

# O SUBSTANCIALISMO E DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA: A FUNÇÃO SOCIAL DO PROCESSO

Dirceu Pereira Siqueira\*

Fernando de Brito Alves \*\*

**SUMÁRIO:** *Introdução; 2 Inclusão Social: Abordagem Jurídica; 3 Minorias no Cenário Jurídico Brasileiro; 4 Pessoa com Deficiência; 5 Do Substancialismo nas Decisões Judiciais; 5.1 Substancialismo Versus Simbolismo Legislativo; 5.2 Direitos Fundamentais: Princípios e Regras. Breve Análise sobre os Princípios Constitucionais da “Inafastabilidade da Jurisdição” e da “Razoável Duração do Processo”; 6 Considerações Finais; Referências.*

**RESUMO:** Todos os cidadãos merecem ter acesso a um Poder Judiciário atuante e efetivo. E por certo que a atividade jurisdicional seja efetivada, mais precisamente, as decisões por ele exaradas, na figura do magistrado, e por isso devam ser efetivas e capazes de cumprir seu condão de justiça. Nesta seara nos parece que carece ainda mais de tal tutela a pessoa com deficiência, a qual, em virtude de suas limitações, muitas vezes não pode aguardar toda a burocracia existente para a prestação jurisdicional, sob pena de, ao efetivar-se, não mais apresentar o impacto desejado e necessário. Como se não bastasse, muitas vezes nos deparamos com situações onde a atividade legiferante caminha rumo a um simbolismo legislativo, o que por certo conduz a dificuldades por parte do magistrado para efetivar a tutela jurisdicional e conceder ao caso concreto a decisão correta e justa. Assim, a pessoa com deficiência merece ter acesso a um processo justo, livre e desembaraçado.

**PALAVRAS-CHAVE:** Minorias; Pessoa com deficiência; Efetividade do processo; Substancialismo.

---

\* Doutorando e Mestre em Direito Constitucional pelo Centro de Pós-Graduação da ITE/Bauru – SP; Especialista em Direito Civil e Processual Civil; Pesquisador do Núcleo de Pesquisas e Integração do Centro de Pós-Graduação da ITE; Docente Titular no Curso de Graduação em Direito das Faculdades Integradas de Ourinhos (FD-FIO); Advogado. E-mail: dpsiqueira@uol.com.br

\*\* Doutorando em Direito Constitucional pelo Centro de Pós-Graduação da ITE/Bauru – SP; Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP/PR; Especialista em Historiografia: sociedade e cultura; Graduado em Filosofia pela USC/Bauru - SP; Professor Titular nos cursos de graduação em Direito e Filosofia da UENP/PR; Advogado. E-mail: alvesfb@uol.com.br

## **SUBSTANTIALISM AND THE RIGHTS OF THE PERSON WITH DEFICIENCY: THE PROCESS'S SOCIAL FUNCTION**

**ABSTRACT:** Every citizen has the right to effectively access the Judiciary. The juridical activity is effective, or rather, its decisions are complied with through the person of the judge and, consequently, they should be effective and able to achieve justice. In the wake of the above, it seems that the people with deficiency lack judicial access to the Judiciary since, due to their deficiency, they may not bear the type of bureaucracy within the context of juridical activity. Consequently, the desired and required impact is not conceded. Further, there are frequent situations in which the legal activity leads towards a legislative symbolism which foregrounds the difficulties experienced by the judge to accomplish jurisdictional tutelage and concede a correct and just decision. In fact, people with deficiency have the right to a just, free and un-impeded process.

**KEYWORDS:** Minorities; People with deficiency; Efficaciousness of the process; Substantialism.

## **EL SUSTANCIALISMO Y DERECHOS DE LA PERSONA DISCAPACITADA: LA FUNCIÓN SOCIAL DEL PROCESO**

**RESUMEN:** Todos los ciudadanos merecen tener acceso a un Poder Judicial actuante y efectivo. Y por cierto que la actividad jurisdiccional sea efectiva, más precisamente, para que las decisiones por ella exoradas, en la figura del magistrado, deben ser efectivas y capaces de cumplir su arrimo de justicia. En este ámbito, nos parece que falta todavía más de tal tutela a la persona discapacitada, la cual, frente a sus limitaciones, muchas veces no puede esperar toda la burocracia existente para la prestación jurisdiccional, bajo la pena de, al hacerse efectiva, no más presentar el impacto deseado y necesario. Como si no bastara, muchas veces nos deparamos con situaciones donde la actividad legiferante camina rumbo a un simbolismo legislativo, lo que por cierto conduce a dificultades por parte del magistrado para concretar la tutela jurisdiccional y conceder al caso concreto la decisión correcta y justa. Así, la persona discapacitada merece tener acceso a un proceso justo, libre y despejado.

**PALABRAS-CLAVE:** Minorías; Persona discapacitada; Proceso efectivo; Sustancialismo.

## INTRODUÇÃO

A defesa da pessoa com deficiência tem se tornado cada vez mais frequente em nosso judiciário; este fenômeno vem ocorrendo pela conscientização da população para com seu dever de inclusão.

Isso nos remete certamente à análise de alguns aspectos que irão tornar-se necessários para esta defesa. Não podemos jamais imaginar a defesa dos interesses deste grupo sem o esboço inicial dos caminhos que iremos percorrer e, ainda, se teremos a nosso dispor mecanismos adequados a esta defesa.

Esta tão sonhada efetividade do processo é um desejo não só deste grupo minoritário, mas, sim, de todos os cidadãos que diariamente recorrem ao judiciário em busca de uma tutela justa e adequada e, ainda, capaz de produzir seus reais efeitos, não apresentando apenas um caráter declaratório e ineficaz.

Conceder a este grupo (pessoas com deficiência) uma prestação jurisdicional justa e adequada, com meios para sua concretização, e não atuando como o legislativo que, em alguns momentos, exerce sua atividade legiferante de modo a simplesmente acalmar os anseios da sociedade, legislando acerca de objetos impossíveis, criando-se, assim, maiores transtornos para o cumprimento desta legislação.

É neste íterim que caminha o presente estudo, no sentido de apresentar soluções para estes impasses, no tocante à pessoa com deficiência, para que possa trilhar caminhos rumo a um processo mais célere e eficaz, que proteja, de maneira adequada, esta minoria.

## 2 INCLUSÃO SOCIAL: ABORDAGEM JURÍDICA

A inclusão, do ponto de vista jurídico e em alguma medida, é um processo de normalização. Assevera Claudia Werneck que “(...) normalizar uma pessoa não significa torná-las normal. Significa dar a ela o direito de ser diferente e ter suas necessidades reconhecidas e atendidas pela sociedade.”<sup>1</sup>

O problema da inclusão, em todos os tempos, remete às desigualdades sociais<sup>2</sup>, produzidas intencionalmente e sistematicamente pelos modos de produção, pela cultura das majorias, pelas formas de organização social etc.

---

<sup>1</sup> WERNECK, Claudia. **Ninguém mais vai ser bonzinho na sociedade inclusiva**. 2. ed., Rio de Janeiro, RJ: WVA, 2000, p. 52.

<sup>2</sup> FÁVERO, Eugênia Augusta Gonzaga. **Direitos das Pessoas com Deficiência: garantia de igualdade na diversidade**. Rio de Janeiro, RJ: WVA, 2004, p. 37-8.

Em selecionado artigo, Rossana Teresa Curioni<sup>3</sup> define a inclusão social como sendo:

A inclusão social se fundamenta em princípios éticos de reconhecer e respeitar o preceito de oportunidades iguais perante a diversidade humana, diversidade esta que exige peculiaridade de tratamentos, para não se transformar em desigualdade social.

A ideia de inclusão, para Rossana Teresa Curioni<sup>4</sup>, consiste na preocupação com a defesa da igualdade de oportunidade para todos, bem como com o acesso a bens e serviços públicos.

A sociedade liberal-capitalista ocidental tem como primado a neutralidade estatal, que se expressa numa postura de não intervenção na esfera individual e social. Esse absentismo se traduz na crença de que bastava inserir-se nas Constituições a garantia da igualdade formal de todos os indivíduos e grupos componentes da Nação, sendo isso suficiente para garantir a harmonia social e a efetiva igualdade de acesso ao bem-estar individual e coletivo. Como se sabe, essa ideia, na realidade prática, mostrou-se totalmente fracassada<sup>5</sup> e, até, muitas vezes resultou no oposto. Pietro de Jesús Lora Alarcón<sup>6</sup> trata desse tema entrelaçando as ideias de Justiça e igualdade, nos seguintes termos:

Acontece que uma fórmula de igualdade reduzida a um tratamento equivalente a todos os homens conduz a uma idéia insuficiente e formal de Justiça. Uma igualdade nesse sentido, sem distinção de particularidades dos indivíduos do todo social, seria irrealizável, visto que não levaria em conta as condições de cada ser humano, seus méritos, probabilidades e possibilidade de acesso aos bens sociais [...].

---

<sup>3</sup> CURIONI, Rossana Teresa. Pessoas portadoras de deficiência: inclusão social no aspecto educacional. Uma realidade? In: DIREITO da Pessoa Portadora de Deficiência: uma tarefa a ser completada Bauru, SP: EDITE, 2003, p. 422.

<sup>4</sup> Ibidem, 2003, p. 423.

<sup>5</sup> GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ações afirmativas e princípio constitucional da igualdade:** o direito como instrumento de transformação social – a experiência dos Estados Unidos. Rio de Janeiro, RJ: Renovar, 2001, p. 36-37.

<sup>6</sup> ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. Processo, igualdade e justiça. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, São Paulo, v. 2, 2003. p. 165-168

Nesta senda leciona Antonio Celso Baeta Minhoto<sup>7</sup> que:

[...] uma proximidade do Estado e do direito com sua base humana mais elementar pode significar uma inclusão de mais vozes em seu exercício, bem como criar uma real possibilidade, via edificação de um ambiente propício para tanto, de uma postura mais inclusiva, que torne possível, inclusive, o nascimento de um novo direito, mais inclusivo e menos excludente, mais propositivo e menos impositivo, mais concreto e menos formal, mais efetivo e menos declarativo.

Os ideais de direito e de justiça que devem nortear a sociedade não deveriam buscar proteger apenas o indivíduo, mas precipuamente a sociedade como um todo, em uma perspectiva que supere o atomismo liberal em direção a um pluralismo abrangente, considerando os indivíduos com suas ipseidades.<sup>8</sup>

Nosso constituinte revela preocupação acentuada com a proteção igualitária de todas as pessoas e com a minoração ou supressão das desigualdades – ou melhor, a necessidade de se promover a inclusão social –, alçando à condição de objetivos fundamentais do Estado brasileiro a construção uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, da CF), bem como a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III, da CF) além da promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade ou quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, IV, da CF).

Cármem Lúcia Antunes Rocha afirma que os objetivos fundamentais da República definidos pelo artigo 3º e incisos da Constituição Federal de 1988, são na verdade, obrigações transformadoras do quadro social e arremata:

O artigo 3º. traz uma declaração, uma afirmação e uma determinação em seus dizeres. Declara-se, ali, implícita, mas claramente, que a República Federativa do Brasil não é livre, porque não se organiza segundo

---

<sup>7</sup> MINHOTO, Antonio Celso Baeta (Org.). **Constituição, minorias e inclusão social**. São Paulo, SP: Rideel, 2009, p. 61.

<sup>8</sup> COELHO, Paulo Magalhães da Costa; MATIAS, Matheus Ricardo Jacon. Fundamentos filosóficos dos deveres de inclusão. In: ARAUJO, Luiz Alberto David; RAGAZZI, José Luiz (Coord.). **A proteção da pessoa portadora de deficiência um instrumento de cidadania**. Bauru, SP: Edite, 2006, p. 19.

a universalidade desse pressuposto fundamental para o exercício dos direitos, pelo que, não dispondo todos de condições para o exercício de sua liberdade, não pode ser justa.

Não é justa porque plena de desigualdades antijurídicas e deploráveis para abrigar o mínimo de condições dignas para todos.

E não é solidária porque fundada em preconceitos de toda sorte.<sup>9</sup>

Afinada no mesmo sentido encontra-se a igualdade estatuída expressamente em várias passagens da Constituição Federal brasileira, repetida nas mais diversas searas (exemplos: art. 4º, V; art. 5º, “caput”, I, XLI e XLII; art. 7º, XXX, XXXI, XXXII e XXXIV; art. 19, III; art. 37, VIII; art. 150, III.) o que, mais do que uma simples redundância, demonstra uma real preocupação do legislador constituinte em deixar explícita a vigência desse princípio, sua indispensável observância e sua funcionalidade transformadora.

A isonomia deve ser observada desde a edição da lei, em detrimento de apenas nivelar os cidadãos no momento posterior, diante da norma posta. É dizer, esse preceito magno é voltado tanto para o aplicador da lei como para o próprio legislador.

Sobre a igualdade faz-se necessária uma análise crítica e aprofundada da questão. Nesse sentido é a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, que em sua obra sobre o tema questiona: Quem são os iguais? Quem são os desiguais? Qual a medida da desigualdade? Quais desigualdades podem ser toleradas como fator de igualação?

A resposta dada pelo autor é a seguinte:

[...] qualquer elemento residente nas coisas, pessoas ou situações, pode ser escolhido pela lei como fator discriminatório, donde se segue que, de regra, não é no traço de diferenciação escolhido que se deve buscar algum desacato ao princípio isonômico.

[...] as discriminações são recebidas como compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão-somente quando existe um vínculo de correlação lógica entre a

---

<sup>9</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. *Revista Trimestral de Direito Público*, Belo Horizonte, n. 15, 1996, p. 92.

peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição.<sup>10</sup>

Sendo assim, qualquer elemento que resida nas pessoas, coisas ou situações poderá ser considerado pelo legislador como fator de discriminação, não repousando no traço de diferenciação escolhido, em regra, desacato o princípio isonômico. O que não se admite é a ocorrência dessas desigualdades de forma fortuita ou injustificada.

Importante então destacar que o constituinte cuidou da igualdade sob dois prismas. Quando o poder constituinte originário elaborou o texto magno, tratou de estabelecer proteção a certos grupos de pessoas que, no seu entender, mereciam tratamento diverso. Disciplinou a posse indígena (art. 231, § 2.º), o trabalho da mulher (art. 7.º, XX), a reserva de mercado de cargos públicos para as pessoas portadoras de deficiência (art. 37, VIII) e outras tantas regras. Para esses casos específicos o constituinte furtou ao intérprete a tarefa de verificar a correlação lógica entre o elemento diferencial e a distinção de regime jurídico. O legislador constitucional se deu pressa em definir que, nessas hipóteses expressamente previstas no texto, deve haver discriminações específicas para proteger determinado grupo de pessoas.<sup>11</sup>

Por outro lado, não se deve pensar que, por existirem essas distinções expressamente estatuídas estaria excluída a possibilidade de que se estabeleçam outras, as quais podem ser extraídas da interpretação da própria Constituição, ou veiculadas pela legislação infraconstitucional. São as chamadas ações afirmativas.

Sobre essas medidas, assim se manifesta Joaquim B. Barbosa Gomes<sup>12</sup>:

Atualmente, as ações afirmativas podem ser definidas como um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como

---

<sup>10</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. atual. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2003 p. 17.

<sup>11</sup> Op. cit. p. 72.

<sup>12</sup> GOMES, op. cit., 2001, p. 39.

a educação e o emprego. Diferentemente das políticas governamentais antidiscriminatórias baseadas em leis de conteúdo meramente proibitivo, que se singularizam por oferecerem às respectivas vítimas tão somente instrumentos jurídicos de caráter reparatório e de intervenção *ex post facto*, as ações afirmativas têm natureza multifacetária, e visam a evitar que a discriminação se verifique nas formas usualmente conhecidas – isto é, formalmente, por meio de normas de aplicação geral ou específica, ou através de mecanismos informais, difusos, estruturais, enraizados nas práticas culturais e no imaginário coletivo. Em síntese, trata-se de políticas e de mecanismos de inclusão concebidos por entidades públicas, privadas e por órgãos dotados de competência jurisdicional, com vistas à concretização de um objetivo constitucional universalmente reconhecido – o da efetiva igualdade de oportunidades a que todos os seres humanos têm direito.

Por assim dizer, a sociedade demanda do Estado, e mesmo da iniciativa privada, o compromisso do resgate das minorias e dos grupos vulneráveis, compostos por aqueles que sofreram e sofrem discriminações que os afastam do acesso a direitos que lhes são declarados. E a essas pessoas deve se garantir que tenham uma vida tão igual quanto possível à das demais pessoas consideradas *incluídas*.

### **3 MINORIAS NO CENÁRIO JURÍDICO BRASILEIRO**

Há muitas minorias que, às vezes, não representam necessariamente a correspondência a uma exata minoria, mas mesmo a uma maioria; uma maioria de pessoas se analisarmos o contingente numérico.

Minorias é o conceito que se adota com a finalidade de indicar que certas pessoas sofrem discriminações, tendo seus direitos de cidadania desrespeitados.

Observamos que o “termo minoria é, portanto, um termo claramente polissêmico e de apreensão conceitual tormentosa, fruto, especialmente, de sua aplicação e mesmo natureza extremamente variada em face dos diversos grupos classificados como minoritários”.<sup>13</sup>

Canotilho considera que:

---

<sup>13</sup> MINHOTO, op. cit., 2009, p. 21.

No seio das sociedades inclusivas vivem minorias nacionais, étnicas, religiosas e lingüísticas. [...] A noção de minorias e de direito de minorias levanta muitos problemas. **Minoria** será, fundamentalmente, um grupo de cidadãos de um Estado, em minoria numérica ou em posição de não dominante nesse Estado, dotado de características étnicas, religiosas ou lingüísticas que diferem das da maioria da população, solidários uns com os outros e animados de uma vontade de sobrevivência e de afirmação da igualdade de facto e de direitos com a maioria.<sup>14</sup>

A definição de Canotilho poderia ser considerada demasiado restritiva se as características de etnia, religião ou língua fossem consideradas *numerus clausus* distintivos de minorias, o que, por certo, seria equivocado. As características apresentadas na definição de minorias são apenas ilustrativas, visto que os fatores de desigualação, quer como instrumento para a promoção da inclusão, quer como alça dos estratagemas da discriminação, podem ser questões associadas ao gênero, à posição social etc.<sup>15</sup>

Nesse condão, pode-se indicar, exemplificativamente, como pessoas que integram as minorias<sup>16</sup> as pessoas com deficiência e os idosos. As *minorias*, quaisquer que sejam, necessitam de um tratamento diferenciado para que possam ser incluídas no seio da sociedade.

O tratamento diferenciado, que se sedimenta na observância no princípio constitucional da isonomia, reveste-se de seu significado reverso, qual seja, a discriminação positiva, enfim, o princípio da igualdade, visto sob o enfoque de seu mais profundo significado.

Ora, para que se viabilize dispensar tratamento inclusivista às pessoas que ocupam o quadrante das minorias, faz-se necessária a análise de alguns tópicos traçados pela doutrina, sendo frequentemente citada a obra de Celso

---

<sup>14</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1993, p. 387

<sup>15</sup> ALVES, Fernando de Brito. **Margens do direito**: a nova fundamentação dos direito de minorias. Porto Alegre, RS: Núria Fabris, 2010.

<sup>16</sup> Terminologia questionada por SÉGUIN, Elida. **Minorias e grupos vulneráveis**: uma abordagem jurídica. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2002, p. 9, vez que conceituar minorias é complexo, já que não condiz com um contingente numericamente inferior, como grupos de indivíduos, destacados por uma característica que os distingue dos outros habitantes do país, estando em quantidade menor, em relação à população deste, devendo ser sopesada a realidade jurídica ante as conquistas modernas.

Antônio Bandeira de Mello, intitulada: *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, em que o autor consigna, dentre outros preciosos ensinamentos, que:

Com efeito, por via do princípio da igualdade, o que a ordem jurídica pretende firmar é a impossibilidade de desequiparações fortuitas ou injustificadas. Para atingir este bem, este valor absorvido pelo Direito, o sistema normativo concebeu fórmula hábil que interdita, o quanto possível, tais resultados, posto que, exigindo igualdade, assegura que os preceitos genéricos, os abstratos e atos concretos colham a todos sem especificações arbitrárias, assim proveitosas que detrimosas para os atingidos.<sup>17</sup>

O princípio da igualdade é o mais invocado entre todos no texto constitucional e, como aponta Maria Berenice Dias, com ele: “[...] é outorgada específica proteção a todos, vedando discriminação e preconceitos por motivo de origem, raça, sexo ou idade”.<sup>18</sup>

Ademais, é insuficiente a lei assegurar direitos equânimes, ou seja, assegurar que não sejam feitas distinções que nem a própria legislação tenha estabelecido, como dispõem os arts. 3º, IV, e 5º, *caput* da Constituição Federal, que tratam, em suma, sobre o impedimento de preconceito e discriminação de toda e qualquer natureza e inviolabilidade de diversos direitos, pois necessário se faz estabelecer outros critérios para que se atinja a igualdade, de modo eficaz, com o que a igualdade material requer o “[...] tratamento prioritário e diferenciado àqueles grupos ou pessoas que são carecedores da igualdade, em razão de circunstâncias específicas”.<sup>19</sup>

É exatamente isso: devemos buscar o cristalino significado da máxima aristotélica, que preconiza: *a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais*, pois não é suficiente tratar de modo igual os iguais e desigualmente os desiguais; mais que isso, é necessário estabelecer quem são desiguais e qual a extensão desta desigualdade.

A motivação desta definição é exatamente o que vem justificar a atuação do Estado, na diminuição de obstaculizações no convívio social destes

---

<sup>17</sup> MELLO, op. cit., 2003, p. 18.

<sup>18</sup> DIAS, Maria Berenice. A igualdade desigual. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, n. 2, p. 51-68, 2003, p. 52.

<sup>19</sup> VILAS-BÔAS, Renata Malta. *Ações afirmativas e o princípio da igualdade*. Rio de Janeiro, RJ: América Jurídica, 2003 p. 21.

considerados *desiguais*, através de políticas públicas, intervenção estatal, ações afirmativas e outras técnicas que tenham como objetivo o rechaçamento da discriminação e marginalização social. São, em síntese, as discriminações positivas<sup>20</sup>.

É através da discriminação positiva que se preserva o princípio da igualdade, pois por meio dela busca-se igualar as pessoas e grupos sociais (componentes das minorias) que se encontram numa posição de inferioridade ou mesmo desequilíbrio dentro do contexto social, seja ela socioeconômica, social, cultural e/ou biológica, e ainda distribuir melhor as oportunidades presentes.

A vulnerabilidade e exclusão social de determinados grupos requereram a dispensa de tratamento diferenciado pelo legislador, com o fim de aplicar a igualdade de fato, invertendo o próprio conceito de discriminação (negativa), importando beneficiar uma minoria.

Não obstante, como asseverado, a nomenclatura *minorias* não corresponde necessariamente à representatividade numérica, posto que muitas vezes compreende, mesmo, uma grande massa populacional, como restará demonstrado.

Diversas são as categorias de pessoas que vivem em condições de marginalização social; entretanto, com o objetivo de melhor elucidação do tema, propusemo-nos a comentar a categoria das pessoas com deficiência.

#### **4 PESSOA COM DEFICIÊNCIA**

A história mostra-nos que diversas discussões já foram travadas entre os doutrinadores e os legisladores, para estabelecer-se a definição de pessoa portadora de deficiência,<sup>21</sup> algumas enfocam a falha, a imperfeição das pessoas, outras se restringem a comentar a deficiência física, mental e sensorial que portam estas pessoas.

Ao se recorrer aos dicionários de língua portuguesa, verifica-se que

---

<sup>20</sup> Conforme discorre PIRES, Maria José Morais. A Discriminação positiva no direito internacional e europeu dos direitos do homem. **Documentação e Direito Comparado**, Lisboa, n. 63/64, p. 18-19, 1995: “a discriminação positiva traduz-se na adoção de normas jurídicas que prevêm um tratamento distinto para certas pessoas ou categorias de pessoas visando a garantir-lhes uma igualdade material em relação aos outros membros da sociedade”.

<sup>21</sup> A nomenclatura pessoa portadora de deficiência não é a única, outras já foram empregadas, a Constituição de 1967 utilizava a expressão *excepcional* ao tratar desta categoria de pessoas, enquanto com a Emenda nº 12, de 1978, utilizou-se o termo *deficiente*; e esta, ora adotada pela Constituição Federal de 1988.

o termo *pessoa portadora de deficiência* não é encontrado e, com o objetivo de centrar a pesquisa, ao buscar pelo vocábulo *deficiente*, face à proximidade com aquele, vê-se que tem como definição aquilo que carece de algo, que é falho, incompleto.

Veja a definição de Francisco Fernandes: “*Deficiente* – sin. imperfeito, falho, incompleto, insuficiente [...]”,<sup>22</sup> cujos sinônimos compõem ainda a obra elaborada em conjunto com os autores Celso Pedro Luft e F. Marques Guimarães;<sup>23</sup> de maneira idêntica Aurélio Buarque de Holanda Ferreira<sup>24</sup> conceitua, acrescentando-lhes os termos: *falto* e *carente*, sendo da mesma forma definido aquele termo por Maria Tereza Biderman,<sup>25</sup> Francisco da Silveira Bueno<sup>26</sup> e Caldas Aulete,<sup>27</sup> ora excetuando-se um ou outro sinônimo.

E mais: segundo conceito filosófico, José Ferrater Mora explicita o aludido termo:

*Deficiente*. Uma entidade é deficiente quando se acha privada de algo que lhe pertence; nesse sentido, a deficiência é equiparável à privação [...]. Os escolásticos usaram os termos *defectivus*, *deficiens* e *defectibilis* referindo-se a certas causas ou a certos efeitos. Santo Tomás (S. Theol. I, XLIX, 01 ob. 03 ad. 03) fala da causa defectiva *sive deficiens sive defectibilis* (causa deficiente). Um efeito deficiente, como o mal, só pode proceder de semelhante causa. O deficiente é o mal, e a causa do mal é o próprio mal [...].<sup>28</sup>

No dicionário jurídico de Jônatas Milhomens e Geraldo Magela Alves,<sup>29</sup>

<sup>22</sup> FERNANDES, Francisco. **Dicionário de sinônimos e antônimos da língua portuguesa**: de acordo com a ortografia oficial brasileira. 41. ed. rev. e ampl. São Paulo, SP: Globo, 2002, p. 264.

<sup>23</sup> FERNANDES, Francisco; GUIMARÃES, F. Marques; LUFT, Celso Pedro. **Dicionário brasileiro Globo**. 33. ed. São Paulo, SP: Globo, [S.d.]. p. 130.

<sup>24</sup> FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário da língua portuguesa**. 2. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro, RJ: Nova Fronteira, 1986, p. 528.

<sup>25</sup> BIDERMAN, Maria Tereza. **Dicionário contemporâneo de português**. Petrópolis, RJ: Vozes, 1992, p. 267.

<sup>26</sup> BUENO, Francisco da Silveira. **Grande dicionário etimológico-prosódico da língua portuguesa**: vocábulos, expressões da língua geral e científica – sinônimos – contribuições do tupi-guarani. São Paulo, SP: Saraiva, 1968, 2 v. p. 884.

<sup>27</sup> CALDAS, Aulete. **Dicionário contemporâneo da língua portuguesa**. 2. ed. rev. atual e aum. Rio de Janeiro, RJ: Delta, 1967, v. 2, p. 1070.

<sup>28</sup> MORA, José Ferrater. **Dicionário de filosofia (A-D)**. São Paulo, SP: Loyola, 2000, tomo I, p. 651.

<sup>29</sup> ALVES, Geraldo Magela; MILHOMENS, Jônatas. **Vocabulário prático de direito**: doutrina, legislação, jurisprudência, formulário. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2000, p. 335.

é encontrado o termo *deficiente físico*, para o qual não consta definição, somente é elencado em generalidades, a competência dos entes federativos para a salvaguarda dos vários direitos destas pessoas, como a reserva de vagas para cargos e empregos públicos; assistência social para habilitação, reabilitação e integração à vida comunitária, bem como garantia de um salário mínimo de benefício mensal; promoção de criação de programas de prevenção e atendimento especializado.

Inobstante, o tratamento legislativo dado ao conceito é, de fato, diferente. Pois bem, no Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999, que regulamenta a Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, a qual dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, consolida as normas de proteção e dá outras providências, em seu art. 3º é conceituada *deficiência* como sendo toda perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica que gera incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano.

Já o Decreto nº 5.296/04, que regulamenta a Lei nº 10.048, de 8 de novembro de 2000, que dá prioridade de atendimento às pessoas que especifica e a Lei nº 10.098, de 19 de dezembro de 2000, que estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, nas alíneas do art. 5º, § 1º, inc. I, considera como pessoas portadoras de deficiência as que possuem limitação ou incapacidade para o desempenho de atividade e se enquadram nas categorias de deficiência física, auditiva, visual, mental e múltipla, especificando cada uma delas.

Saliente-se, ainda, que a Lei nº 10.690, de 16 de junho de 2003, a qual promoveu alterações no texto da Lei nº 8.989, de 24 de fevereiro de 1995, define que pessoa portadora de deficiência, para obter o benefício de isenção do pagamento do imposto sobre produtos industrializados, precisa se enquadrar nas regras entabuladas no art. 1º, §§ 1º e 2º da lei referenciada, quais sejam:

Art. 1º: [...].

[...]

§ 1º – [...] considerada também pessoa portadora de deficiência física aquela que apresenta alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento da função física, apresentando-se sob a forma de paraplegia, paraparesia,

monoplegia, monoparesia, tetraplegia, tetraparesia, triplegia, triparesia, hemiplegia, hemiparesia, amputação ou ausência de membro, paralisia cerebral, membros com deformidade congênita ou adquirida, exceto as deformidades estéticas e as que não produzam dificuldades para o desempenho de funções.

§ 2º – [...] é considerada pessoa portadora de deficiência visual aquela que apresenta acuidade visual igual ou menor que 20/200 (tabela de Snellen) no melhor olho, após a melhor correção, ou campo visual inferior a 20º, ou ocorrência simultânea de ambas as situações.

A Organização das Nações Unidas, através da Resolução nº 3.447, de 9 de dezembro de 1975, definiu *pessoa portadora de deficiência*, da seguinte maneira:

Qualquer pessoa incapaz de assegurar por si mesma, total ou parcialmente, as necessidades de uma vida individual ou social normal, em decorrência de uma deficiência, congênita ou não, em suas capacidades físicas ou mentais.

Portanto, não há um consenso a respeito da conceituação, já que se condiciona a finalidades específicas, para que então se acresçam palavras à atribuição do significado do termo. Em linhas gerais poder-se-ia sedimentar a afirmação de que as pessoas que têm falha ou imperfeição em determinado *sentido* ou *função* estariam enquadradas como sendo pessoa portadora de deficiência.

Entretanto, como bem assevera Luiz Alberto David Araujo,<sup>30</sup> a questão não é tão singela, pois há circunstâncias em que, muito embora enquadrada como sendo pessoa portadora de deficiência, a mesma não tem falha alguma, como é o caso das pessoas com “altas habilidades”, que na realidade portam um *plus*, algo que se acresce às pessoas intituladas *normais*.

Com respeito às suas conceituações, a mais completa das definições é a de Luiz Alberto David Araujo, vejamos:

[...] o que define a pessoa portadora de deficiência não é a falta de um membro nem a visão ou audição reduzida.

---

<sup>30</sup> ARAUJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência**. 3. ed. rev. ampl. e atual. Brasília, DF: CORDE, 2003, p. 23.

O que caracteriza a pessoa portadora de deficiência é a dificuldade de se relacionar, de se integrar na sociedade. O grau de dificuldade para a integração social é que definirá quem é ou não portador de deficiência.<sup>31</sup>

Importa salientar que a mencionada falha não estaria no indivíduo, mas no seu relacionamento com a sociedade, uma vez que, no dizer de Sebastião Vila Nova<sup>32</sup> é imprescindível a socialização não apenas para a integração do indivíduo na sociedade, mas para a continuidade dos sistemas sociais.

Em suma, enfatiza-se a dificuldade do convívio social destas pessoas, o sofrimento enfrentado para a prática de atos corriqueiros, como ir à escola, ter acesso a um emprego, ter tratamento de saúde, etc.

## **5 DO SUBSTÂNCIALISMO NAS DECISÕES JUDICIAS**

Atualmente uma das grandes celeumas existentes acerca das decisões judiciais, repousa acerca de sua efetividade, a qual muitas vezes encontra obstáculos em procedimentos burocráticos criados pelo Poder Legislativo, que legisla de maneira pontualmente inadequada, tornando a atividade do magistrado truncada, em face dos procedimentos que estabelece.

Deste modo, devemos nos debruçar sobre a análise destes imbróglios, uma vez que obstar a prestação da tutela jurisdicional de maneira justa e efetiva é o mesmo que reduzir a efetividades destas decisões a zero, torná-las meros mecanismos declaratórios, deixando de cumprir sua função essencial, que é de trazer mudanças no contexto social, estabelecendo os matizes de uma inclusão social substantiva.

A análise dos temas procedimento e substância vem há longo tempo permeando estudos jurídicos, fazendo com que grande parte da doutrina se dedique ao estudo do tema, sendo que até hoje permeiam dúvidas nesta seara.

Em regra, devemos pensar na prevalência do *substancialismo* sobre o *procedimentalismo*, no que tange à atividade jurisdicional, afinal as decisões devem ser vistas como decisões efetivas, não ficando à mercê de procedimentos burocráticos que servem apenas para obstar a atividade do magistrado. Não se quer, contudo, afirmar a desnecessidade do procedimento; o que se pretende é

---

<sup>31</sup> Ibidem, 2003, p. 23-24.

<sup>32</sup> VILA NOVA, Sebastião. **Introdução à sociologia**. 4. ed. rev. e aum. São Paulo, SP: Atlas, 1999, p. 44.

encará-lo de forma crítica, afirmando sua função preponderantemente social.

Nesta senda, o magistrado deve ser encarado como tendo por escopo precípua prolatar decisões imbuídas de efetividade e que realmente alcançam os objetivos constitucionais de igualdade.

Em síntese, devemos concluir que, sempre que se a atividade jurisdicional tiver como objeto, *direitos da pessoa com deficiência*, deve o julgador atuar de forma a efetivar estes direitos, prolatando decisões efetivas, e oferecendo mecanismos para cumprimento das mesmas. A legislação vigente confere ao julgador mecanismos para fazer cumprir suas decisões, bastando, portanto, que este esteja comprometido com suas funções, e ainda mais, que esteja ciente do papel social que reveste sua função.

## 5.1 SUBSTANCIALISMO VERSUS SIMBOLISMO LEGISLATIVO.

Outro ponto que nos parece merecer uma melhor análise é o fato de que, algumas vezes, as legislações que reconhecem direitos às pessoas com deficiência estão imbuídas de um *simbolismo*, que se traduz em ineficácia e as deixa sem possibilidades de serem exigidas perante o Poder Judiciário.

Nesta seara, são oportunas as lições de Marcelo Neves:

Quando, porém, a nova legislação constitui apenas mais uma tentativa de apresentar ao Estado como identificado com os valores ou fins por ela formalmente protegidos, sem qualquer novo resultado quanto à concretização normativa, evidentemente estaremos diante de um caso de legislação simbólica.<sup>33</sup> (*grifos inexistentes no original*)

A função simbólica das declarações contidas nos textos normativos, de um modo geral, pode servir também à interpretação e, portanto, à concretização normativa do texto<sup>34</sup>; desta forma, o fato de uma legislação ser considerada simbólica não a eiva, necessariamente, de uma carga axiológico-normativa negativa.

Não obstante, é de se reconhecer que, “a legislação simbólica destinada primariamente à confirmação de valores sociais tem sido tratada basicamente

---

<sup>33</sup> NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo, SP: WMF Martins Fontes, 2007, p. 33.

<sup>34</sup> *Ibidem*, 2007, p. 32.

como meio de diferenciar grupos e os respectivos valores ou interesses.”<sup>35</sup> Isso porque, “o legislador, muitas vezes sob pressão direta do público, elabora diplomas normativos para satisfazer as expectativas dos cidadãos, sem que com isso haja o mínimo de condições de efetivação das respectivas normas.”<sup>36</sup>

Ainda sobre a função simbólica da legislação, afirma o eminente doutrinador Walter Claudius Rothenburg que ela é uma faceta da função instrumental do Direito. A função simbólica serve, em algumas circunstâncias, para reforçar o papel de álibi que as Constituições e as legislações, ao seu turno, podem desempenhar, não apenas deixando de resolver problemas, mas também obstaculizando suas resoluções. Da mesma forma pode haver, na expressão de Marcelo Neves, “a prevalência do seu significado ‘político-ideológico’ latente em detrimento do seu sentido normativo-jurídico aparente.”<sup>37</sup>

Com fundamento nos autores em comento, é possível constatar que a legislação simbólica possui uma tríplice função: a) ela confirma valores sociais; b) ela demonstra a capacidade de ação do Estado (função de legislação álibi, na medida em que cria uma imagem positiva do Estado no que concerne à solução de problemas sociais) e; c) formula compromissos dilatórios, porque protela a resolução dos retro-referidos problemas.

As legislações relacionadas à pessoa portadora de deficiência podem assumir a função de legislação simbólica pelos inúmeros procedimentos burocráticos a que submetem desnecessariamente essas pessoas, muitas vezes, inclusive, a fim de se produzir prova de sua deficiência intuitivamente constatável ou evidentemente aparente.

Isso faz com que essas legislações, e a própria Constituição, padeçam de um déficit de concretização jurídico-normativa, obstaculizando a inclusão das pessoas portadoras de deficiência ao invés de favorecê-la.

Essa inadequação existente entre a legislação simbólica (formal) e a realidade material, denota a inadequação do poder político no atender das demandas de normalização que nascem das tensões e lutas das minorias por inclusão social.

Agora, frente a estas legislações, qual seria o papel do magistrado, qual seria a forma de atuação do Poder Judiciário? Parece-nos que incumbe ao juiz oferecer soluções aos casos concretos que contemplem possam prestigiar

---

<sup>35</sup> Ibidem, 2007, p. 35.

<sup>36</sup> Ibidem, 2007, p. 36.

<sup>37</sup> ROTHENBURG, Walter Claudius. Constituição e suas representações. In: \_\_\_\_\_. **Direito Constitucional**. São Paulo, SP: Verbatim, 2010.

o mínimo necessário destes direitos materiais previstos nas legislações pretensamente simbólicas, reduzindo progressivamente o seu déficit de efetividade, especialmente quando se tratar da pessoa com deficiência, em razão da natureza dos direitos em questão.

Uma alternativa ao simbolismo legislativo seria o que o moderno constitucionalismo denomina de substancialismo constitucional, de autores como Canotilho<sup>38</sup>, Miranda<sup>39</sup>, Bonavides<sup>40</sup>, Streck<sup>41</sup>, entre outros, que, embora reconheçam as conotações políticas dos textos normativos, mormente o constitucional, afirmam o seu papel vinculante e programático no sentido de promover justiça e inclusão.

A Constituição como elemento integrado/conformado e integrador/conformador da sociedade reflete seus compromissos fundamentais, de modo que o constitucionalismo dirigente e compromissário assumido pela Constituição de 1988 não está esgotado pelo rol de direitos que declara, mas deve ser complementado pela atividade legislativa e jurisdicional, no sentido da realização substantiva dos valores que consagrou, na medida em que toda Constituição acena para o futuro.

Isso significa que o substancialismo assume como possibilidade concreta a judicialização das políticas, especialmente as políticas públicas de inclusão, quando isso for necessário para a implementação dos direitos das minorias.

Streck afirma que:

[...] mais do que equilibrar e harmonizar os demais poderes, o Judiciário deveria assumir o papel de um intérprete que põe em evidência, inclusive contra maiorias eventuais, a vontade feral implícita no direito positivo, especialmente nos textos constitucionais, e nos princípios selecionados como de valor permanente na sua cultura de origem e na do Ocidente. O modelo substancialista – que, em grande parte aqui subscrevo – trabalha na perspectiva de que a Constituição é a explicitação do contrato social. [...] Na perspectiva substancialista, concebe-se ao Poder Judiciário uma nova inserção no âmbito das relações dos

---

<sup>38</sup> CANOTILHO, op. cit., 1991, 1993, 2000.

<sup>39</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1996. Tomo II.

<sup>40</sup> BONAVIDES, Paulo. **A constituição aberta**. 2. ed. São Paulo, SP: Malheiros, 1996.

<sup>41</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 3. ed. rev. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2001.

poderes de Estado, levando-o a transcender as funções de *checks and balances*.<sup>42</sup>

Nesse sentido, uma vez estabelecidos como compromissos fundamentais do Estado brasileiro a promoção da igualdade e da inclusão, inclusive das pessoas portadoras de deficiência, e constatado o papel simbólico da legislação constitucional que esvazia e provoca um déficit de efetividade constitucional, o Poder Judiciário, assumindo uma postura substancialista, deve fazer concretizar a Constituição como contrato social, posto que expressa os valores constitucionais/constituintes da ordem social a que se dirige.

## 5.2 DIREITOS FUNDAMENTAIS: PRINCÍPIOS E REGRAS. BREVE ANÁLISE SOBRE OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA “INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO” E DA “RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO”.

Os direitos fundamentais constituem elementos fundantes das Constituições democráticas modernas. Entre as diversas relações estabelecidas pelos marcos constitucionais contemporâneos, destacam-se a presença invariável de direitos ou princípios dirigidos à proteção da dignidade da pessoa humana.

No específico caso brasileiro, os direitos fundamentais não se restringem aos catalogados no Título II da Constituição. A categoria de direito fundamental é extensível a todos aqueles direitos cujas características intrínsecas atribuem a eles conotações de fundamentalidade de acordo com os princípios adotados pelo sistema constitucional.

Dentre as características principais dos direitos fundamentais, pode-se enaltecer o fato de possuírem, em sua maioria, uma alta carga de eficácia, com a previsão, inclusive, de aplicabilidade imediata e vinculação direta dos entes públicos (Art. 5º, § 1º, da Constituição Federal), bem como pelo fato de não poderem ser abolidos pelo constituinte derivado (Art. 60, § 4º, IV, da Constituição Federal de 1988), o que os diferencia das demais normas constitucionais, muito embora tais disposições, ou características, possam eventualmente aproximá-los da noção de legislação simbólica.

A aplicabilidade imediata das normas de direito fundamental vincula de forma direta o poder público na sua concretização, seja na criação de leis, seja

---

<sup>42</sup> STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do estado**. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2000.

na aplicação ao caso concreto pelo magistrado ou pelos próprios responsáveis pela administração pública, o que denota que não são programas de caráter políticos, mas comandos normativos cogentes, que independem de quaisquer providências para atingir eficácia plena.

A doutrina, ancorada na concepção tradicional, utiliza diversos critérios para distinguir as normas de direito fundamentais em princípios e regras, como, por exemplo, o da abstração, da fundamentalidade, da hierarquia, da generalidade dentre outros.

Lucia Valle Figueiredo, por exemplo, ensina-nos que os princípios são: “[...] normas gerais, abstratas, não necessariamente positivadas expressamente, porém às quais todo ordenamento jurídico, que se construa, com a finalidade de ser um Estado Democrático de Direito, em sentido material deve respeito.”<sup>43</sup>

No mesmo sentido, Roque Antonio Carrazza, para quem:

Princípio jurídico é um enunciado lógico, implícito ou explícito, que, por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos vastos quadrantes do Direito e, por isso mesmo, vincula, de modo inexorável, o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam.<sup>44</sup>

Marcelo Harger conceitua os princípios como sendo:

[...] normas positivadas ou implícitas no ordenamento jurídico, com um grau de generalidade e abstração elevado e que, em virtude disso, não possuem hipóteses de aplicação pré-determinadas, embora exerçam um papel de preponderância em relação às demais regras, que não podem contrariá-los, por serem as vigas mestras do ordenamento jurídico e representarem os valores positivados fundamentais da sociedade.<sup>45</sup>

Vide, ainda, a definição de princípio realizada por Mauricio Antonio Ribeiro Lopes, para quem constitui:

---

<sup>43</sup> FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo, SP: Malheiros, 2001, p. 38.

<sup>44</sup> CARRAZZA, Antonio Roque. **Curso de direito tributário**. 10. ed. São Paulo, SP: Malheiros, 1997, p. 31.

<sup>45</sup> HARGER, Marcelo. **Princípios constitucionais do processo administrativo**. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2001, p. 16.

[...] mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele; disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.<sup>46</sup>

Como é possível observar, ao conceituarem os princípios, os autores levam em consideração diversos critérios, como o da fundamentalidade, quando afirmam serem os mesmos *mandamentos nucleares de um sistema*; da abstração, ao sustentarem que os mesmos *possuem uma alta carga de abstração*; da hierarquia, quando afirmam que são considerados como normas *superiores* dentro do ordenamento jurídico.

No entanto, utilizaremos nesse trabalho dos ensinamentos de Robert Alexy que, ao criar a sua *Teoria dos Direitos Fundamentais*, leva em consideração a estrutura normativa em seu aspecto qualitativo para realizar a diferenciação entre as regras e os princípios. Vejamos:

*Hasta ahora, lo que interesaba era el concepto de la norma de derecho fundamental o iusfundamental. Ahora hay que considerar su estructura. A tal fin, pueden llevarse a cabo numerosas distinciones teórico-estructurales. Para la teoría de los derechos fundamentales, la más importante es la distinción entre reglas y principios. Ella constituye la base de la fundamentación iusfundamental y es una clave para la solución de problemas centrales de la dogmática de los derechos fundamentales. Sin ella, no puede existir una teoría adecuada de los límites, ni una teoría satisfactoria de la colisión y tampoco una teoría suficiente acerca del papel que juegan los derechos fundamentales en el sistema jurídico. Es un elemento básico no sólo de la dogmática de los derechos de libertad e igualdad, sino también de los derechos a protección, organización y procedimiento y a prestaciones en sentido estricto.<sup>47-48</sup>*

---

<sup>46</sup> LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. Garantia de acesso à justiça: assistência judiciária e seu perfil constitucional. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.). **Garantias constitucionais do processo civil**. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 1999 p. 55.

<sup>47</sup> ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002 p. 81.

<sup>48</sup> Tradução livre do autor: “Até agora, o que interessava era o conceito da norma de direito fundamental

Assim, verifica-se que, segundo o posicionamento de Robert Alexy, as regras jurídicas são normas que, desde que sejam válidas, devem ser aplicadas na medida do tudo ou nada, ou seja, por completo. Já os princípios, segundo o aludido autor alemão, são normas que somente exigem que algo seja realizado na maior medida possível diante das possibilidades fáticas e jurídicas existentes, consistindo em verdadeiros *mandamentos de otimização*.<sup>49</sup>

Ainda, de acordo com referido autor, as regras são analisadas em sua dimensão valorativa, enquanto os princípios são analisados na dimensão de peso e, portanto, admitem conformações.

Desse modo, se uma regra é válida deve se fazer exatamente o que ela exige, nem mais nem menos; diferentemente dos princípios que apenas ordenam que algo seja feito da melhor forma e na maior medida possível.<sup>50</sup>

A regra somente pode ser excluída do ordenamento jurídico e ser declarada *inválida*, no sentido *lato* da expressão, caso não contenha uma cláusula de exceção e sobrevenha outra (nova) regra tratando do mesmo assunto (critério de exclusão de ordem cronológica), ou se outra lei de hierarquia superior dispor de forma diversa sobre o mesmo assunto (critério de exclusão de ordem hierárquica), ou ainda, se sobrevier legislação especial passando a tratar a matéria de forma diversa (critério de exclusão levando em conta a especialidade da matéria tratada).

Portanto, ao verificar o extenso rol de direitos e garantias fundamentais previstos, principalmente, no Título II da Constituição, ou em outros dispositivos espalhados pelo aludido texto, é possível verificar que os mesmos podem ser preenchidos tanto por regras jurídicas quanto por princípios.

Em que pese a especial característica da fundamentalidade dessas normas, inclusive com a previsão de aplicabilidade imediata (§ 1º, art. 5º da Constituição Federal de 1988), pode-se afirmar que nem todas podem ser consideradas princípios – pelo menos não no enfoque dado por Robert Alexy, que utiliza do critério estrutural qualitativo –, pois muitas delas regulam fatos

---

ou iusfundamental. Agora há que se considerar sua estrutura. Para esse fim, podem levar em conta numerosas distinções teórico-estruturais. Para a teoria dos direitos fundamentais, a mais importante é a distinção entre regras e princípios. Ela constitui a base da fundamentação iusfundamental e é uma chave para a solução dos problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais. Sem ela, não pode existir uma teoria adequada dos limites, nem uma teoria satisfatória da colisão e muito menos uma teoria suficiente acerca do papel que desempenham os direitos fundamentais no sistema jurídico. É um elemento básico não somente da dogmática dos direitos fundamentais de liberdade e igualdade, senão também dos direitos de proteção, organização e procedimento e a prestação em sentido estrito”.

<sup>49</sup> Ibidem, 2002, p. 86-87.

<sup>50</sup> Nesse sentido: Idem, 2002, p. 86-87.

específicos e concretos na medida do *tudo ou nada*, devendo, desta forma, serem consideradas regras jurídicas.

Dessa forma, pode-se concluir que os direitos e garantias fundamentais podem ser compostos tanto por regras quanto por princípios, bem como afirmar que existem regras regendo direitos fundamentais, assim como existem princípios que não estão enquadrados nessas disposições, pelo menos na visão de Robert Alexy.

No entanto, o que nos interessa aqui para o desenvolvimento desse trabalho é nos ater as normas de direito fundamental de caráter processual, em especial as que rezam sobre a efetividade e celeridade da tutela jurisdicional, as quais constituem os princípios constitucionais da inafastabilidade da jurisdição e o princípio constitucional da razoável duração do processo (Art. 5º, incs. XXXV e LXXVIII, da Constituição Federal), constituindo os mesmos em verdadeiros *mandamentos de otimização* e, dessa forma, irradiando os seus efeitos para todo o ordenamento jurídico, seja na utilização, no plano concreto, pelo magistrado, como pelo legislador no plano abstrato.

## **6 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Neste contexto pudemos vislumbrar a necessidade de repensarmos o processo, de visualizarmos o processo como um mecanismo efetivo para a efetividade de direitos fundamentais, como instrumento eficaz para a concretização da inclusão social.

O tratamento inadequado atinente às minorias em geral e às pessoas com deficiência, consideradas como minoria particularmente estudada neste texto, aponta para o déficit axiológico-normativo, tanto das normas, quanto das políticas de inclusão.

Notamos que a legislação simbólica apresenta-se de maneira invariavelmente maléfica, posto que simula, é *álibi* e retarda os processos sociais, embora algumas vezes possa tornar-se efetiva e trazer benefícios, como é o caso dos preâmbulos nos textos constitucionais, ou mesmo as declarações internacionais, onde tais dispositivos, mesmo que imbuídos de um caráter simbólico, conduzem a uma interpretação adequada dos diplomas legais aos quais se referem.

Por fim, é forçoso concluirmos que a maior mudança a ser implementada pelo Poder Judiciário, rumo a prestação da tutela jurisdicional adequada, deve ser ideológica.

## REFERÊNCIAS

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. Processo, igualdade e justiça. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, São Paulo, n. 2, p. 165-198, jul./dez. 2003.

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ALVES, Geraldo Magela; MILHOMENS, Jônatas. **Vocabulário prático de direito**: doutrina, legislação, jurisprudência, formulário. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2000.

ALVES, Fernando de Brito. **Margens do direito**: a nova fundamentação dos direito de minorias. Porto Alegre, RS: Núria Fabris, 2010.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência**. 3. ed. rev. ampl. e atual. Brasília, DF: CORDE, 2003.

BIDERMAN, Maria Tereza. **Dicionário contemporâneo de português**. Petrópolis, RJ: Vozes, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **A constituição aberta**. 2. ed. São Paulo, SP: Malheiros, 1996.

BUENO, Francisco da Silveira. **Grande dicionário etimológico-prosódico da língua portuguesa**: vocábulos, expressões da língua geral e científica – sinônimos – contribuições do tupi-guarani. São Paulo, SP: Saraiva, 1968. v. 2.

CALDAS, Aulete. **Dicionário contemporâneo da língua portuguesa**. 2. ed. rev. atual e aum. Rio de Janeiro: Delta, 1967, v. 2.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 1991.

\_\_\_\_\_. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1993.

\_\_\_\_\_. **Direito constitucional e Teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CARRAZZA, Antonio Roque. **Curso de direito tributário**. 10. ed. São Paulo,

SP: Malheiros, 1997.

COELHO, Paulo Magalhães da Costa; MATIAS, Matheus Ricardo Jacon. Fundamentos filosóficos dos deveres de inclusão. In: ARAUJO, Luiz Alberto David; RAGAZZI, José Luiz (Coord.). **A proteção da pessoa portadora de deficiência um instrumento de cidadania**. Bauru, SP: Edite, 2006.

CURIONI, Rossana Teresa. Pessoas Portadoras de Deficiência: inclusão social no aspecto educacional. Uma realidade? In: DIREITO da Pessoa portadora de Deficiência: uma tarefa a ser completada. Bauru, SP: EDITE, 2003.

DIAS, Maria Berenice. A igualdade desigual. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, São Paulo, n. 2, p. 51-68, 2003.

FÁVERO, Eugênia Augusta Gonzaga. **Direitos das pessoas com deficiência: garantia de igualdade na diversidade**. Rio de Janeiro, RJ: WVA, 2004.

FERNANDES, Francisco. **Dicionário de sinônimos e antônimos da língua portuguesa**: de acordo com a ortografia oficial brasileira. 41. ed. rev. e ampl. São Paulo, SP: Globo, 2002.

FERNANDES, Francisco; GUIMARÃES, F. Marques; LUFT, Celso Pedro. **Dicionário brasileiro Globo**. 33. ed. São Paulo, SP: Globo, [19--].

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário da língua portuguesa**. 2. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro, RJ: Nova Fronteira, 1986.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo, SP: Malheiros, 2001.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ações afirmativas e princípio constitucional da igualdade**: o direito como instrumento de transformação social – a experiência dos Estados Unidos. Rio de Janeiro, RJ: Renovar, 2001.

HARGER, Marcelo. **Princípios constitucionais do processo administrativo**. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2001.

LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. Garantia de acesso à justiça: assistência judiciária e seu perfil constitucional. In: TUCCI, José Rogério Cruz e. (Coord.). **Garantias constitucionais do processo civil**. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2003.

MINHOTO, Antonio Celso Baeta (Org.). **Constituição, minorias e inclusão social**. São Paulo, SP: Rideel. 2009. (Série Temas Especiais).

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1996. Tomo II.

MORA, José Ferrater. **Dicionário de filosofia (A-D)**. São Paulo, SP: Loyola, 2000. tomo I.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação civil extravagante em vigor**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 1997.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo, SP: WMF Martins Fontes, 2007.

PIRES, Maria José Morais. A Discriminação Positiva no Direito Internacional e Europeu dos Direitos do Homem. **Documentação e Direito Comparado**, Lisboa, n. 63/64, p. 18-19, 1995.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Ação afirmativa – o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. **Revista Trimestral de Direito Público**, Belo Horizonte, n. 15, Belo Horizonte, 1996.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Constituição e suas representações. In: \_\_\_\_\_. **Direito Constitucional**. São Paulo, SP: Verbatim, 2010.

SÉGUIN, Elida. **Minorias e grupos vulneráveis: uma abordagem jurídica**. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 7. ed. rev. e atual. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2007.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do estado**. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2000.

VILAS-BÔAS, Renata Malta. **Ações afirmativas e o princípio da igualdade**. Rio de Janeiro, RJ: América Jurídica, 2003.

VILA NOVA, Sebastião. **Introdução à sociologia**. 4. ed. rev. e aum. São Paulo, SP: Atlas, 1999.

WERNECK, Claudia. **Ninguém mais vai ser bonzinho na sociedade inclusiva**. 2. ed. Rio de Janeiro, RJ: WVA, 2000.

*Recebido em: 14 janeiro 2012.*

*Aceito em: 22 junho 2012.*