mesmos conceitos.

O primeiro passo desse trabalho é expor o senso comum teórico criado sobre dois conceitos caros ao Direito: a noção de constitucionalismo e de democracia. Eles são planos de fundo para se falar do objeto em si do respectivo texto, que são os direitos fundamentais das pessoas com deficiência e da ação do Judiciário em relação a tais direitos, que corresponde ao segundo passo da pesquisa. Todavia, tão crucial quando um delineamento substantivo desses conceitos é a desmistificação da sua imbricação intrínseca, ou seja, a ideia de que eles são homogêneos, constituem uma unidade interpretativa e que sejam harmoniosos. Defende-se que existem provas do contrário, constitucionalismo e democracia são termos contrários e múltiplos, de maneira que é preciso optar politicamente por que tipo de constitucionalismo a sociedade brasileira está construindo e que tipo de democracia ela deseja.

2. CONSTITUCIONALISMO E FILOSOFIA POLÍTICA

Nos estudos acerca do constitucionalismo, costuma-se remeter esse fenômeno jurídico à noção elementar de Constituição. Em termos sintéticos, o constitucionalismo representa um

1 Sobre o termo vale a leitura do artigo *Saber Crítico e Senso Comum Teórico dos Juristas*, publicado por Luís Alberto Warat pela revista Sequência em 1982.

movimento histórico de repercussão teórica que assevera a necessidade dos Estados soberanos serem conduzidos administrativa, jurídica e politicamente por meio de um texto constitucional. Existe uma passagem de transferência da legitimidade do exercício do poder pelos governantes absolutistas para a justificação normativa constitucional. A Constituição torna-se ponto de apoio para os atos do Estado, como também dos comportamentos dos particulares.

Com a centralidade do conceito de Constituição, começa o primeiro desafio do constitucionalismo, qual seja, defini-la. As teorias são vastas e diferentes. Cabe lembrar os famosos embates entre Kelsen (2003) e Carl Schmitt (2007), onde o primeiro atribui à constituição uma natureza normativa, de juridicidade e coercibilidade; o segundo, defende a substância política da constituição, que se relaciona com o jurídico, mas não lhe é idêntico. De igual modo, lembre-se também da contenda entre Ferdinand Lassale (2006), para quem a constituição é a “soma dos fatores reais de poder” e Konrad Hesse (1991) com sua refutação à Lassale, na defesa das pretensões normativas da constituição sobre a realidade. Em que pese tais variabilidades, por vezes conflitantes, alguns traços de concordância existem entre esses autores: a) a defesa da constituição como um produto da modernidade – nesse sentido, o constitucionalismo também é; b) a teleologia da constituição é a limitação do poder do Estado, em especial, o autoritário; c) a instrumentalidade da constituição como forma de organização racional.

Os argumentos supraditos são o cerne da teoria tradicional do constitucionalismo, repetido nas obras introdutórias de direito constitucional, seja no Brasil seja internacionalmente². Entretanto, o caminho que aqui se quer seguir para definir o constitucionalismo é diferente. Não parte da centralidade da ideia de Constituição, mas de Estado (ou Estado constitucional). Enquanto os tradicionais analisam pelo prisma conceitual, em uma espécie de pseudofilosofia analítica³, este trabalho se posiciona pelo horizonte teórico da filosofia política, observando o constitucionalismo a partir das relações sociais e dos argumentos normativos para o exercício do poder.

A tese é que o constitucionalismo surgiu como uma reconfiguração na forma do homem (sociedade) se relacionar, isto é, reconhecer e ser reconhecido pelo Estado. Assim, a Constituição não é a causa do constitucionalismo, mas seu produto, seu “filho primogênito”.

2 Chama-se tradicional pois é, de fato, uma tradição da cultura jurídica reproduzir as narrativas constitucionais a partir da Constituição. No Brasil, citem-se como exemplo o Curso de Direito Constitucional de Gilmar Mendes, Bernardo Gonçalves, José Afonso da Silva. Internacionalmente, pode utilizar como exemplo a obra de Canotilho, *Teoria da Constituição e Direito Constitucional*.

3 Filosofia analítica é aquele tem como objetivo o esclarecimento de conceitos lógicos. Utiliza-se da lógica formal e análise conceitual como procedimentos metodológicos do objeto de estudo.

Como essa relação entre sociedade e Estado mudou ao longo da história, de igual maneira o que se entende por Constituição também mudou, dando origem a tradições constitucionais distintas. A Constituição é sim é ponto de apoio do constitucionalismo em sentido amplo, mas não é seu componente identitário. Dessa forma, à luz desse esclarecimento, passa-se a analisar às três grandes correntes do constitucionalismo: liberal, social e democrática.

Como dito, os constitucionalistas tradicionais vão caracterizar a ideia de constituição atrelada à finalidade de limitação do poder do Estado. Portanto, o constitucionalismo é um movimento de contenção do Estado. Aqui, é preciso recordar fatos históricos e ter em mente que o evento marcante fundador da modernidade é a insurreição contra o Antigo Regime dos governantes absolutistas. Nesse sentido, é preciso concordar com os tradicionais. A limitação do poder do soberano é uma concepção tão intrínseca à constituição, que abandoná-la seria um esvaziamento do conceito. Então, em que consiste a novidade da análise aqui presente? Primeiro, em destacar que o controle estatal é apenas uma característica do constitucionalismo, e mesmo que atemporal⁴, não pode ser tomada como única ou mais importante. Isso porque, na variação dos tempos e das circunstâncias, outras necessidades vão emergir. Segundo, ao conceituar constitucionalismo a partir da ideia de contenção do poder toma-se uma tipologia de constitucionalismo por todos os outros, desprezando de certo modo, as ingerências históricas e políticas posteriores. Denomina-se esse equívoco de *metonímia teórica*, ou seja, considerar uma espécie de constitucionalismo (liberal, social etc) para construir um conceito geral e aplicável a todos, sem levar em consideração suas diferenças.

A comprovação do argumento da metonímia teórica está no fato de que o constitucionalismo liberal está relacionado diretamente com o Estado de Direito de cunho liberal, marcado pela abstenção do Estado nas relações privadas, especialmente aquelas que envolverem propriedade. Nesse cenário, o cabresto do Estado é a lei. O parlamento é uma representação fidedigna da vontade popular. A lei feita pelos homens tinha uma legitimidade transcendental, na razão, na vontade de Deus, ou mesmo no povo. Não é por acaso que as primeiras obras de fundamentação do Estado de Direito eram de cunho jusnaturalista, *verbi gratia*, Emmanuel Joseph Sieyès, com a obra *o é o terceiro estado* de 1789.

A França traduz muito bem esse contexto, especialmente pelo seu lema "*laissez faire, laissez aller, laissez passer, ⁵le monde va de lui-même*", como também pelo seu Estado parlamentarista apegado aos conceitos de nação e vontade popular (Rosseau). O Estado de

4 Como mencionado, defende-se a ideia de que seja no constitucionalismo liberal, social ou democrático a noção de restrição do poder do soberano sempre esteve presente, aumentando ou diminuindo sua importância.

5 Pode ser traduzida para: "deixai fazer, deixai ir, deixai passar, o mundo vai por si mesmo".

Direito pode ser simploriamente definido como o poder soberano sendo obrigado a atuar por meio das leis (normas em sentido amplo). Na especificidade do Estado de Direito liberal, essas normas têm conteúdo político determinado: a restrição da vontade do soberano ao papel de vigilante e guardião da liberdade, vida, segurança e propriedade.

Ora, no constitucionalismo social, que também ocorre no seio do Estado de Direito, porém, não mais liberal, mas sim “Estado de bem-estar social” (*Welfare State*), a lógica ainda é o controle do Estado por meio das normas, todavia, com finalidades políticas distintas. Os resultados indesejáveis da revolução industrial e ascensão do capitalismo, tais como a desigualdade econômica, concentração de capital, precarização das relações de trabalho e da vida urbana, promoveram um esgotamento da crença absentista do liberalismo econômico e político. A sociedade europeia precisou revisar que tipo de relação ela mantinha com o Estado e, principalmente, o papel dele nessa nova conjuntura histórica. Rever esse nexos foi uma necessidade. No despertar desse novo tempo, o Estado de vigilante passa a promovedor. Novas formas de direitos desapontam: os direitos transindividuais. Novos sujeitos de direitos surgem: os coletivos. Mudanças tão radicais assim não poderiam escapar à força normativa da Constituição, mesmo porque, ciente da volatilidade histórica, as sociedades já compreenderam que o que é importante, deve ser salvaguardado não apenas em promessas, mas na firmeza das leis. O intervencionismo jurídico estatal, por meio dos direitos positivos, mais do que uma agregação de conteúdo da teoria constitucional, mostra uma conversão, de maneira que a sociedade se reconhece, não somente como “aquela que deve ser protegida”, mas também “como aquele que pode reivindicar”. Aumenta exponencialmente as obrigações estatais, suas responsabilidades e as expectativas sobre a Administração Pública. O constitucionalismo social é uma releitura do contrato social e do Estado de Direito, à luz das necessidades de seu tempo.

Não obstante as diferenças latentes entre o constitucionalismo liberal e social, estes mantêm entre si a semelhança de se sustentarem sobre o Estado de Direito, ainda que com objetivos diversos. É importante destacar que um modelo não substituiu o outro, não houve suplantação, mas sobreposição. É tão somente uma questão de adequação da relação sociedade-Estado perante as necessidades temporais. A transformação mais latente ocorreu com o surgimento do Estado *Democrático* de Direito. O elemento da democracia tem um peso significativo nesse processo. Não significa dizer que, no Estado de Direito, não houvessem nações democráticas; pelo contrário, foi justamente nesse período que elas se estabeleceram. O conteúdo da democracia nessa nova forma de constitucionalismo remete ao fato de que a democracia agora é uma necessidade, uma obrigação moral, política e jurídica para legitimidade das normas e atos do Estado. Esse esclarecimento surgiu das experiências dolorosas dos estados

totalitários, notadamente, o nazismo alemão e o facismo italiano. Nações soberanas, sob a revestimento de “Estados de Direito”, atuavam por meio da lei, seguiam as formalidades impostas pelo direito e tinham apoio majoritário da população. Tal vivência deixou claro às sociedades europeias e ao mundo que a lei, em seu aspecto formal, não é suficiente para evitar a banalização do mal (ARENTH, 1999). Ora, se o Direito não pode evitar a obscenidade da crueldade humana, qual então sua funcionalidade na vida social? Foi preciso rever novamente a relação entre sociedade e Estado. O erro identificado foi que tanto no estado de direito liberal como social as pessoas ainda são percebidas como objetos da atuação estatal. O protagonismo estatal não era a saída, conforme se acreditava no constitucionalismo social. É a vez de apostar no protagonismo dos sujeitos, das pessoas, que são o fim último do Direito. Dessa maneira, termos como “dignidade humana”, “sujeito de direitos” e “participação democrática” entram de vez no vocabulário da tradição constitucionalista.

Indaga-se então: quais os motivos dessa revisão dos constitucionalismos pela filosofia política? O objetivo é deixar claro alguns pontos. O primeiro é convencer o leitor de que o constitucionalismo não pode ser considerado como um termo único e que visões generalistas incorrer em erros de interpretação, pois não se pode falar de direitos fora de seu contexto histórico de desenvolvimento. O segundo é reforçar o argumento aqui defendido de que democracia e constitucionalismo são conceitos distintos e não necessariamente interligados. O terceiro esclarece que o surgimento dos direitos das pessoas com deficiência como se entende hoje, isto é, como categoria social, só é compreensível a partir do constitucionalismo social e democrático. Esses pontos voltarão a discussão mais acurada nos próximos capítulos.

3. DEMOCRACIA, MAS QUAL DELAS?

O Estado democrático de Direito reconheceu a democracia como elemento seu central, ao lado da Constituição, porém, algumas questões ainda ficaram (estão) em aberto: que democracia? Existe apenas uma ou mais tipologias?

Portanto, tornou-se uma tarefa primordial do constitucionalismo apresentar um conceito de democracia. A definição simplória de “poder concentrado nas mãos do povo” ou, como diz a Constituição brasileira, “poder que emana do povo”, não atende às necessidades dos conflitos concretos vieram a lume no final do século XX e início do século XXI, como a pluralidade de nacionalidades e culturas dentro de um mesmo território; a diversidade cultural, envolvendo cosmovisões religiosas, políticas e sociais; os conflitos étnicos e religiosos de minorias populacionais etc. Todas essas circunstâncias obrigam a ressignificar a democracia.

Quando se pergunta qual democracia, tem-se um pressuposto: não existe apenas um tipo de democracia, mas vários. O termo não é apenas polissêmico, mas variável. Logo, é preciso escolher um projeto democrático e essa escolha reflete diretamente as pretensões morais e políticas de uma comunidade determinada. Esse ponto é importante para esta pesquisa, porque conforme se verá, existem propostas de democracias mais ou menos inclusivas direcionadas às pessoas com deficiência. Primeiro, passa-se a analisar sinteticamente três modelos de democracia, nos moldes teóricos de Jurgem Habermas (1995).

Habermas, no texto *Os três modelos normativos de Democracia* (1995), descreve as concepções liberal, republicana e discursiva (ou procedimental) de democracia. O regime democrático remete a participação popular nas tomadas de decisões do Estado, como escolha de políticas públicas, definição de prioridades, sedimentação de interesses e valores que guiam a sociedade e lhe conferem identidade cultural. Entretanto, essa atuação popular pode ter objetivos e processos diferentes.

Uma concepção liberal de democracia, similarmente o constitucionalismo liberal, tem como base uma perspectiva focada no indivíduo. Esse sujeito é dotado de interesses particulares, isto é, desejos privados. No liberalismo político, a função da democracia é agregar os interesses privados diante de um aparato estatal que lhes preste subserviência. A democracia, assim, tem uma finalidade de mediação entre os interesses particulares e o aparato do Estado. O núcleo da cidadania são os direitos subjetivos, de origem muitas vezes apolítica. Esses direitos são lidos como “liberdades negativas” que garantem a autonomia dos indivíduos em seus interesses perante o Estado e a sociedade. Nesse contexto, o processo democrático tem natureza concorrencial, como uma reprodução do sistema mercantil, guiado pelo agir estratégico e instrumentalização das vontades políticas.

Uma exemplificação da concepção liberal é a “Democracia de Madison”, sob o lema “*cada cabeça um voto*”, também identificada como majoritária (PINZANI, 2007). Ora, se o processo democrático é uma concorrência de dominação das vontades, toda estratégia é válida, desde que se tenha como resultado a conquista do maior número de votos para tomada de decisões, na satisfação de interesses privados. Avaliações de cunho ético ou ideológico não têm papel central para os defensores do maioritarismo democrático. Essa ausência de substância, entendida como falta de preocupação com o conteúdo das decisões políticas, caracteriza essa corrente como formalista. Assim, não é tarefa do Estado dá um conteúdo ético ou moral ao processo democrático, a sociedade também não pode fazê-lo, porque o pluralismo de interesses privados é impossível de alcançar. Mediante o impedimento do Estado e a impossibilidade de conciliação social, resta o agir estratégico dos desejos, baseados na persuasão e convencimento.

Por sua vez, na concepção republicana, “a política é entendida como uma forma de reflexão de um complexo de vida ético” (HABERMAS, 1995, p. 40). Distintamente da concepção liberal, a republicana tem como base a integração social, calcada sobre o aceite da dependência recíproca e o ideal de bem comum. Os direitos subjetivos existem, mas não são o princípio do processo democrático, embora sejam sua execução e plenitude. As pessoas utilizam de seus direitos para auferirem o bem comum. Tão salutares quando as liberdades negativas (direitos civis), são as liberdades positivas (direitos políticos), porque elas são a primazia da construção de uma comunidade política. A concepção republicana tem um conteúdo objetivo e um material ético: a busca de uma sociedade de pessoas livres e iguais. É uma perspectiva da democracia que tem propósitos claros e acredita no entendimento racional mútuo, bem como na possibilidade do compartilhamento de valores e virtudes sociais.

De modo alternativo, o procedimentalismo democrático de Habermas, baseia-se no princípio do discurso⁶. O autor alemão apresenta um modelo que, ao mesmo tempo, é regressivo metodologicamente e progressivo quanto aos objetivos democráticos em relação ao republicanismo. Regressivo no método porque, assim como a concepção republicana, dá um passo para trás em relação ao liberalismo, ao destacar a importância do entendimento mútuo para constituição da sociedade. Habermas defende que é preciso a institucionalização de normas racionais que permitam construir uma esfera pública inclusiva, para que as pessoas apresentem suas razões, de modo livre, e sejam avaliadas em nível de igualdade, sem serem desconsideradas ou excluídas por motivos distintos daqueles apresentados pela racionalidade. Em outras palavras, não se pode excluir uma razão pública, justificando ser esta razão minoritária ou que não corresponda a ética comunitária. De outro lado, o procedimentalismo habermasiano é progressivo, pois vai além da finalidade do bem comum do republicanismo. É uma proposta dialógica e normativa, sob as formas de comunicação. Nesse sentido, pode-se não se chegar ao bem comum, ao optar por um procedimentalismo democrático, mesmo porque o conceito em

6 Sobre o Princípio do Discurso, cabe o esclarecimento nas palavras do próprio Habermas: “O direito positivo não mais pode derivar sua legitimidade de uma lei moral mais elevada, mas apenas de uma procedimento presumivelmente racional de formação de opinião e vontade. Usando um enfoque baseado na teoria do discurso, analisei mais de perto esse procedimento democrático que confere força legitimadora à produção de leis sob condições de pluralismo social e ideológico. Ao fazê-lo parti de um princípio (...) segundo o qual as únicas regulações e modos de agir que podem reivindicar legitimidade são aquelas às quais todos aqueles suscetíveis de ser afetados poderiam assentir como participantes de discursos racionais. à luz desse Princípio do Discurso' os cidadãos testam quais direitos deveriam conceder-se mutuamente. Enquanto sujeitos legais eles têm que basear essa prática de autolegislação no próprio meio da lei; eles precisam institucionalizar legalmente aqueles pressupostos e procedimentos comunicativos de formação de opinião e vontade políticas nos quais se aplica o princípio do discurso. Assim o estabelecimento do código legal, que se dá amparado no direito universal a liberdades individuais iguais, tem que ser completado mediante direitos comunicativos e participativos que garantam oportunidades iguais para o uso público de liberdades comunicativas. Dessa forma o Princípio do Discurso adquire a forma legal de um princípio democrático” (HABERMAS, 1995, p. 52).

si de bem comum é bastante questionável. O escopo da democracia não é o bem comum em si, mas permitir a construção de uma sociedade onde as pessoas possam apresentar as formas de vida que pretendem alcançar. Cabe aqui as considerações do sociólogo:

Uma concepção dialógica vê – ou talvez fosse o caso de dizer que idealiza – a política como uma atividade normativa. Ela concebe a política como uma contestação sobre questões de valores e não meramente questões de preferências. Ela entende a política como um processo de argumentação racional e não exclusivamente de vontade, de persuasão e não exclusivamente de poder, orientado para a consecução de um acordo acerca de uma forma boa e justa, ou pelo menos aceitável, de ordenar aqueles aspectos da vida que se referem às relações sociais e à natureza social das pessoas (HABERMAS, 1995, p. 43).

Existem motivos suficientemente fortes para refutar uma adoção cega e ortodoxa dos três modelos propostos, porém, é preciso adotar critérios para refutação dos modelos, sob pena deste trabalho recair naquilo que ele denuncia: o senso comum teórico. Então, resta a pergunta: como esses modelos interferem nos direitos das pessoas com deficiência e qual aquele que lhes é mais adequado?

O modelo liberal de democracia, centrado em interesses privados, é insuficiente para defesa de grupos coletivos. A articulação do processo democrático de modo concorrencial não possibilita a formação de grupos de tensão contra o Estado. Uma preciosa lição do constitucionalismo social é válida aqui também: os direitos das pessoas com deficiência são originalmente coletivos e categoriais. Requerem um mínimo de organização coletiva para serem pleiteados, seja por meio da reivindicação seja por meio da cooperação. O uso da estratégia da soberania da maioria pode – e muitas vezes é – prejudicial aos grupos minoritários, que, na disputa pelo espaço político, acabam sendo sufocados pelos interesses privados dos grupos majoritários.

Os modelos republicano e procedimentalista possuem suas vantagens e desvantagens. Os benefícios são compartilhados, quais sejam: a aposta na construção da vontade política, o que acaba forçando as pessoas a reverem o papel dos direitos fundamentais e a credulidade no entendimento mútuo racional. Contudo, seguindo as lições de Habermas, uma crítica contundente pode ser feita ao republicanismo, que é a acusação do “idealismo excessivo” (HABERMAS, 1995, p. 44), pois depende sobremaneira das virtudes dos cidadãos orientados para o bem comum. Uma sociedade que se baseie na ética dos discursos políticos tende ao fracasso pelo utopismo não realista.

Nesse ponto, o procedimentalismo, ao destacar a força normativa do discurso no processo democrático é mais adequado as pretensões dos direitos das pessoas com

impedimentos físicos ou mentais. Uma evidência dessa posição é o lema do movimento social das pessoas com deficiência, “Nada sobre nós, sem nós”⁷, consubstanciando as aspirações de um procedimento da democracia em que os sujeitos afetados, independentemente de seus desejos pessoais ou de suas convicções éticas, possam apresentar razões na esfera pública para direcionar os atos estatais e particulares que lhes dizem respeito ou afetem sobremaneira suas vidas.

Antes de passar às especificidades dos direitos das pessoas com deficiência e sua delimitação, no Estado democrático de direito, pretende-se reforçar e esclarecer duas premissas até aqui repetidas.

A primeira delas é que democracia e constitucionalismo são conceitos distintos e não necessariamente interligados. Somente a partir do constitucionalismo democrático ou Estado *democrático* de Direito é que essa vinculação torna-se normativa, isto é, um dever ser. Não somente isso, essa deontologia é constituída de elementos morais, éticos e políticos. Não sendo possível uma defesa de um direito ultraformalista, apolítico e descompromissado. Significa dizer que uma democracia liberal é incompatível com o Estado democrático de direito. Esse esclarecimento é importante, porque deixa o alerta aos contemporâneos sobre eterno dever de vigilância aos projetos eugênicos e discriminatórios que atentam contra os direitos fundamentais sob uma falsa máscara de democracia.

A segunda premissa é que uma opção por uma democracia não majoritarista, unicamente formal, implica na defesa de um constitucionalismo de contenção da maioria. No aspecto histórico, o constitucionalismo liberal tinha a tarefa principal de proteger interesses privados contra intervenções arbitrárias dos governantes. No constitucionalismo democrático, a proteção volta-se para os grupos vulneráveis (homoafetivos, pobres, negros, mulheres, indígenas, povos tradicionais etc) contra o império da maioria, ou pelo menos, do uso ideológico das massas.

Encerradas essas reflexões, cabe agora diagnosticar os direitos das pessoas com deficiência de acordo com o “espírito de nosso tempo”⁸.

4. OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO DIAGNÓSTICO DO TEMPO PRESENTE

7 O lema “Nada sobre nós, sem nós” trata do conceito de participação plena das pessoas com deficiência das políticas públicas que lhes dizem respeito. Ele foi sedimentado oficialmente no ano de 1981, Ano Internacional das Pessoas com Deficiência, de acordo com a Organização das Nações Unidas (ONU). Apesar da utilização pela instituição, a defesa da participação plena surgiu no seio dos movimentos sociais de autonomia das pessoas com impedimentos.

8 Vem do termo alemão *Zeitgeist*, significa o “clima de uma época ou espírito do tempo”, ou seja, o conjunto de aparato ideológico, intelectual e cultural que produz efeitos nas formas de pensar e agir de uma determinada época histórica. O termo ficou conhecido por sua utilização na obra *Filosofia da História* de Hegel.

Max Horkheimer e Theodor Adorno (2009), ao proporem os postulados da teoria crítica propuseram dois princípios: o diagnóstico crítico do tempo presente e a orientação para emancipação. O primeiro remete a tentativa de analisar um objeto a partir das circunstâncias históricas atuais que irradiam sobre ele. “Tempo presente” é a historicidade do objeto, ou seja, ele não é um dado abstrato ou idealista, mas um produto de relações materiais e sociais. Orientar para emancipação é um compromisso político daquele que conduz a pesquisa de desobstruir os entraves ideológicos sobre a compreensão do problema.

Embora esse trabalho não tenha a pretensão de realizar uma reconstrução da teoria crítica aos moldes da Escola de Frankfurt, utiliza-se, humildemente, desses dois objetivos para traçar o que se denomina “diagnóstico do tempo presente” dos direitos das pessoas com deficiência, que seria o enquadramento, as particularidades e os desafios que tais direitos enfrentam no atual estágio do Estado Democrático de Direito. Quando se fala em enquadramento, refere-se a resposta à pergunta: qual a natureza ou tipologia dos direitos das pessoas com deficiência? Por sua vez, suas particularidades significam as características elementares que fazem parte dos direitos das pessoas com deficiência, sem as quais eles perdem sua identidade. Por fim, as dificuldades desses direitos dizem respeito aos entraves não apenas judiciais, mas também sociais, para efetivação de direitos.

4.1 Direitos das Pessoas com Deficiência com Direitos Sociais e Coletivos

É importante lembrar que os direitos das pessoas com deficiência não podem ser lidos fora da realidade de sua origem e desenvolvimento. Nascidos no seio do constitucionalismo social, os direitos das pessoas com deficiência (DPCD) são derivados de reivindicações categoriais ligadas às relações de trabalho, notadamente àquelas que envolviam direitos de reabilitação dos operários que sofriam algum tipo de acidente laboral e precisariam de algum auxílio financeiro para retornar ou afastar-se das fábricas. Essa gênese coletiva é muito importante para compreensão desses direitos, pois representam uma nova forma de direito, um novo tipo de sujeito jurídico e novas formas de tutelas.

Direitos sociais de natureza coletiva ou de categorias é um conceito difícil de ser demarcado analiticamente, principalmente pelo fato de ser um produto histórico e a história, em sua constante mutabilidade insurgente, apenas permite sua compreensão em fragmentos exemplificativos. Assim, pode-se caracterizar os direitos sociais como aqueles cujo sujeito não é mais um indivíduo isolado, mas um grupo de pessoas ligadas por situações de exposição a

violação de direitos em comum (caso das pessoas com deficiência). Um mesmo fato ou mesma condição de existir liga os sujeitos a uma sujeição. Por exemplo, o trabalhador que pelas condições precárias de labor tem sua saúde desprotegida.

Nesse contexto, existem três objeções feitas aos direitos sociais que devem aqui ser consideradas: a) os direitos sociais não inovam no sistema jurídico porque já estão inseridos nos direitos subjetivos liberais (civis e políticos); b) os direitos sociais não são passíveis de cumprimento, em decorrência de seu caráter prestacional de obrigações positivas; c) por não terem como sujeitos concretos, como parte da relação jurídica, os direitos sociais seriam muito abstratos e utópicos.

O primeiro argumento que se busca refutar é aquele que afirma que os DPCD já se encontravam salvaguardados entre os direitos civis e políticos do Estado de Direito no constitucionalismo liberal, sob a forma de direito à vida, saúde e igualdade. Porém, esse pensamento é equivocado, peca pela superficialidade e por uma leitura anacrônica da história dos direitos. Tanto o direito à vida como à saúde são lidos a partir de uma ótica atomizada do indivíduo, como direitos individuais. As tutelas existentes do Estado de Direito liberal eram ações individualizadas, para problemas concretos e particulares. O conteúdo dessas ações eram em sua maior parte para cobrar uma restrição do Estado na vida das pessoas, como ações declaratórias e indenizatórias. O constitucionalismo social criou uma exigência de tutelas coletivas, mediante ações com legitimidade de grupos coletivos e com objetivo de responsabilização do Estado.

A segunda objeção, aqui denominada de “argumento naturalístico economicista”, diz respeito à impossibilidade de recursos para cumprir os direitos sociais. Vítor Abramovich (2005) tem importantes lições sobre essa falácia. Ao analisar as dificuldades de cumprimento dos direitos econômicos, sociais e culturais, ele faz uma crítica a chamada “tese do defeito de origem” (2005, p. 189), que é a argumentação teórica de que os direitos sociais, econômicos e culturais tem déficit de aplicabilidade em decorrência de sua natureza – ou seja, um argumento naturalístico – visto que os direitos civis e políticos (do constitucionalismo liberal) são obrigações negativas, obrigações de não fazer, enquanto os direitos sociais, econômicos e culturais são obrigações positivas e necessariamente incorrem em gastos ao erário público e maior planejamento estratégico para sua efetivação. O mencionado autor discorda, apresentando duas proposições: a) as liberdades ou direitos civis e políticos são tão onerosos quanto qualquer outra espécie de direitos, mesmo os sociais e econômicos. Imagine-se, por exemplo, no caso das despesas para manter os direitos de acesso à justiça, eleições ou mesmo organizações de partidos políticos e segurança da propriedade privada. São gastos elevados

concentrados para defesa de direitos liberais. Uma relutância economicista pelo prisma da economicidade de gastos públicos é falaciosa; b) uma compreensão dos direitos civis como criando somente obrigações negativas e os direitos sociais e econômicos apenas criando obrigações negativas é perfunctória. As obrigações positivas e negativas são inseparáveis e vinculativas. A separação entre elas é meramente didática para fins de conhecimento da ciência do direito, não realizável no mundo prático. Veja-se, por exemplo, o direito à vida está vinculado ao direito à saúde, alimentação e educação. Nesse sentido, é acertada a conclusão de Abramovich:

Essas distinções têm como base uma visão distorcida e "naturalista" do papel e do funcionamento da máquina estatal que coincide com a posição de um Estado mínimo, responsável por garantir apenas justiça, segurança e defesa [...] Em síntese, a estrutura dos direitos civis e políticos pode ser caracterizada como um complexo de obrigações negativas e positivas do Estado: obrigações de abster-se de atuar em certo âmbitos e de realizar uma série de funções, para garantir o gozo da autonomia individual e impedir que seja prejudicada por outros cidadãos (ABRAMOVICH, 2005, p. 190-191).

A terceira objeção é quanto ao abstracionismo dos direitos sociais, tendo em consideração que não tem sujeitos concretos, mas categorias. Esse argumento não prospera. A defesa dos direitos sociais nasceram dentro da tradição do materialismo histórico, da experiência de sofrimentos decorrentes das desigualdades econômicas. A violação de direitos é algo factível e concreto: a fome, a pobreza, a doença, a inacessibilidade de espaços e oportunidades. O que se percebe de fato é uma inabilidade das estruturas do Estado, em especial o Judiciário e Executivo, para criar mecanismo capaz de concretizar pretensões coletivas, que sempre existiram, mas foram olvidadas pela ideologia liberal antecessora. Portanto, muito mais do que uma crítica séria, tal objeção fundamenta-se mais em uma falta de percepção histórica e conservadorismo em relação às formas jurídicas.

Essas considerações são salutares para compreender as características das pessoas com deficiência. Tanto o conceito como os questionamentos entorno a natureza dos direitos humanos ajudaram a detalhar as potencialidades e especificidades desse grupo vulnerável específico.

4.2 Direitos das Pessoas com Deficiência e os Desafios Institucionais

Os direitos das pessoas com deficiência no Brasil têm três nortes legais orientadores: a Constituição Federal (1988), a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (2006) e o Estatuto da Pessoa com Deficiência (2015). Em uma perspectiva

tradicional, costuma-se estudar esses instrumentos normativos a partir de seus institutos e conceitos, de maneira abstrata, sem levar em consideração suas ingerências ideológicas. Contudo, aqui, pretende-se lançar um olhar sobre essas normas com base na história e nos respectivos desafios para sua concretização.

Seguindo um ordenamento cronológico, a Constituição de 1988 foi a primeira a trazer um capítulo especial para as pessoas com deficiência, trata-se da “inclusão social”. Um esclarecimento prévio é o de que ela traz uma definição desatualizada de pessoa com deficiência, a saber, utilizado o termo “pessoa *portadora* de deficiência”, quando especialistas como Débora Diniz, defendem a utilização do termo “pessoa com deficiência” (2009). A retirada do termo “portadora” e o enfoque em “pessoa” é resultado do processo de democratização do constitucionalismo e sua ênfase na capacidade de agência das pessoas como sujeitos de direitos.

O ponto mais importante de inovação da Constituição de 1988, sob a autoconsideração como Estado Democrático de Direito, é a abertura de um espaço discursivo para a deficiência na construção de políticas públicas específicas, porém, para que a esfera pública seja de fato construída não bastam virtudes cívicas positivadas, é preciso compromisso institucional mediante vigilância *perene*. Luiz Alberto David Araújo (2007) alerta para a deturpação da esfera pública por parte do Poder Executivo, por meio de ingerências inconstitucionais. Isso porque a Constituição não conceitua pessoa com deficiência, deixando que a terminologia seja demarcada via infraconstitucional, todavia, a prática mostra que é o Poder Executivo quem tem atuado como um “legiferador negativo” (KELSEN, 2003) e, por meio de decretos regulamentares, traçado conceitos periféricos de pessoa com deficiência, notadamente no que diz respeito a assuntos de cunho de isenção tributária ou previdenciária (ARAÚJO, 2007).

A problemática por trás dessa atuação interventora do Executivo sobre o legislativo decorre de dois pontos: a) as interpretações do Executivo ao determinar a extensão do conceito de deficiência tem sido demasiadamente restritivas; b) o decreto não tem potencial para criar ou retirar (ou reduzir) direitos, apenas operacionalizar a lei. Nas palavras de Luis Alberto David Araújo:

O Decreto regulamentar no nosso entendimento, não poderia ter definido quem é pessoa portadora de deficiência, ou seja, quem está enquadrado pelo benefício constitucional de proteção. No caso, somente a lei poderia criar direitos e obrigações. O Decreto teria apenas sua função de operacionalizar a lei [...] O Administrador poderia imaginar que as hipóteses do Decreto são exaustivas e indeferira inscrição de alguém que, não se incluindo no Decreto tivesse deficiência, como previsto na Constituição, dentro da valoração lá constante (ARAÚJO, 2007, p. 16).

Posteriormente, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU (2006) apresenta-se como marco normativo essencial aos direitos desse grupo, notadamente devido sua introjeção no ordenamento jurídico pátrio com *status* de emenda constitucional em 2009⁹. O diploma internacional é inovador porque traz a questão do ambiente econômico e social como um fator de agravamento da deficiência. Além disso, a convenção traz, em seu arcabouço, duas vertentes: repressiva (proibição de discriminação) e promocional (promoção da igualdade).

São os princípios da Convenção da ONU sobre Pessoas com Deficiência: a) Respeito à dignidade, autonomia individual para fazer suas próprias escolhas e independência pessoal; b) Não discriminação; c) Plena e efetiva participação e inclusão social; d) Respeito às diferenças e aceitação das pessoas com deficiência como parte da diversidade humana; e) Igualdade de oportunidades; f) Acessibilidade; g) Igualdade entre homens e mulheres; h) Respeito ao desenvolvimento das capacidades das crianças com deficiência e respeito aos direitos destas crianças de preservar sua identidade.

Piovesan, Beatriz Silva e Heloisa Campoli (2003) defendem uma divisão quadripartite da história da construção dos direitos humanos da pessoa com deficiência: 1) Fase de Intolerância: a deficiência como impureza, pecado ou castigo divino; 2) Fase da Invisibilidade: a pessoa com deficiência era tida como invisível socialmente; 3) Fase Assistencialista: o foco está sobre a pessoa deficiente, como “portador de enfermidade” e uma doença a ser curada e tratada, uma perspectiva médica e assistencial; 4) Fase dos Direitos Humanos: emergem os direitos humanos, cujo foco é superar as barreiras culturais, físicas e sociais.

Aqui são possíveis críticas a essa divisão histórica apresentada por Piovesan. Primeiro, essa construção histórica é demasiadamente linear e evolucionista, dando a ideia que mazelas de uma fase teriam sido vencidas ou desaparecidas com o tempo, quando não é bem verídico. Por exemplo, ainda hoje, considera-se, no meio social, a deficiência como uma impureza e temos políticas públicas de “higienização social” – exemplo: manicômios. Segundo, essa abordagem evolucionista faz pensar que a atual fase é perfeita e acabada, não requerendo nenhum tipo de intervenção estatal, visto que se estaria no estágio final da evolução desses direitos. Não que Piovesan pense dessa forma, mas sua divisão histórica permite tal interpretação perniciosa. Terceiro, uma visão tão linear dá uma ideia de não interconexão, bem

⁹ Por meio do Decreto nº 6.949 de 25 de agosto de 2009, de modo que, o Congresso Nacional aprovou, por meio do Decreto Legislativo no 186, de 9 de julho de 2008, conforme o procedimento do § 3º do art. 5º da Constituição, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007.

como, a segunda fase – da invisibilidade – não é bem definida qual seria suas causas e implicações.

Laís Lopes (2007) argumenta que Convenção da ONU tem um paradigma próprio: o modelo social dos direitos humanos. Ela chama isso de “positivação da mudança de enfoque conceitual” (2007, p. 55). Salienta: “A base conceitual desta Convenção é a mudança de paradigma da perspectiva médica e assistencial para a visão social dos direitos humanos” (LOPES, 2007, p. 55). Ascende, nesse paradigma, uma noção concreta de pessoa humana ou sujeito de direitos concretos, isso significando que “as pessoas não devem ser definidas como objetos por funcionalidade ou utilidade da sociedade, senão reconhecidas como sujeitos de direitos” (LOPES, 2007, p. 55).

O Estatuto da Pessoa com Deficiência não se difere muito do conteúdo da Convenção. Sedimenta o modelo biopsicossocial, centrado na relação entre homem, impedimentos e meio ambiente. Percebe-se que rompimento com uma visão da deficiência como um atributo pessoal sobre o indivíduo foi abandonada aos poucos, pelo menos no âmbito jurídico, junto com o constitucionalismo liberal. Por isso, reforça-se uma das teses aqui defendidas de que somente pode-se falar em direitos das pessoas com deficiência a partir do constitucionalismo social e democrático. Outros pontos relevantes são as alterações sobre as teorias das incapacidades e o instituto de tomada de decisão apoiada no direito civil¹⁰, como mecanismos de cunho democrático e participativo.

Para o encerramento da presente pesquisa, indaga-se: diante de tanta legislação progressista quais seriam então os obstáculos à garantia de direitos a essa categoria vulnerabilizada?

Um primeiro ponto é a particularidade sobre a proteção às pessoas com deficiência pelo fato de que são um grupo multifacetado, isso leva a duas consequências jurídicas imediatas: a) a multiplicidade das tipologias de deficiência configura uma multiplicidade de circunstância que requerem proteção jurídica, portanto, uma proteção jurídica eficaz desse grupo deverá de igual modo ser multiforme e multifocal. Logo, apresenta-se aqui um argumento para perspectiva inclusiva. Conceituações de caráter técnico, analíticas e prescritivistas tendem a não ser as normas que melhor se adequam a particularidade das pessoas com deficiência por promoverem uma proteção ineficiente; b) A variabilidade de deficiência também requer uma

¹⁰ A Lei de Inclusão Brasileira acabou com a presunção de incapacidade absoluta das pessoas com deficiência, de maneira que apenas os menores de 16 anos são considerados absolutamente incapazes. Por sua vez, introduziu o instituto de *Tomada de Decisão Apoiada*, que ao invés de indicar um procurador substituto, a pessoa com deficiência agora tem a possibilidade de tomar decisões juridicamente relevantes com assistência de pessoas da sua confiança ou indicadas pelo magistrado que tenham conhecimento técnico sobre a lide.

variabilidade de medidas positivas do Estado. Ou seja, para garantir direitos de acessibilidade de uma pessoa cadeirante não se utilizará os mesmos mecanismo efetivadores para garantir acessibilidade a uma pessoa cega. São situações distintas que requerem medidas jurídicas distintas, embora o direito seja o mesmo “acessibilidade”. Isso afeta diretamente a questão orçamentária do Estado e requer uma política mais organizada, com maior número de pessoas com as mais variadas tipologias de limitações, para que assim, possa ser feito um levantamento maior de deficiências e de medidas jurídicas.

Existem programas voltados para o atendimento das pessoas com deficiência, entretanto, eles por si só não são garantia de efetividade. Seus principais problemas estão no fato de que em sua maioria são elaborados sem consulta e participação da sociedade civil. Cite-se ainda a não capacitação e sensibilidade dos agentes estatais na execução das políticas públicas e a terceirização de responsabilidades por parte de União, Estados e Municípios.

Piovesan e Heloisa (2003) fizeram uma pesquisa de campo com 204 julgados, proferidos pelos Tribunais da Região Sul e Sudeste e pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e Superior Tribunal de Justiça (STJ) no período de 1988 a 2001. Trata-se de uma pesquisa qualitativa e quantitativa elucidando questões sobre as precariedades e perfil do acesso à Justiça dos jurisdicionados com deficiência. Destaca-se como principais resultados: 1) A atuação da pessoa com deficiência é preponderante para ingresso de ações no Poder Judiciário, correspondendo a mais de 80% das ações. Em contrário, as ações impetradas pelas associações e pelo Ministério Público são em pequeno número; 2) O Polo passivo é majoritariamente a Administração Pública; 3) A ações mais frequentes são: ações indenizatórias por acidentes de trabalho; Mandado de Segurança sobre acesso aos cargos públicos; Acessibilidade à Logradouros; Isenção Tributária; 4) Baixo índice de ações em segundo grau de Jurisdição; 5) O assunto predominante nos Tribunais Superiores são Direito ao Trabalho e a Previdência Social; 6) Predominam as decisões jurisdicionais favoráveis, em 75% dos casos; 7) Baixo controle de convencionalidade por parte dos Tribunais (PIOVESAN, 2003).

As dificuldades apresentadas pelo Poder Judiciário em grande parte decorrem do acesso que é dado a sua utilização (acesso à justiça). É importante lembrar que, na maioria das vezes, a atuação do Poder Judiciário é pautada pelo princípio da inércia, ou seja, o Poder só pode se manifestar mediante provocação de partes legitimadas para tal (pessoa física ou jurídica). Assim, entende-se o acesso à Justiça por dois vieses: a) acesso à justiça como possibilidade de acesso ao órgão judicial; b) acesso à justiça como uma possibilidade de viver em uma ordem social que garanta o mínimo de dignidade. Pode-se chamar a primeira de perspectiva formal e a segunda de perspectiva material (PIOVESAN, 2003).

Outrossim, ainda nas lições da pesquisa de Piovesan e Heloisa, podem ser elencados três problemas principais que obstaculizam o acesso à Justiça às pessoas com deficiência: a) os processos judiciais são caros, especialmente os cíveis, desestimulando às pessoas economicamente vulneráveis a procurar à Justiça; soma-se a isso ainda o fator de que o cidadão ao fazer uma análise de custo-benefício considera a Justiça morosa, sentindo-se retraído de procurá-la; b) existem vários problemas de acesso à informação que acabam gerando efeitos para o âmbito da justiça, como: complexidade e dispersão das normas, que fazem com que os indivíduos não saibam identificar os direitos que lhes pertence; a ausência de conhecimento sobre o funcionamento do Poder Judiciário, que faz os cidadãos mais humildes sentirem-se intimidados perante o Poder Judiciário. Adicione -se ainda o fato que a Justiça não oferece estrutura física acessível às pessoas com deficiência, visto a ausência de: acesso físico, representantes, intérpretes etc; c) apesar do Brasil contar com instrumentos do direito material e processual pertinentes aos direitos coletivos e difusos, não têm sido utilizados de modo recorrente, como visto nos dados da pesquisa que demonstram o pequeno número de ações ajuizadas seja pelas Associações seja pelo Ministério Público (PIOVESAN, 2003).

Feitas essas considerações, espera-se deixar claro que uma análise para além do senso comum deve mesclar coerência histórica e diagnóstico da realidade presente. Infelizmente, o material teórico brasileiro, em sua maioria, tem utilizado uma metodologia analítica e dogmática, sem fazer uso de pesquisas empíricas ou de referenciais históricos sobre o movimento da pessoa com deficiência. Pensar um direito é inseri-lo dentro do panorama de sua gênese e desenvolvimento, bem como suas dificuldades e potencialidades de realização.

5. CONCLUSÃO

Investigar direitos fundamentais específicos não é apenas arrolar dispositivos legais de maneira isolada como se fossem dados transcendentais. A simplificação de determinados conteúdos, em decorrência da massificação do conhecimento jurídico ou mesmo da hipercomplexificação do direito, têm custado um preço alto: a falta de efetividade desses mesmos direitos. É que não se pode aplicar aquilo que não se conhece de modo profundo e correto. As consequências são a estandardização de temas jurídicos, aplicação de teorias exógenas sem o devido acoplamento, entre outros. A falta de compreensão ou de abertura à reflexão pode incorrer na repetição dogmática de saberes não questionados, formando o que aqui se denominou de senso comum teórico dos juristas. Para desmascarar essa vicissitude, buscou-se contextualizar os direitos das pessoas com deficiência entre as pesquisas passadas e presentes.

O primeiro passo foi apresentar os contextos do constitucionalismo, não seguindo uma visão tradicional, pela via de uma definição de Constituição, mas por um caminho alternativo, realizando um paralelo entre Estado de Direito e constitucionalismo. Descrevem-se três modelos constitucionais, quais sejam o liberal, o social e o democrático, e algumas conclusões: constitucionalismo e democracia não são termos imbricados, mas diferenciados em origem e premissas; os direitos das pessoas com deficiência são apenas coerentemente considerados dentro do constitucionalismo social ou democrático.

No segundo passo explanou-se sobre três formas de democracia, a saber, a liberal, a republicana e a procedimentalista, fazendo-se uma defesa do modelo procedimental de Habermas baseado no princípio de discurso. O argumento principal é que, para que haja uma compatibilidade entre democracia e constitucionalismo, este último deve servir como proteção contra as arbitrariedades do primeiro, especialmente, no que se refere aos direitos dos grupos vulneráveis contra as ingerências da soberania da maioria, que se fazem passar por democracia, mas substancialmente são contrárias ao espírito democrático que se pretende alcançar.

Por fim, defende-se a natureza dos direitos das pessoas com deficiência como direitos sociais de cunho coletivista. Esse enquadramento tem consequências na forma de se aplicar esses direitos, visto que possuem formas de tutela e instrumentos próprios, além de, por força de uma ideologia hierarquizante, serem considerados direitos “de segunda classe”. No Brasil, ainda que sob a vigência de um Estado Democrático de Direito, os direitos das pessoas com deficiência possuem obstáculos para serem efetivados; esses desafios nascem tanto de uma má compreensão acerca desses direitos como de déficit de compromissos institucionais.

6. REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Vitor. Linhas de Trabalho em Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: instrumentos e aliados. **Revista Sur - Revista Internacional de Direitos Humanos**, ano 2, nº 2, 2005, p. 189-223.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. A Proteção Constitucional das Pessoas Portadoras de Deficiência: Algumas Dificuldades para efetivação dos Direitos. In: SARMENTO, Daniel, IKAWA, Daniela, PIOVESAN, Flávia (Coord). **Igualdade, Diferença e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. Em busca de um conceito de pessoa com deficiência. In: GUGEL, Maria Aparecida; MACIEIRA, Waldir; RIBEIRO, Lauro. **Deficiência no Brasil: uma abordagem integral das pessoas com deficiência**. Florianópolis: Obra Jurídica, 2007, p. 11-23.

ARENDDT, HANNAH. **Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal**. Trad. José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. Editora Bertrand: Rio de Janeiro, 1988.

Direito Administrativo e Pessoa Portadora de Deficiência in. ASSIS, Onley Queiroz; POZZOLI, Lafayette. **Pessoa Portadora de Deficiência – Direitos e Garantias**. São Paulo: Editora Damásio de Jesus, 2005.

HABERMAS, Jurgem. Os três modelos normativos de democracia. São Paulo: **Lua Nova**, n. 36, p. 39-54, 1995.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S. Fabris, 1991.

HORKHEIMER, Max; ADORNO, T. W. O conceito de Esclarecimento, in **Dialética do Esclarecimento**. Rio de Janeiro: Zahar, 1985, p. 19–52.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. 5. ed. São Paulo: Editora Perspectiva S.A, 1997.

LASSALLE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?** São Paulo: Publicações Brasil, 2006. Disponível em: <http://bibliotecadigital.puc-campinas.edu.br/services/e-books/Ferdinand%20Lassalle-1.pdf>

LOPES, Laís Vanessa Carvalho de Figueiredo. Convenção sobre os Direitos das Pessoas com pessoas com deficiência da ONU. In: GUGEL, Maria Aparecida; MACIEIRA, Waldir; RIBEIRO, Lauro. **Deficiência no Brasil: uma abordagem integral dos direitos das pessoas com deficiência**. Florianópolis: Obra Jurídica, 2007, p. 41-65.

PINZANI, Alessandro. Republicanismo(s), Democracia, Poder. Porto Alegre: **Veritas**, v. , n. 1, mar, p. 5-14, 2007.

PIOVESAN, Flávia, SILVA, Beatriz Pereira, CAMPOLI, Heloísa Borges Pedrosa. A proteção dos direitos das pessoas com deficiência no Brasil. In: PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Max Limonand, 2003, p. 299 – 323.

SCHMITT, Carl. **O Guardião da Constituição**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2007.

WARAT, Luis Alberto. Saber Crítico e Senso Comum Teórico dos Juristas. Florianópolis : **Revista Sequência**, UFSC, v. 3, n. 5, 1982.