

A RESSIGNIFICAÇÃO VALORATIVA DA INSTITUIÇÃO DE EDUCAÇÃO ESPECIAL PARA PESSOAL COM DEFICIÊNCIA E A FRAGILIDADE DO DECRETO N. 10.502/2020

THE VALORITY RESSIGNIFICATION OF THE SPECIAL EDUCATION INSTITUTION FOR PEOPLE WITH DISABILITIES AND THE FRAGILITY OF DECREE N. 10.502/2020

Karlos Alves Barbosa¹

Universidade Federal de Uberlândia

Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira²

Universidade de Ribeirão Preto

RESUMO

O artigo visa à análise da mudança ocorrida na perspectiva de inserção da pessoa com deficiência a partir da necessidade de se estabelecer processos de inclusão social desse grupo de vulneráveis em todos os sentidos. Assim, seja na dimensão internacional, com a realização de convenções internacionais que promoveram o debate sobre a criação de mecanismos que promovam a inserção desse grupo considerável de pessoas, seja com a incorporação desses mecanismos na ordem jurídica interna, há uma mudança de postura em relação as pessoas com deficiência. Contudo, na política educacional ainda encontramos uma certa polêmica sobre a forma de institucionalizarmos esse importante fator de inclusão da pessoa com deficiência.

Palavras-chave: Pessoas com deficiência. Direitos Fundamentais. Democracia. Inclusão. Liberdade. Decreto n. 10.502/2020.

ABSTRACT

The article aims to analyze the change that has occurred in the perspective of inclusion of people with disabilities from the need to establish processes for social inclusion of this vulnerable group in every way. Thus, whether in the international dimension, with the realization of international conventions that promoted the debate on the creation of mechanisms that promote the insertion of this considerable group of people, or with the incorporation of these mechanisms in the domestic legal order, there is a change in attitude towards people with disabilities. However, in educational policy we still find a certain controversy about how to institutionalize this important factor of inclusion of people with disabilities.

Key words: Disabled people. Fundamental rights. Democracy. Inclusion. Freedom. Decree no. 10.502/2020.

1 Advogado constitucionalista, consultor internacional em direitos humanos e arbitragem. Ex-assessor jurídico do Tribunal Constitucional da Colômbia. É pesquisador de pós-doutorado na Universidade Pompeu Fabra, em Barcelona, e professor em várias universidades na América Latina e na Europa. Contato: jorgeroaroa@gmail.com.

2 Advogado pela Universidad de Caldas. Mestre em Direito Constitucional pela Universidad Externado de Colombia. Ele é funcionário da Corte Constitucional da Colômbia. Contato: juanj.aristizaball@gmail.com.



1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente texto objetiva fazer uma abordagem sobre a mudança de perspectiva em relação às questões envolvendo as pessoas com deficiência na ordem jurídica, pois há uma ressignificação do conceito de pessoa com deficiência na ordem jurídica nacional e internacional.

O objetivo de tais mudanças é o estabelecimento e consolidação de uma visão pautada na inclusão da pessoa com deficiência nos mais variados aspectos da vida, isto é, mostrar que a deficiência está compreendida como um dos aspectos da diversidade que nos marca enquanto sociedade. A deficiência não é algo que a pessoa traz consigo, ela representa um dos aspectos da vida em sociedade e, por isso, devemos construir uma sociedade que busque a eliminação de barreiras e a plena inclusão desse grupo de pessoas vulneráveis.

Um dos aspectos mais importantes da inclusão social das pessoas com deficiência é a criação de uma política pública educacional pautada na sua inclusão social. Para que isso ocorra, o processo de alfabetização deve ocorrer na rede regular de ensino, ou seja, devem ser eliminadas todas as formas de segregação das pessoas com deficiência para garantir-lhes a integração plena.

Contudo, o decreto n. 10.502/2020 caminha em outro sentido ao não estabelecer a obrigatoriedade da inclusão das pessoas com deficiência na rede regular de ensino. Como você irá perceber ao longo do texto, existe todo um desenvolvimento legal no sentido da inclusão desse grupo de pessoas que foi desconsiderado pelo decreto.

2. A RESSIGNIFICAÇÃO VALORATIVA DOS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Constituição de 1988 representa uma mudança paradigmática na ordem jurídica brasileira em relação às pessoas com deficiência. O texto constitucional não traz um conceito de pessoa com deficiência, nem é o local adequado para fazê-lo, mas suas disposições deixam claro que existe uma nova abordagem sobre os direitos fundamentais da pessoa com deficiência, que realça o papel especial conferido à determinados direitos, em especial, no que diz respeito à sua concretização.



Preliminarmente, se fizermos uma análise do posicionamento dos direitos fundamentais no do texto constitucional perceberemos que o constituinte teve o cuidado de lhe emprestar um significado de especial, já que o seu catálogo foi posicionado no início do texto, sem prejuízo de outras disposições existentes em outros pontos específicos da Constituição de 1988. Esse posicionamento não é aleatório, ele já nos revela que a colocação dos direitos fundamentais de forma precedente a estrutura do Estado não é uma simples troca de dispositivos, ela denota a intenção do legislador de estabelecer uma tutela diferenciada, isto é, a partir da ordem constitucional de 1988 o que teremos é a releitura do papel do indivíduo na sociedade.

Essa impressão é reforçada quando percebemos a amplitude do texto, já que seus artigos e as demais disposições constantes dos seus artigos não esgotam o tema, na medida em que, tais direitos fundamentais apresentam uma tessitura aberta.

Para Luigi Ferrajoli (2012, p. 8), a redefinição do papel da democracia constitucional como sistema jurídico articulado passa, necessariamente, por duas dimensões: a dimensão formal, fundada nos direitos de autonomia e a dimensão substancial, fundada nos direitos de liberdade e na satisfação dos direitos sociais. Essas dimensões estão articuladas dentro de quatro classes de direitos fundamentais que lhes dão uma dimensão política, uma dimensão civil, uma dimensão social e uma dimensão liberal. Não será objeto do nosso trabalho discorrermos sobre cada uma das dimensões, mas devemos perceber que existem matizes que confluem para a constatação que os direitos fundamentais são fragmentos da própria soberania, sem os quais a democracia poderia ser destruída pela vontade das maiorias³.

No mesmo sentido, Gilmar Ferreira Mendes (2004, p. 1) destaca que o constituinte reconheceu que os direitos fundamentais são elementos que dão identidade e continuidade ao texto constitucional, ao considerar ilegítima qualquer forma constitucional que fosse tendente a aboli-los. Para o autor, há um reconhecimento da amplitude conferida ao texto, que reforça a impressão de que seus direitos devem ter eficácia imediata, vinculando diretamente os órgãos estatais a esses direitos e o seu dever de guardar-lhes estrita obediência.

³ Ferrajoli aponta que os direitos fundamentais são contrapoderes que uma teoria jurídica da democracia não pode ignorar os seus limites e os seus vínculos. Esses limites e vínculos são o elemento característico de tais ordenamentos, e uma teoria da democracia, necessariamente, deve levá-los em consideração.



Essa identidade é representada por um sistema complexo em que seus elementos essenciais cada vez mais são difíceis de identificação e proteção, já que a sociedade contemporânea descortina vários campos de atuação que têm contribuído para uma releitura do quadro estabelecido pelo legislador constituinte.

Sobre os direitos fundamentais é possível a formulação de uma série de teorias, se fizermos uma análise histórica, veremos que em seu nascimento o objetivo era a proteção de determinadas posições subjetivas contra a intervenção do Poder Público através da não eliminação de posições jurídicas ou da não intervenção diante de situações subjetivas que se encontravam amparadas pela ordem jurídica. Em outros momentos houve uma evolução ou um redimensionamento das suas disposições em nome de uma diferenciação existente na sociedade carecedora de intervenção por parte do Estado. Passamos a vivenciar um momento de índole positiva quanto às prestações fáticas e jurídicas a serem dispostas pelo Estado. Em outros termos, os direitos fundamentais ocupam posições distintas ao longo do seu desenvolvimento, isto é, eles cumprem diferentes funções na ordem jurídica.

Robert Alexy (2015, p. 14-15) preceitua que a dogmática dos direitos fundamentais, enquanto disciplina prática, visa uma fundamentação racional de juízos concretos de dever-ser no âmbito dos direitos fundamentais. Essa fundamentação se estabelece a partir de um percurso entre as disposições de direitos fundamentais e os correspondentes juízos, na melhor medida do possível. Ademais, os direitos fundamentais presentes nos textos constitucionais representam disposições de elevado teor axiológico que estabelecem diferentes instância de proteção ao indivíduo, que, ao lado dos direitos individuais e políticos incluem também os direitos sociais de natureza prestacional.

Dentro de uma perspectiva democrática, como a nossa, os direitos fundamentais assumem uma dimensão singular, na medida em que, eles representam instrumentos voltados para o resgate da capacidade dirigente e compromissária das promessas da modernidade, circunstância que assume um papel fundamental em nosso país, em que sequer a legalidade formal é cumprida e nos quais a esfera pública pela deficiência dos direitos substantivos (STRECK, 2009, p 50-51).

A discussão sobre os limites e sobre a vinculabilidade à constituição continua a ser um tema muito atual, especialmente, quando se projeta sobre a proteção de certos grupos de vulneráveis, como são as pessoas com deficiência. A mudança paradigmática do texto constitucional de 1988 nos permite vislumbrar que, em relação a esse grupo de vulneráveis,



o texto constitucional dimensionou a proteção dos direitos fundamentais dentro das seguintes perspectivas⁴ (MENDES, 2004, p. 3):

a) Direitos fundamentais enquanto direitos de defesa: A concepção clássica, liberal e individualista, informa que os direitos fundamentais são um marco contra as ingerências do Estado sobre a liberdade pessoal dos indivíduos. São direitos que possibilitam ao indivíduo uma esfera de autodeterminação capaz de lhe proporcionar a livre manifestação da sua personalidade (Sarlet, 2018, p. 167).

Dentro dessa perspectiva, Gilmar Ferreira Mendes (2004, p. 4) aponta que a violação dos direitos fundamentais na condição de direitos de defesa assegura ao indivíduo a pretensão de abstenção, por parte do Estado; a pretensão de revogação dessa violação; a pretensão de anulação da conduta praticada; a pretensão de imposição ao Estado de levar em conta a situação afetada através da ponderação das situações respectivas, e ainda, a pretensão de defesa, que impõe ao Estado, em casos extremos, o dever de agir contra terceiros.

Os direitos fundamentais enquanto direitos de defesa buscam inspiração jusnaturalista e são complementados por um leque de liberdades de expressão individual e coletiva. Dentro dessa perspectiva temos, a liberdade de associação, a liberdade de manifestação do pensamento, a liberdade de expressão etc. que são compreendidas junto ao direito de igualdade dos indivíduos perante a lei e a participação na vida política do Estado, através do voto e da capacidade eleitoral ativa e passiva. Todos esses direitos estabelecem uma relação muito próxima entre os direitos fundamentais e a democracia (SARLET, 2018, p. 47).

Na perspectiva da proteção das pessoas com deficiência, por exemplo, o texto constitucional proíbe qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência, no seu art. 7, inciso XXXI. Trata-se de uma inovação do texto da Constituição de 1988, já que as constituições anteriores não trouxeram nenhuma disposição nesse sentido.

4 O estabelecimento relativo às dimensões de direitos fundamentais está pautado no estudo desenvolvido por Gilmar Ferreira Mendes no livro *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, relativo aos seus estudos de Direito Constitucional. Nessa obra, buscando o fundamento em Konrad Hesse, o autor dispõe que a fruição dos direitos fundamentais somente será exitosa no contexto de uma sociedade livre, ou seja, no contexto de uma sociedade onde os indivíduos são aptos a decidir questões de seu interesse e são responsáveis pelas questões centrais de interesse da Comunidade. Nesse tópico, ainda faremos muitas referências a essa obra, não só pela qualidade do seu texto, mas pela forma didática com que o autor expõe o tema.



Essa proibição de discriminação, no âmbito do trabalho está contemplado em diversos textos internacionais, como a Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes, o Protocolo adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, bem como as Recomendações 99 e 168 da OIT e a Convenção nº 111 e a Convenção nº 159 da OIT, esta última, sendo incorporada ao texto constitucional, conforme procedimento especial estabelecido pelo § 3 do art. 5 da Constituição de 1988. Atualmente, o texto original da Convenção Internacional sobre Direitos das Pessoas com Deficiência, ratificada pelo Decreto Legislativo nº 186/2008 e o Decreto nº 6949/2009 foram incorporadas à ordem constitucional brasileira com hierarquia equivalente à emenda constitucional. Esse é apenas um exemplo em que o legislador estabelece o dever de dar tratamento isonômico às pessoas com deficiência.

b) Direitos fundamentais enquanto normas de proteção de institutos jurídicos: Enquanto normas de proteção a determinados institutos jurídicos o texto constitucional se apresenta, em alguns momentos, dependente da atuação do legislador infraconstitucional para a concretização do direito. Assim, o que se tem é uma atuação conformadora e concretizadora de alguns direitos

Podemos citar, dentre outras disposições constitucionais relativas aos direitos de pessoas com deficiência, a determinação à União, os Estados e o Distrito Federal de legislar concorrentemente sobre a proteção e integração social das pessoas com deficiência, disposta no inciso XIV do art. 24 da Constituição. Esse dispositivo está diretamente ligado a preocupação manifestada com a proteção da saúde da pessoa com deficiência, disposta no art. 23, inciso II da Constituição.

A esse respeito, a doutrina aponta que o art. 24 representa um caso de competência concorrente que visa dar suporte a uma competência material comum voltada para a proteção das pessoas com deficiência. Aliás, a constituição reserva vários comandos às pessoas com deficiência, e no plano infraconstitucional temos, por exemplo, a Lei n. 7.853/89, que dispõe sobre apoio e integração social de deficientes; o Decreto n. 3.298/99, que estabelece a Política Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, ao regulamentar a Lei n. 7.853/89; a Lei n. que dispõe sobre a Isenção do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI - para uso de pessoas com deficiência, além do Estatuto da Pessoa com Deficiência que trouxe uma série de inovações no sistema jurídico visando a integração desse grupo de vulneráveis (CANOTILHO; MENDES; SARLET; STRECK, 2018, p. 1470).



c) Direitos fundamentais como instrumentos de exercício das liberdades: ao discorrer sobre os problemas advindos da teoria geral do Estado, Georg Jellinek (2000, p. 55), aponta que os fenômenos da vida social estão divididos em duas classes: os fenômenos que são determinados por uma diretriz e aqueles que existem ou podem existir sem uma organização devida a atos de vontade. Os primeiros estão submetidos a uma ordem emanada de uma vontade consciente, ao passo que os segundos emanam de outras forças dispostas na sociedade

Na realidade, não é possível separar totalmente esses modos de ordenação social, pois os modelos não podem existir de forma independente, isto é, há uma unidade indivisa da vida social com as disposições da ordenação jurídica.

A garantia dos direitos fundamentais relativos às pessoas com deficiência decorrem de diretrizes constitucionais voltadas para o exercício pleno da liberdade e da inclusão dessas pessoas como indivíduos e cidadãos aptos a decidir sobre questões do seu interesse, de forma a realizar a plenitude de suas capacidades, e ainda, da exigência de construção de uma sociedade mais inclusiva, ao reconhecer a diversidade humana e as necessidades específicas dos vários segmentos sociais para a promoção de correções que sejam imprescindíveis ao seu desenvolvimento pessoal e social, assegurando-lhes as mesmas oportunidades que as demais pessoas têm do exercício de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais. É dentro desse paradigma de inclusão que devemos tratar os direitos fundamentais das pessoas com deficiência (MARQUES, 2008, p. 27).

O art. 37, inciso VIII da Constituição, estabelece uma verdadeira ação afirmativa para ingresso na administração pública, determina que a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão. Trata-se de uma norma voltada à democratização do ingresso nos quadros da administração pública voltada para a concretização do princípio constitucional da igualdade material e neutralização dos efeitos relativos à discriminação que esse grupo de pessoas vulneráveis sofreu durante a nossa história. O objetivo é afastar os obstáculos e promover o acesso e inclusão das pessoas em nome da concretização dos seus direitos.



d) Direitos fundamentais como instrumentos vocacionados à realização de prestações positivas por parte do Estado: A compreensão de que os direitos fundamentais são restritos aos direitos de defesa é insuficiente.

Como destaca Gilmar Ferreira Mendes (2004, p. 6-7), a partir do pensamento de Krebs, não se cuida apenas de ter liberdade em relação ao estado, mas de desfrutar dessa liberdade mediante a atuação do Estado. Um olhar sobre os direitos sociais estabelecidos na Constituição de 1988 nos permite concluir que à semelhança dos direitos de primeira dimensão, os direitos sociais não se resumem ao elenco estabelecido no art. 6º da discriminação Constituição, isto é, eles também se encontram positivados em outras partes do texto constitucional, fora do Título II, e ainda previstos em tratados internacionais. Em todas essas disposições, o Estado está constitucionalmente vinculado a prover tais demandas sociais que são voltadas a satisfação de um conjunto de pretensões que podem ser juridicizadas, ou seja, tais ações, por parte do Estado, o vinculam juridicamente.

A noção de que os direitos sociais são direitos exigíveis em juízo, sob a forma de direitos subjetivos, parte da premissa de que os direitos sociais não são direitos contra o Estado, mas direitos fruíveis através do Estado, através de certas prestações materiais. São direitos fundamentais do homem dentro de um modelo de Estado cada vez mais social e que dá prevalência aos interesses coletivos. Assim, o Estado deve definir, por meio de leis e atos administrativos a criação real de serviços públicos, implementando políticas públicas sociais que facultem o gozo efetivo dos direitos constitucionalmente protegidos (KRELL, 2002, p. 19-20)⁵.

e) Direitos fundamentais destinados à organização e ao procedimento em matéria constitucional e infraconstitucional: Segundo Gilmar Ferreira Mendes (2004, p. 8) são direitos fundamentais que dependem de providências relacionadas aos órgãos da administração pública e de outras, normalmente, de índole normativa destinadas a ordenar a prisão de determinados direitos ou garantias.

Nesse ponto, existe uma série de direitos relativos às pessoas com deficiência que dependem de intervenção legislativa e que estão relacionados à forma com postulados relativos à organização e ao procedimento, tais como a possibilidade de constituição de

⁵ Segundo o autor, os direitos fundamentais sociais na Constituição Brasileira estão longe de formar um grupo homogêneo, no que diz respeito a seu conteúdo e a forma de sua positivação. O constituinte não seguiu nenhuma teoria específica e acabou criando um capítulo bastante contraditório no que diz respeito à relação interna dos direitos e garantias sociais.



associações de pessoas com deficiência para a tutela dos seus direitos. Podemos citar ainda a existência de direitos de participação das pessoas com deficiência no processo democrático, como ocorre, por exemplo, nos casos em que a justiça eleitoral garante acessibilidade ao eleitor com deficiência permitindo-lhe requerer a transferência do local de votação para uma seção que possa atender melhor às suas necessidades. Esse ato pode ser praticado no cartório eleitoral até 151 dias antes das eleições.

Em todas essas disposições o que temos são dimensões de tutela dos direitos fundamentais que são vinculados a nossa concepção de Estado inaugurada com a ordem constitucional de 1988. A Constituição de 1988 acabou por estabelecer em suas disposições a necessidade do Estado em colocar à disposição dos seus cidadãos os meios materiais necessários à implementação das potencialidades dos indivíduos, o que Ingo Wolfgang Sarlet definiu como sendo a garantia não apenas da liberdade-autonomia ou liberdade perante o Estado, mas, acima de tudo, a liberdade por intermédio do Estado, permitindo a premissa de que o indivíduo depende em muito de uma postura ativa dos poderes públicos. Assim, enquanto os direitos de defesa impõem uma posição de respeito e abstenção, os direitos prestacionais implicam em uma outra postura do Estado, no sentido de que ele deve colocar à disposição dos indivíduos prestações de natureza jurídica e material (SARLET, 2018, p. 191-192)⁶.

3. A RESSIGNIFICAÇÃO VALORATIVA DO CONCEITO DE PESSOA COM DEFICIÊNCIA

De acordo com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE - em nosso país mais de 45 milhões de brasileiros possuem algum tipo de deficiência. Para se ter uma ideia, do quanto esse número é representativo, se o Brasil tivesse cem pessoas, aproximadamente sete delas teriam deficiência motora, cinco delas teriam deficiência auditiva e dezenove teriam deficiência visual⁷.

⁶ Segundo Ingo Wolfgang Sarlet, na Constituição de 1988 os direitos prestacionais encontraram uma posição destacada e que não tem precedentes no constitucionalismo pátrio, como se deu com a abertura de um capítulo dedicado aos direitos sociais no catálogo dos direitos e garantias fundamentais. Além disso, temos em outras partes do texto constitucional uma variada gama de direitos a prestações.

⁷ <https://cnae.ibge.gov.br/en/component/content/article/95-7a12/7a12-vamos-conhecer-o-brasil/nosso-povo/16066-pessoas-com-deficiencia.html> acesso em 13/12/2021. Trata-se de um estudo realizado pelo Censo demográfico de 2010, que pesquisou se a pessoa era portadora de algum tipo de deficiência visual, auditiva ou motora através da avaliação feita pela própria pessoa do seu grau de incapacidade. Esses



Os números são significativos e servem nos dar a dimensão de que estamos de que estamos lidando com uma questão que interessa a toda a sociedade, direta ou indiretamente, e que está ligada ao modelo social relativo aos direitos fundamentais e humanos que adotamos em nosso ordenamento jurídico e nos pactos que o Brasil é signatário. Dentro dessa perspectiva, a deficiência deve ser compreendida como a resultante de uma equação em que o valor final depende de outras variáveis independentes, isto é, existe uma relação direta entre a forma com que o ambiente tem influência na liberdade da pessoa com deficiência e a na forma com que a sociedade reconhece a diversidade em razão da limitação funcional.

Em um modelo social, a conceituação da pessoa com deficiência parte do reconhecimento dessa pessoa como titular de direitos e dignidade humana inerente à sua condição, exigindo um papel ativo do Estado, da sociedade, e das próprias pessoas com deficiência. Ou seja, a partir do princípio da isonomia ou da igualdade, podemos afirmar que a deficiência em si não “incapacita” o indivíduo, ela deve ser compreendida a partir de uma perspectiva que associa uma característica inerente à individualidade biológica de alguém ao ambiente em que ela está inserida.

Ao considerar o ambiente como referencial de inserção social da pessoa com deficiência faz-se necessário eliminar todas as barreiras e obstáculos que são, normalmente, impostos pela própria sociedade. Assim, para a concretização dos direitos fundamentais das pessoas com deficiência se faz necessário o reconhecimento de que a sociedade tem um papel ativo na sua efetivação, em igualdade de condições com os demais indivíduos.

Sendo a sociedade corresponsável pela inclusão das pessoas com deficiência, devem ser eliminadas as barreiras arquitetônicas, de comunicação e atitudinais existentes de forma a possibilitar a inclusão e evitadas ou impedir novas formas de discriminação que possam gerar exclusão (FEMILLA; LOPES 2016, p. 15-16).

Historicamente, a deficiência sempre esteve ligada a critérios médicos, deixando de lado questões ligadas à dimensão social da deficiência. No entanto, a partir do final do século XX e início do século XXI houve uma mudança de paradigma, já que em 1980 a Organização Mundial de Saúde alterou a classificação Internacional de Impedimentos,

números são importantes para se estabelecer políticas públicas voltadas à inclusão social desse grupo de pessoas vulneráveis.



Deficiências e Incapacidades - CIDD. Em 2000 tivemos uma modificação nessas disposições que levou em consideração o paradigma dos direitos humanos, o que provocou uma mudança no conceito de pessoa com deficiência.

Em 2007, tivemos a Convenção sobre Direitos Humanos das Pessoas com Deficiência, Realizada em Nova York subscrita pelo Brasil, que ingressou no ordenamento jurídico brasileiro por meio de Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008, e depois com a promulgação do Decreto Presidencial nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. Essa convenção possui “status” de emenda constitucional, diante do disposto nos parágrafos 2 e 3 do art. 5 da Constituição.

A Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência ou Convenção de Nova York trouxe uma nova definição para a pessoa com deficiência no seu art. 1, ao dispor que “as pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas”. Esse conceito destaca o novo paradigma para as pessoas com deficiência, pois além dos impedimentos, que eventualmente a pessoa possa ter, o conceito estabelece que eles devem ser considerados a partir da sua interação com diversas barreiras que podem obstruir o seu pleno desenvolvimento. Assim, a adoção desse conceito representa uma mudança de paradigma para um enfrentamento do tema deficiência.

Historicamente as pessoas com deficiência enfrentaram adversidades. No passado, alguns povos eliminavam as pessoas com deficiência em rituais religiosos ou através de apoio legal, conforme a própria lei romana das doze tábuas. Na Idade Média, a deficiência foi considerada como um castigo divino oriundo do pecado. Os pais que geraram seus filhos com deficiência e aqueles que adquirem alguma deficiência ao longo da vida eram marcados por essa característica, serem pecadores. Para se redimir, essas pessoas tinham que praticar a caridade e a penitência religiosa, que se estabelecia, dentre outras práticas, pelo isolamento dos indivíduos instituições beneficentes. A partir da Revolução Industrial tivemos um avanço tecnológico que possibilitou atender melhor às demandas das pessoas com deficiência. O desenvolvimento tecnológico permitiu a criação de sistemas linguísticos e Instrumentos e proporcionaram o comprimento de barreiras físicas, como ocorreu, por exemplo, com o desenvolvimento de macas móveis, cadeiras de rodas e



muletas etc. Assim, em termos históricos é possível vislumbrar que a pessoa com deficiência passa por uma fase de extermínio, seguida pela exclusão caritativa e cultural, até chegarmos na fase contemporânea, que se subdivide em integração instrumental e, por fim, na emancipação da pessoa deficiente (ALVES, 1992, p. 31-32).

O conceito adotado pela Convenção de Nova York representa a fase de emancipação da pessoa com deficiência, na medida em que, passa a expressar uma concepção de emancipação dessas pessoas. Em outros termos, a compreensão da deficiência não pode se limitar a uma concepção puramente médica, ficando associada exclusivamente à doença. O conceito atual de deficiência representa algo de nome, cuja deficiência é colocada como parte da área de desenvolvimento social e dos direitos humanos, conferindo-lhe uma dimensão personalizada e social. Esta concepção destaca que a pessoa é foco a ser valorizado, antes da sua deficiência, ela deve ser compreendida como um agente ativo de suas escolhas e na determinação sobre sua própria vida (NOGUEIRA, 2008, p. 25).

Assim, a pessoa com deficiência não deve ser confundida com alguém que traz consigo uma limitação como se fosse um adereço, a deficiência deve ser vista como fruto de um processo dinâmico de interação social.

A Constituição de 1988 não trouxe um conceito de pessoa com deficiência. Nem é preciso que ela assim o faça. Contudo, é inegável os avanços trazidos pelo texto de 1988, por mais que ele faça referência à expressão “pessoa portadora de deficiência”. Era o momento vivenciado pelo constituinte, que se traduziu na sua integração instrumental, mas que representa um marco, já que a ideia foi incluída na palavra “pessoa” junto à expressão deficiência. Assim, o que se faz é um giro interpretativo para se destacar que a ordem constitucional está centrada na “pessoa” e não em qualquer ideia que faça referência a “defeito” ou “imperfeição”.

4. A TIPOLOGIA NORMATIVA EM RELAÇÃO ÀS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E A EXISTÊNCIA DE UM CORPO NORMATIVO DE EFETIVIDADE VARIADA

Em relação aos direitos das pessoas com deficiência podemos vislumbrar tipologias normativas que merecem destaque: em primeiro lugar, podemos destacar que foi a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos das Organizações das Nações Unidas, de



1948, que tivemos o desenvolvimento de uma concepção de direitos humanos pautada na universalidade e na indivisibilidade desse conjunto de direitos.

Essas características foram o marco inicial do surgimento de um sistema internacional de proteção dos direitos das pessoas com deficiência, e ainda, proporcionaram o surgimento de sistemas regionais vocacionados à proteção dos mais variados grupos de pessoas vulneráveis. A Convenção Interamericana de Eliminação de todas as formas de discriminação representa um dos exemplos de um sistema regional que buscou sistematizar mecanismos internacionais de tutela dos direitos das pessoas com deficiência.

Dessa forma, são derivados do processo de universalização dos direitos humanos dos seguintes documentos internacionais que versam o que tem relação com os direitos da pessoa com deficiência: a Declaração universal dos direitos humanos de 1948, que representa o marco inicial da universalização; as convenções realizadas pela Organização internacional do trabalho, em especial, a convenção nº 159/1.983 que tratou da reabilitação profissional e emprego de pessoas com deficiência; a declaração dos direitos da pessoa portadora de deficiência de 1975, em que se buscou estabelecer normas uniformes sobre igualdade de oportunidades para pessoas portadoras de deficiência; a Declaração de Salamanca e o estabelecimento de ações sobre as necessidades educativas especiais das pessoas com deficiência, o que representou um importante marco na instituição de políticas públicas vocacionadas a inserção da pessoa com deficiência na rede regular de ensino, como uma forma de reduzir a sua exclusão social; a Convenção Interamericana para Eliminação de todas as formas de Discriminação contra as Pessoas com Deficiência, que procurou trazer novas disposições sobre a definição de deficiência e de formas de não discriminação derivada da deficiência; e a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência de 2006, que, atualmente, é o documento de maior relevância Internacional na proteção dos Direitos Humanos desse grupo de vulneráveis.

No que tange ao sistema normativo de proteção da pessoa com deficiência no plano constitucional, temos como premissas básicas: a construção de sociedade Democrática de Direito pautada na proibição da discriminação, na obrigatoriedade de a sociedade assumir o seu papel na proteção dos grupos de vulneráveis, e ainda, o fortalecimento da inserção social em todos os seus aspectos, seja pela eliminação das



barreiras arquitetônicas, seja pela implementação de políticas públicas destinadas a esse fim.

Segundo Virgílio Afonso da Silva (2014, p. 122-123), a Constituição brasileira consagra, além dos direitos protetivos, os direitos sociais. Tais direitos necessitam da intervenção direta do Estado e possibilitam a concretização dos Direitos Fundamentais sob uma perspectiva material, já que não é possível contentar-se com a ideia de que a constituição “apenas” ocupa o topo da pirâmide normativa. Seguindo-se o princípio dinâmico do direito, todas as outras normas jurídicas lhe devem obediência, no entanto, ela deve implementadas se ocupar de algo mais, ela deve ser entendida como um pressuposto de toda e qualquer discussão travada em termos de conformação do ordenamento jurídico.

No texto constitucional existem disposições que tratam, direta ou indiretamente, da tutela dos direitos das pessoas com deficiência. Podemos citar, como exemplos: o art.7, inciso XXXI que versa sobre a proibição de discriminação de salário como critério de admissão em emprego; o art. 23, inciso II, que estabelece Competência legislativa concorrente da União Estados Distrito Federal para legislar sobre proteção e integração social das pessoas com deficiência; o art. 37, inciso VIII que estabelece a reserva de percentual dos cargos e empregos públicos e a definição de critérios de admissão de pessoas com deficiência, a ser estabelecido por lei; o art. 203, nos seus incisos IV e V que determinam a prestação de assistência social a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à Seguridade Social; o art. 208, inciso III, dispõe sobre o direito à educação mediante a garantia do atendimento educacional especializado, preferencialmente na rede regular de ensino; o art. 227, § 1, inciso II versa sobre o estabelecimento de programas de prevenção e atendimento especializado e de Integração Social do Adolescente e jovem com deficiência, com a facilitação de acesso a bens e serviços coletivos e eliminação de preconceitos e obstáculos arquitetônicos; por fim, os arts. 227, § 2 e 224 dispõem sobre normas de construção de logradouros e edifícios de uso público e fabricação de veículos de transporte coletivo que garantam a acessibilidade e adequação dos logradouros públicos e dos veículos atualmente existentes.

A partir dessas disposições constantes dos tratados internacionais que o Brasil é signatário e das disposições incorporadas ao texto da Constituição de 1988, tivemos a produção de uma série de disposições infraconstitucionais que reafirmam o compromisso do Brasil com o estabelecimento de políticas públicas inclusivas.



Neste sentido, tivemos a Lei n. 7.853/1989, que estabeleceu a política nacional para pessoas deficientes. Essa lei contém disposições processuais, inclusive a respeito da ação civil pública e disposições penais. No entanto, ela foi parcialmente alterada pelo Estatuto da pessoa com deficiência; o Decreto nº 3.298/1999 trouxe o conceito de pessoa com deficiência ao regulamentar a Lei n. 7.853/1989. A Constituição de 1988 não estabeleceu um conceito de pessoa com deficiência, e, ao que nos parece, ela não deveria trazer esse tipo de disposição. Coube ao decreto incorporar uma definição de pessoa com deficiência para dar aplicabilidade a política nacional a ser executada em âmbito nacional; as Leis n. 10.048 de 2000 e 10.098 de 2000 tratam da acessibilidade ao meio físico em geral, vias e logradouros públicos, acesso ao público, Construção e Reforma de edifícios, a comunicação, transporte coletivo inclusive suas respectivas adaptações, e os critérios de atendimento prioritário em repartições públicas ou prestadores de serviço público.

A Lei n. 8.213/1991 dispõe sobre os benefícios da Previdência Social e estabelece que teremos um sistema de cotas a serem reservadas para as pessoas com deficiência nas empresas; a lei orgânica da Assistência Social, LOAS lei n. 8.742/93, estabeleceu o pagamento de um salário mínimo a pessoa com deficiência que não pudesse manter ou ser mantida por sua família; a Lei n. 8.112/1990 estabeleceu uma ação afirmativa em relação ao regime jurídico dos Servidores Públicos civis da união, determinando a reserva de, no máximo, 20% das vagas em concursos para candidatos com deficiência e autorizando horário especial para servidor com deficiência.

A Lei n. 12.764/2012 trouxe a Política Nacional de Proteção dos direitos da pessoa com Transtorno do espectro autista, e abrange outras síndromes de transtorno invasivo do desenvolvimento dos indivíduos. Essa lei inseriu o transtorno do espectro autista no rol de pessoas com deficiência; o Decreto nº 4.228 de 2002, criou o programa nacional de ações afirmativas visando atingir metas percentuais para pessoas com deficiências, afrodescendentes e mulheres; por fim, a Lei brasileira de inclusão, Lei nº 13.146/2015 ou Estatuto da pessoa com deficiência representa um dos documentos mais importantes em termos de amplitude para tratar do tema.

Como podemos perceber, há um processo de ampliação gradativa da tutela desse grupo de vulneráveis, na medida em que, ele ocupa um lugar de destaque na agenda internacional e ganha, com a Constituição de 1988, uma nova dimensão. O conjunto normativo estabelecido pelos tratados internacionais e as disposições constitucionais



facilitam a criação de políticas públicas e o estabelecimento de programas inclusivos que nos permitam a identificação e a coibição de discriminações negativas.

Uma interpretação progressiva dessa forma de tutela dos direitos fundamentais se estabelece a partir da premissa de que eles representam direitos subjetivos perante o poder público, obrigando-o a prestar determinados serviços em nome do bem estar social. Os direitos sociais devem ser compreendidos como “mandados de otimização” que devem ser densificados pela atuação Estatal (KRELL, 2002, p. 59).

Dessa forma, o que temos nos últimos anos é um avanço, no sentido da substituição de uma ideia preconceituosa de pessoa com deficiência como alguém doente ou incapaz, por um conceito social de deficiência, no qual a pessoa deficiente não é vista como um problema a ser tratado ou como alguém que carrega consigo uma doença, que seja externa a ela ou que não esteja inserida dentro de um contexto social.

A visão social da deficiência impõe a sociedade rever a seus processos sociais excludentes e preconceituosos, por meio da construção de políticas públicas que permitam a eliminação de todas as formas de discriminação, bem como a eliminação de todas as barreiras sociais e físicas em nome plena inserção social da pessoa com deficiência. Contudo, ainda é objeto de grandes polêmicas a implementação do direito fundamental à educação inclusiva e de qualidade.

5. A EDUCAÇÃO PARA PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E AFRAGILIDADE DO DECRETO N. 10.502/2020

Como já dissemos, um dos aspectos mais controvertidos em relação a inclusão das pessoas com deficiência diz respeito a implementação de um sistema educacional inclusivo. A Convenção Internacional sobre os Direitos das pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007, e incorporado ao nosso sistema jurídico pelo decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009, estabelece no art. 24 que a efetivação do direito à educação deve ocorrer sem discriminação e com base na igualdade de oportunidades, sendo que os Estados irão assegurar um sistema educacional inclusivo em todos os níveis, bem como aprendizado em toda a vida.

O mesmo dispositivo ainda preceitua que as pessoas com deficiência não podem ser excluídas do sistema educacional sob a alegação de deficiência e que as



crianças com deficiência não sejam excluídas do ensino primário gratuito e compulsório ou do ensino secundário, sob a alegação de deficiência.

O que os dispositivos objetivam é estabelecer, como dever do Estado, a necessidade de a pessoa com deficiência ter o apoio necessário do Estado para facilitar a sua efetiva educação, isto é, deverão ser adotadas medidas de apoio individual que visem maximizar o desenvolvimento acadêmico e social objetivando a sua inclusão plena.

O texto constitucional, no seu art. 208, inciso II, estabelece que a educação é dever do Estado, sendo o atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino. Ao dispor sobre o tema a lei brasileira de inclusão, conhecida como Estatuto da pessoa com Deficiência, apesar de estabelecer avanços significativos, não dispõe que o ensino das pessoas com deficiência deve se dar, obrigatoriamente, na rede regular de ensino.

Como houve uma revisão da política nacional de educação especial, que é de 2008, no governo atual resolveu editar o Decreto nº 10.502, de 30 de setembro de 2020, que desconsidera a obrigatoriedade de o Estado em prover condições para a efetivação da educação desse grupo de vulneráveis na rede regular de ensino. Ao contrário de dispor sobre a possibilidade de criar alternativas para a inclusão da pessoa com deficiência na rede regular de ensino, ao estabelecer a dicotomia de atendimento especial fora da rede regular de ensino, a política nacional de educação irá criar uma situação de plena desvantagem para esse grupo de vulneráveis, já que não se realiza a inserção discriminando e segregando. Esse decreto representa um flagrante violação das diretrizes traçadas na Convenção de Nova York e nas diretrizes estabelecidas na lei brasileira de inclusão. Em outros termos, a inconstitucionalidade do Decreto nº 10.502, de 30 de setembro 2020 é flagrante, traduzindo-se em uma medida excludente, ilegal e inconstitucional.

Considerando que a conformação de desenvolvimento das tipologias normativas até aqui se deu dentro de uma perspectiva de inclusão, ou seja, sob a perspectiva de que temos que estabelecer uma política educacional inclusiva e que representa outro paradigma em termos de educação, o que assistimos é um retrocesso sem precedentes. A segregação das pessoas com deficiência em novas instituições de ensino não é, e não será capaz de reunir todos os alunos na mesma proposta de ensino.



O que o Decreto nº 10.502, de 30 de setembro de 2020 faz é fomentar a desigualdade e violar os fundamentos e os princípios que norteiam a educação especial. São violados os princípios da igualdade material, a justiça social, o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade, bem como os fins consubstanciados na política públicas de inclusão social aos educandos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação. O decreto contraria o texto constitucional, na medida em que, o art. 208 da Carta de 1988 estabelece que a educação das pessoas com deficiência se dará preferencialmente na rede regular de ensino, algo que também é previsto na Lei de Diretrizes e Bases da Educação, art. 58 da Lei 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Também vislumbramos a violação da Convenção internacional sobre os Direitos das Pessoas com deficiência da ONU, da qual o Brasil é signatário, ao prever a educação inclusiva em todos os níveis, sem discriminação e com igualdade de oportunidades. Ou seja, também no âmbito internacional o Decreto Presidencial viola disposições legais que o Brasil anuiu e que tem levado anos a serem implementados.

Em outros termos, a orientação constante do Decreto nº 10.502, de 30 de setembro de 2020 é “tabula rasa” de uma política educacional de um governo que se mostra incapaz de compreender que um processo de educação inclusiva deve valorizar ao máximo as potencialidades de cada um, ao eliminar ou minimizar as barreiras que possam obstruir a participação plena de qualquer educando na sociedade. É uma política educacional débil que procura salvação num pragmatismo irresponsável.

O parâmetro estabelecido para a educação de pessoas deficientes está diretamente ligado a adoção de políticas públicas voltadas para a construção de processos especiais de inclusão dos deficientes na rede regular de ensino, como uma forma de estabelecer o direito subjetivo de acesso a todos a educação.

O estabelecimento de regras especiais para o ensino de pessoas deficientes em nada viola o princípio da igualdade. Como afirma Celso Antônio Bandeira de Mello (2003, p. 17), qualquer elemento residente nas coisas, pessoas ou situações pode ser tomado pela lei como fator discriminatório, pois não é o traço de diferenciação escolhido que deve ser tomado como desacato ao princípio isonômico. O fato de diferenciação escolhido deve trazer um vínculo de correlação lógica entre a particularidade diferencial e o desigual tratamento em função dela escolhida, desde que essa relação não seja incompatível com os valores prestigiados pela Constituição de 1988.



Em termos de políticas públicas para a inclusão de pessoas com deficiência na rede regular de ensino devemos ter em mente que qualquer ação que vise combater a exclusão social e tutelar as minorias vulneráveis é bem vinda em nosso país. A garantia de acesso e inclusão de grupos que, por força da discriminação, se veem alijados de fruir direitos fundamentais em igual medida com os demais indivíduos não deve ser tolerada em nossa sociedade. O Decreto nº 10.502, de 30 de setembro de 2020 caminha no sentido contrário a qualquer ação que possa ser estabelecida para a inclusão das pessoas portadoras de deficiência na rede regular de ensino.

Em suma, o longo caminho percorrido no sentido da inclusão das pessoas com deficiência agora é maculado por um decreto que promoverá um retrocesso que estimulará o isolamento e a segregação desses estudantes.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Estamos vivenciando um processo de mudança no que tange a compreensão dos direitos fundamentais das pessoas com deficiência. A perspectiva é o estabelecimento de uma orientação inclusiva que possa proporcionar a esse grupo de pessoas vulneráveis a plena realização das suas potencialidades. Para que isso ocorra a criação de políticas públicas voltadas para a eliminação de barreiras é algo essencial e está compreendida entre as diretrizes estabelecidas em tratados e convenções internacionais do qual o Brasil faz parte.

A análise dos mais variados diplomas legais denota que essa mudança de perspectiva vem sendo incorporada em uma série de disposições legais, que paulatinamente, acabam por estabelecer políticas públicas voltadas para a inclusão das pessoas com deficiência, isto é, existe toda uma tipologia normativa que atende as disposições do texto constitucional, bem como aos tratados internacionais que o Brasil é signatário e que foram incorporados ao nosso sistema jurídico, no sentido da criação de discriminações positivas em relações as pessoas com deficiência.

Ocorre, contudo, que um dos temas de maior polêmica reside no estabelecimento de educação especial para as pessoas com deficiência. A constituição estabelece como diretriz a sua inserção na rede regular de ensino, os tratados internacionais caminham nessa direção, ao dispor que a educação é um vetor de eliminação das discriminações, mas o decreto n. 10.502/2020 caminha em outro sentido, ao não dispor sobre a



obrigatoriedade de ensino das pessoas com deficiência na rede regular de ensino, acaba criando uma política educacional segregacionista que conflita com as disposições normativas citadas.

Qualquer perspectiva que se faça dos direitos fundamentais no momento atual deve estar pautada em uma concepção includente de tais direitos. Quando projetados sobre as pessoas com deficiência, sobre os grupos de vulneráveis, tais direitos merecem especial atenção do Estado, devendo ser estabelecidos como instrumentos de eliminação de barreiras. Nesse contexto, a educação é um elemento central e que não pode ser tratado sob uma perspectiva que reforça as diferenças, ao contrário do caminho percorrido pelo decreto o ensino de pessoas com deficiência na rede regular de ensino é o ponto central para a concretização de uma perspectiva inclusiva da tutela dos direitos fundamentais das pessoas com deficiência.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo, Malheiros, 2015.
- ALVES, Rubens Valtercides. **Novas dimensões da proteção ao trabalhador: o deficiente físico**. São Paulo, LTR, 1992.
- CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz. Coord. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo, Saraivajur, 2018.
- FEMILLA, Anna Paula; LOPES, Laís de Figueiredo. in: **Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência comentada**. SETUBAL, Joyce Marquezim; FAYAN, Regiane Alves Costa. Campinas, Fundação FEAC, 2016.
- FERRAJOLI, Luigi. **Garantismo: uma discussão sobre direito e democracia**. Rio de Janeiro, Lumen juris, 2012.
- JELLINEK, Georg. **Teoría general del Estado**. trad. Fernando de Los Ríos. México, FCE, 2000.
- KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha. Os (des) caminhos de um direito constitucional comparado**. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 2002.
- NOGUEIRA, Geraldo. **Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência comentada**. Brasília, Corde, 2008.



SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais**. 13. ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2018.

SILVA, José Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo, Malheiros, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Uma abordagem hermenêutica acerca do triângulo dialético de Canotilho ou de como ainda é válida a tese da Constituição dirigente** (adequada a países de modernidade tardia). in: Direitos fundamentais e estado constitucional: e todos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho. org. LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009

RECEBIDO EM 04/01/2022
APROVADO EM 23/09/2024
RECEIVED IN 04/01/2022
APPROVED IN 23/09/2024