

A ADPF COMO INSTRUMENTO DE ACESSO À JUSTIÇA E DE CONCREÇÃO DA CIDADANIA VISANDO A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO DECRETO FEDERAL Nº 10.502/2020

*ADPF AS AN INSTRUMENT FOR ACCESS TO JUSTICE AND FOR
CONCRETION OF CITIZENSHIP AIMING FOR THE DECLARATION OF
UNCONSTITUTIONALITY OF FEDERAL DECREE Nº 10.502/2020*

Carlos Eduardo Montes Netto^I

Karlo Alves Barbosa^{II}

Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira^{III}

^I U Universidade de Ribeirão Preto,
Ribeirão Preto, SP, Brasil. E-mail:
carlosmontes3@hotmail.com

^{II} U Universidade de Ribeirão Preto,
Ribeirão Preto, SP, Brasil. E-mail:
karlosalves@gmail.com

^{III} Universidade de Ribeirão Preto,
Ribeirão Preto, SP, Brasil.

Resumo: Tem-se observado uma mudança de perspectiva com relação à inserção da pessoa com deficiência na sociedade por meio da adoção de políticas públicas cada vez mais inclusivas. No entanto, em matéria de política educacional, o recente Decreto federal nº 10.502/2020 deixou de estabelecer a obrigatoriedade da inclusão das pessoas com deficiência na rede regular de ensino, contrariando tratados e convenções internacionais, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e normas infraconstitucionais. Nessa perspectiva, o objetivo do presente trabalho é analisar a constitucionalidade do Decreto nº 10.502/2020 e se a arguição de descumprimento de preceito fundamental pode representar um mecanismo de acesso à justiça e de promoção da cidadania caso se conclua pela sua inconstitucionalidade. Optou-se pela realização de uma pesquisa descritiva e exploratória com a utilização de revisão bibliográfica e da análise qualitativa dos dados a fim de se cumprir esse objetivo, o que possibilitou inferir, ao final, que o Decreto nº 10.502/2020 é incompatível com a Constituição Federal de 1988 e que é viável e adequado o manejo da arguição de descumprimento de preceito fundamental visando a declaração da sua inconstitucionalidade por meio do controle concentrado de constitucionalidade.

Palavras-chave: Pessoas com deficiência. Direitos fundamentais. Democracia. Inclusão. Decreto nº 10.502/2020.

DOI: <http://dx.doi.org/10.31512/rdj.v23i45.665>

Recebido em: 30.01.2022

Aceito em: 15.03.2023



Abstract: There has been a change in perspective regarding the insertion of people with disabilities in society through the adoption of increasingly inclusive public policies. However, in terms of educational policy, the recent Federal Decree nº 10.502/2020 did not establish the mandatory inclusion of people with disabilities in the regular education network, contrary to international treaties and conventions, the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988 and infra-constitutional norms. In this perspective, the objective of the present work is to analyze the constitutionality of Decree nº 10.502/2020 and the allegation of non-compliance with a fundamental precept can represent a mechanism of case to justice and of promotion of citizenship if it concludes by its unconstitutionality. It was decided to carry out a descriptive and exploratory research using a literature review and qualitative data analysis in order to achieve this objective, which made it possible to infer, in the end, that Decree nº 10.502/2020 is incompatible with the Federal Constitution of 1988 and that it is feasible and adequate to handle the claim of non-compliance with a fundamental precept aiming at declaring its unconstitutionality through concentrated control of constitutionality.

Keywords: Disabled people. Fundamental rights. Democracy. Inclusion. Decree nº 10.502/2020.

1 Introdução

O presente trabalho visa abordar a mudança de perspectiva com relação às questões que envolvem as pessoas com deficiência na ordem jurídica, considerando a existência de uma ressignificação do conceito nos âmbitos nacional e internacional. Tais alterações visam consolidar uma visão pautada na inclusão nos mais variados aspectos da vida e demonstrar que a deficiência deve ser compreendida como um dos aspectos da diversidade que nos marca enquanto sociedade. Não se trata de algo que a pessoa traz consigo, ela representa um dos aspectos da vida em sociedade e, por isso, é necessário construir uma sociedade que busque a eliminação de barreiras e a plena inclusão desse grupo de pessoas vulnerabilizadas.

Um dos aspectos mais importantes da inserção social das pessoas com deficiência consiste na criação de uma política pública educacional inclusiva. Para que isso ocorra, o processo de alfabetização deve ocorrer na rede regular de ensino, com a eliminação de todas as formas de segregação, garantindo-se a integração plena. No entanto, o recente Decreto nº 10.502/2020 (BRASIL, 2020) caminha em outro sentido ao não estabelecer a obrigatoriedade da inclusão das pessoas com deficiência na rede regular de ensino.

Nessa perspectiva, a pesquisa se justifica pela necessidade de analisar a constitucionalidade do Decreto nº 10.502/2020 e se a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF)

pode representar um mecanismo de acesso à justiça e de promoção da cidadania caso se verifique a sua inconstitucionalidade, diante da escassez de estudos específicos sobre o assunto.

Buscando alcançar o objetivo pretendido de acordo com uma análise qualitativa do contexto, para este estudo optou-se pela realização de uma pesquisa descritiva e exploratória, por meio de revisão bibliográfica, com ênfase nas dimensões doutrinária, normativa e jurisprudencial que envolvem a interpretação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), de normas infraconstitucionais, valendo-se da análise de julgados do Supremo Tribunal Federal (STF), de trabalhos acadêmicos e livros.

O presente estudo abordará a tutela das pessoas com deficiência no ordenamento jurídico brasileiro, a ressignificação valorativa do conceito de pessoa com deficiência, a educação especial voltada para esse grupo vulnerabilizado e os retrocessos do Decreto nº 10.502/2020 e, por fim, a possibilidade de manejo da ADPF como instrumento de acesso à justiça e de concreção da cidadania visando a declaração de inconstitucionalidade do Decreto em estudo.

2 A tutela das pessoas com deficiência na Constituição Federal de 1988

A CRFB/88 representa uma mudança de paradigma 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 a determinados direitos, em especial no que diz respeito à sua concretização.

O constituinte teve o cuidado de emprestar um significado especial aos direitos fundamentais, já que o seu catálogo foi posicionado no início do texto, sem prejuízo de outras disposições existentes em outros pontos específicos da CRFB/88. Esse posicionamento não é aleatório, ele revela que a colocação dos direitos fundamentais de forma precedente à estrutura do Estado não é uma simples troca de dispositivos, denotando a intenção do legislador de estabelecer uma tutela diferenciada, isto é, a partir da ordem constitucional de 1988 o que se tem é a releitura do papel do indivíduo na sociedade. Essa impressão é reforçada pela amplitude do texto, já que seus artigos não esgotam o tema, na medida em que tais direitos fundamentais apresentam uma tessitura aberta.

Segundo Ferrajoli (2012), 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, consistente 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 deste trabalho discorrer sobre cada uma das dimensões, mas destaca-se que existem matizes que confluem para a constatação de que os

direitos fundamentais são fragmentos da própria soberania, sem os quais a democracia poderia ser destruída pela vontade das maiorias¹.

No mesmo sentido, Mendes (2004) 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.

Essa identidade é representada por um sistema complexo em que seus elementos essenciais são cada vez mais difíceis de identificar e proteger, 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 realizada uma análise histórica, observar-se-á 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. Passou-se 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.

Alexy (2015) 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 instâncias 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 brasileira, 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 (STRECK, 2009).

A discussão sobre os limites e sobre a vinculatividade à Constituição continua a ser um tema muito atual, especialmente quando se projeta sobre a proteção de certos grupos

1 Ferrajoli (2012) 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.

vulnerabilizados, como as pessoas com deficiência. A mudança paradigmática da CRFB/88 permite vislumbrar que, em relação a esse grupo de pessoas, o texto constitucional dimensionou a proteção dos direitos fundamentais dentro das seguintes perspectivas:

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).

Dentro dessa perspectiva, Mendes (2004) aponta que a violação dos direitos fundamentais na condição de direitos de defesa assegura ao indivíduo as pretensões de: i.i) abstenção, por parte do Estado; i.ii) revogação dessa violação; i.iii) anulação da conduta praticada; i.iv) imposição ao Estado de levar em conta a situação afetada através da ponderação das situações respectivas; e i.v) 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 tem-se a liberdade de associação, a liberdade de manifestação do pensamento, a liberdade de expressão, dentre outras, 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).

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 com deficiência, no seu art. 7º, XXXI. Trata-se de uma inovação da CRFB/88, já que as constituições anteriores não trouxeram nenhuma disposição nesse sentido.

Essa proibição de discriminação no âmbito do trabalho está contemplada 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.

Direitos fundamentais enquanto normas de proteção de 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

Por exemplo, dentre outras disposições constitucionais relativas aos direitos de pessoas com deficiência, a determinação à União, aos Estados e ao Distrito Federal de legislar concorrentemente sobre a proteção e integração social das pessoas com deficiência, disposta no XIV, do art. 24 da CRFB/88. Esse dispositivo está diretamente ligado à preocupação manifestada com a proteção da saúde da pessoa com deficiência, disposta no art. 23, II da CRFB/88.

O art. 24 da CRFB/88 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 CRFB/88 reserva vários comandos às pessoas com deficiência e no plano infraconstitucional tem-se, por exemplo, a Lei nº 7.853/1989, que dispõe sobre apoio e integração social de deficientes; o Decreto nº 3.298/1999, que estabelece a Política Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, ao regulamentar a Lei nº 7.853/1989; a Lei nº 8.989/1995 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 vulnerabilizado (CANOTILHO; MENDES; SARLET; STRECK, 2018).

Direitos fundamentais como instrumentos de exercício das liberdades: ao discorrer sobre os problemas advindos da teoria geral do Estado, Jellinek (2000) 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 se deve tratar os direitos fundamentais das pessoas com deficiência (MARQUES, 2008).

O art. 37, VIII da CRFB/88 estabelece uma verdadeira ação afirmativa para ingresso na Administração Pública, ao determinar que a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas com deficiência e definirá os critérios de sua admissão. Trata-se de uma norma voltada à democratização do ingresso aos quadros da Administração Pública visando a concretização do princípio constitucional da igualdade material e a 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.

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 Mendes (2004), 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 CRFB/88 nos permite concluir que à semelhança dos direitos de primeira dimensão, os direitos sociais não se resumem ao elenco estabelecido no art. 6º da CRFB/88, 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 à satisfação de um conjunto de pretensões que podem ser judicializadas.

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, por intermédio 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)².

Direitos fundamentais destinados à organização e ao procedimento em matéria constitucional e infraconstitucional: segundo Mendes (2004) são direitos fundamentais que dependem de providências relacionadas aos órgãos da Administração Pública e de outras instituições, normalmente, de índole normativa destinadas a ordenar a efetivação de determinados direitos ou garantias.

Nesse ponto, verificam-se 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 associações de pessoas com deficiência para a tutela dos seus direitos. Outro exemplo se refere à 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.

Em todas essas disposições tem-se dimensões de tutela dos direitos fundamentais que são vinculados à concepção de Estado inaugurada com a Ordem Constitucional de 1988. A CRFB/88 estabeleceu em suas disposições a necessidade de o Estado colocar à disposição dos seus cidadãos os meios materiais necessários à implementação das potencialidades dos indivíduos, o que Sarlet

² Segundo o autor, os direitos fundamentais sociais na CRFB/88 estão longe de formar um grupo homogêneo no que diz respeito ao seu conteúdo e à forma da 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.

(2018) 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)³.

Destarte, a CRFB/88 conferiu a mais ampla proteção à pessoa com deficiência, incluindo não apenas liberdade negativas (abstenções por parte do Estado), mas também a necessidade da sua atuação visando a concretização dos direitos fundamentais desse grupo vulnerabilizado.

3 A resignificação valorativa do conceito de pessoa com deficiência

De acordo com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), 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 deficiência auditiva e dezenove deficiência visual (BRASIL, 2010a).

Os números são significativos e servem para fornecer a dimensão de que se trata de uma questão que interessa a toda a sociedade, direta ou indiretamente, e que está ligada ao modelo social relativo aos direitos fundamentais e humanos adotado pelo Brasil. 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 maneira 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 igualdade, pode-se afirmar que a deficiência em si não “incapacita” o indivíduo, ela deve ser compreendida sob uma perspectiva que associa uma característica inerente à individualidade biológica de alguém ao ambiente em que ele está inserido.

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.

3 Segundo Sarlet (2018), na CRFB/88 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, tem-se em outras partes do texto constitucional uma variada gama de direitos prestacionais.

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).

Historicamente a deficiência sempre esteve ligada a critérios médicos, deixando de lado questões referentes 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 Deficiências, Incapacidades e Desvantagens (CIDID). Em 2001 foi aprovada a Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde (CIF), diante da necessidade de atender a questões que não eram alcançadas pela classificação anterior (NUBILA; BUCHALLA, 2008), passando a levar em consideração o paradigma dos direitos humanos, o que provocou uma mudança no conceito de pessoa com deficiência.

A Convenção sobre Direitos Humanos das Pessoas com Deficiência, realizada em Nova York, foi subscrita pelo Brasil, tendo ingressado 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 (BRASIL, 2009).

Referida norma possui “status” de emenda constitucional, diante do disposto nos §§ 2º e 3º do art. 5 da CRFB/88 e trouxe uma nova definição para a pessoa com deficiência no seu art. 1º, ao dispor que:

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 (BRASIL, 2009).

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 elas devem ser consideradas 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.

Historicamente as pessoas com deficiência enfrentaram adversidades. No passado, alguns povos as eliminavam em rituais religiosos. Na Idade Média, a deficiência era considerada 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 (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 ocorreu um avanço tecnológico que possibilitou atender melhor às demandas das pessoas com deficiência. O desenvolvimento tecnológico permitiu a criação de sistemas linguísticos e instrumentos que proporcionaram o rompimento de barreiras

físicas como ocorreu, por exemplo, com o desenvolvimento das macas móveis, cadeiras de rodas e muletas etc. Assim, em termos históricos é possível vislumbrar que a pessoa com deficiência passou por uma fase de extermínio, seguida pela exclusão caritativa e cultural, até chegar na fase contemporânea, que se subdivide em integração instrumental e, por fim, na emancipação (ALVES, 1992).

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 emancipatória. 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 a sua própria vida (NOGUEIRA, 2008). 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 CRFB/88 não trouxe um conceito de pessoa com deficiência. Nem era necessário que ela assim o fizesse. Contudo, é inegável que 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, vislumbram-se tipologias normativas que merecem destaque. Em primeiro lugar, ressalta-se que foi a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos das Organizações das Nações Unidas, de 1948, que houve 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 ou que têm relação com os direitos da pessoa com deficiência: i) a Declaração universal dos direitos humanos de 1948, que representa o marco inicial da universalização; ii) 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; iii) a declaração dos direitos da pessoa portadora de deficiência de 1975, na qual se buscou estabelecer normas uniformes sobre igualdade de oportunidades para pessoas com deficiência; iv) a Declaração de Salamanca e o estabelecimento de ações sobre as necessidades educativas especiais das pessoas com deficiência, 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; v) 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 derivadas da deficiência; e vi) 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 vulnerabilizado.

No que tange ao sistema normativo de proteção da pessoa com deficiência no plano constitucional, temos como premissas básicas: i) a construção de uma sociedade democrática de direito pautada na proibição da discriminação; ii) a obrigatoriedade de a sociedade assumir o seu papel na proteção dos grupos vulnerabilizados; e iii) 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 Silva (2014), 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 se ocupar de algo mais, sendo 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, a exemplo: i) do art. 7º, XXXI, que versa sobre a proibição de discriminação de salário como critério de admissão em emprego; ii) do art. 23, II, que estabelece competência legislativa concorrente da União, Estados e do Distrito Federal para legislar sobre proteção e integração social das pessoas com deficiência; iii) do art. 37, VIII, que dispõe sobre a reserva de percentual de cargos e empregos públicos e a definição de critérios de admissão de pessoas com deficiência; iv) do art. 203, que nos seus incisos IV e V tratam da prestação de assistência social a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à Seguridade Social; v) do art. 208, III, que prevê o direito à educação mediante a garantia do

atendimento educacional especializado, preferencialmente na rede regular de ensino; vi) do art. 227, § 1º, II, que versa sobre o estabelecimento de programas de prevenção e atendimento especializado e de integração social do jovem com deficiência, com a facilitação de acesso a bens e serviços coletivos e eliminação de preconceitos e obstáculos arquitetônicos; e vii) dos arts. 227, § 2º e 224 que cuidam de 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 incorporadas ao texto da CRFB/88, verificou-se a produção de uma série de disposições infraconstitucionais que reafirmaram o compromisso do Brasil com o estabelecimento de políticas públicas inclusivas.

Neste sentido, observa-se a Lei nº 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 nº 7.853/1989. A CRFB/88 não estabeleceu um conceito de pessoa com deficiência e não deveria mesmo trazer esse tipo de disposição. Coube ao decreto incorporar uma definição de pessoa com deficiência para dar aplicabilidade à política nacional a ser executada em âmbito nacional. As Leis nºs 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 nº 8.213/1991 dispõe sobre os benefícios da Previdência Social e estabelece um sistema de cotas a serem reservadas para as pessoas com deficiência nas empresas; a Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS) (Lei nº 8.742/93), prevê o pagamento de um salário mínimo a pessoa com deficiência que não pudesse manter ou ser mantida por sua família; a Lei nº 8.112/1990 estipulou 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 nº 12.764/2012 trouxe a Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista e 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 se observa, há um processo de ampliação gradativa da tutela desse grupo vulnerabilizado, na medida em que ele ocupa um lugar de destaque na agenda internacional

e ganha, com a CRFB/88, uma nova dimensão. O conjunto normativo estabelecido pelos tratados internacionais e as disposições constitucionais facilitaram a criação de políticas públicas e o estabelecimento de programas inclusivos que permitem 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).

Dessa forma, nota-se nos últimos anos 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 à sociedade a revisão dos 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 supressão 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 especial para pessoas com deficiência e os retrocessos do Decreto federal nº 10.502/2020

Verifica-se a existência de uma polêmica com relação à inclusão das pessoas com deficiência no sistema educacional. 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 incorporados ao nosso sistema jurídico pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, estabelecem no art. 24 que a efetivação do direito à educação deve ocorrer sem discriminação e com base na igualdade de oportunidades, cabendo aos Estados 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 esses dispositivos objetivam é estabelecer, como dever do Estado, a necessidade de a pessoa com deficiência ter o apoio necessário 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, II, estabelece que a educação é dever do Estado, com o atendimento educacional especializado às pessoas com 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, o governo atual resolveu editar o Decreto nº 10.502/2020, que desconsidera a obrigatoriedade do Estado de prover condições para a efetivação da educação desse grupo vulnerabilizado e estabelece a dicotomia de atendimento especial fora da rede regular de ensino.

Essa política nacional de educação poderá criar uma situação de plena desvantagem para esse grupo de pessoas, já que não realiza a inserção, discrimina e segrega. O Decreto viola as diretrizes traçadas na Convenção de Nova York e estabelecidas na lei brasileira de inclusão, traduzindo-se em uma medida excludente, ilegal e inconstitucional.

Considerando que a conformação de desenvolvimento das tipologias normativas até aqui se deram dentro de uma ideia de inclusão, ou seja, sob a perspectiva de que se deve estabelecer uma política educacional inclusiva e que represente outro paradigma em termos de educação, observa-se 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 10.502/2020 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, a proporcionalidade, 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 em 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 se observa 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 para serem implementados.

Em outros termos, a orientação constante do Decreto nº 10.502/2020 constitui “tábula 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 com deficiência está diretamente ligado à adoção de políticas públicas voltadas para a construção de processos especiais de inclusão na rede regular de ensino, como uma forma de estabelecer o direito subjetivo de acesso a todos à educação.

O estabelecimento de regras especiais para o ensino de pessoas com deficiência em nada viola o princípio da igualdade. Como afirma Mello (2003), 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 CRFB/88.

Em termos de políticas públicas para a inclusão de pessoas com deficiência na rede regular de ensino deve-se ter em mente que qualquer ação que vise combater a exclusão social e tutelar as minorias vulneráveis é bem-vinda no Brasil. 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. O Decreto nº 10.502/2020 caminha no sentido contrário a qualquer ação que possa ser estabelecida para a inclusão das pessoas com 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 A ADPF como instrumento de acesso à justiça visando a declaração de inconstitucionalidade do Decreto federal nº 10.502/2020

Conforme assenta Canaris (1996) o sistema jurídico se baseia nas premissas básicas da unidade e da ordem das suas disposições. A verificação de desconformidade com qualquer desses elementos deflagra o mecanismo do controle de constitucionalidade, na medida em que se estabelece uma série de possibilidades de se expurgar do sistema jurídico as normas que sejam incompatíveis com o parâmetro normativo disposto no texto constitucional. Assim, a declaração de inconstitucionalidade de uma norma representa o reconhecimento de que ela é inválida diante da unidade e da ordem do sistema, devendo haver a cessação da eficácia das suas disposições.

Barroso (2019) aponta que o controle de constitucionalidade depende de duas premissas básicas: a supremacia da Constituição e a sua rigidez. A supremacia revela a sua posição hierárquica, como elemento mais elevado dentro de um sistema jurídico estruturado de forma escalonada em diferentes níveis. Por conta dessa característica, nenhuma norma poderá subsistir

se estiver em desconformidade com as disposições constantes da Constituição. Ao seu turno, a rigidez constitucional é pautada na existência de um processo legislativo mais dificultoso de alteração da norma constitucional. Se as normas infraconstitucionais tivessem o mesmo processo de criação das normas constitucionais não haveria distinção formal entre as espécies normativas.

A partir dessas considerações, pode-se afirmar que o controle de constitucionalidade é algo primordial para a proteção dos direitos fundamentais, sobretudo os direitos relativos aos grupos vulnerabilizados, sendo esse o contexto de proteção das disposições dos direitos fundamentais das pessoas com deficiência.

No sistema constitucional brasileiro, conforme se apontou anteriormente, observa-se uma alteração de perspectiva no que se refere à pessoa com deficiência. Essa mudança impacta na forma de compreensão do processo de inclusão desse grupo vulnerabilizado na sociedade.

A inconstitucionalidade de disposições infralegais pode ser verificada no conteúdo da lei, na violação de regras de competência ou na transgressão de normas contidas na Constituição ou, ainda, versar sobre a inobservância das formas prescritas para a elaboração das leis (VELOSO, 2003). A incompatibilidade de conteúdo é denominada de inconstitucionalidade material, já a inobservância das regras de competência para edição do ato é a inconstitucionalidade formal.

O Decreto nº 10.502/2020, ao instituir a Política Nacional de Educação Especial, versa sobre uma política que tem suas origens no texto constitucional, na medida em que o legislador constituinte estabeleceu como premissa básica a visão includente que o texto constitucional e os tratados internacionais assumem ao tratar desse grupo especial de pessoas.

Ao analisar as políticas e práticas dos governos brasileiros em termos de educação das pessoas com deficiência, Thoma e Kraemer (2017) afirmam que a partir do final da década de 1970 e início da década de 1980 a ênfase educacional consistia na distribuição das pessoas com deficiência em centros educacionais especializados. Esses locais tinham o objetivo de desenvolver ações voltadas para “normalizar” esses indivíduos, na busca da sua reabilitação. Assim, o processo era voltado para o esquadramento, a avaliação e a ordenação daquelas pessoas consideradas “excepcionais”. Esse tipo de política educacional fomenta a valoração entre seres “normais” e “anormais”, “capazes” e “incapazes”, “deficientes” e “não deficientes”, dentre outras.

A partir de 1981, com o marco inicial da resignificação da pessoa com deficiência fundado na ideia de participação plena em igualdade de condições, ocorreu uma alteração nas recomendações pertinentes à educação das pessoas com deficiência, passando-se a levar em consideração a ideia de educação especial mais como “adicional e suplementar” do que “separada e alternativa” ao ensino comum.

Desde então se observou um momento de inflexão gradativo nas ações e políticas públicas com o objetivo de integrar as pessoas com deficiência na rede regular de ensino. Por exemplo, pelo Decreto federal nº 93.613, de 21 de novembro de 1986, o Centro Nacional de Educação Especial (CENESP) foi reconfigurado em Secretaria de Educação Especial (SESPE).

Essa secretaria permaneceu assim até dia 15 de março de 1990, quando suas atribuições passaram para a Secretaria Nacional de Educação Básica (SENEB) (THOMA; KRAEMER, 2017).

Nessa perspectiva, o Decreto nº 10.502/2020 caminha em sentido oposto a essas disposições, contrariando a diretriz estabelecida no texto constitucional e nos tratados internacionais dos quais Brasil é signatário. A norma faz “tábula rasa” das políticas que vem sendo desenvolvidas nos últimos anos e permitiram a um contingente de pessoas com deficiência a inserção da rede regular de ensino como um dos desdobramentos do seu direito fundamental de inclusão plena.

Desta forma, a declaração de inconstitucionalidade desse Decreto se revela a medida mais adequada diante do enorme retrocesso que ele representa. Como destaca Ferrari (1999), inconstitucional é a ação ou omissão que, no todo ou em parte ofende a Constituição. O Decreto representa uma ação do governo federal que, a pretexto de criar uma política nacional de educação especial, ofende a Constituição. Faz-se necessário a retirada desse elemento não harmônico e incompatível com a Constituição do nosso ordenamento jurídico pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

No que tange à forma de controle de constitucionalidade dessa política pública de educação especial, vislumbra-se a adequação do manejo ADPF, como um instrumento de cidadania visando a defesa de direitos fundamentais.

A ADPF representa uma forma especial de controle concentrado de constitucionalidade prevista na redação originária da CRFB/88, que foi regulamentada pela Lei nº 9.882 apenas em 3 de dezembro de 1999 (BRASIL, 1999). Antes da entrada em vigor dessa Lei, o STF entendia que o art. 102, § 1º da CRFB/88 era uma norma constitucional de eficácia limitada, o que impedia o seu manejo (BRASIL, 1996).

De acordo com Montes Netto (2019), a ADPF “[...] poderá ser ajuizada tanto em caráter preventivo (para “evitar” lesão a preceito fundamental), quanto repressivo (para “reparar” lesão a preceito fundamental)”, tendo o STF já admitido o seu ajuizamento até mesmo no caso de omissão do Estado (BRASIL, 2006).

Quanto ao seu objeto, enquanto a ação direta de inconstitucionalidade (ADI) e a ação declaratória de constitucionalidade (ADC) versam sobre lei ou ato normativo, o objeto da ADPF é mais amplo, sendo possível a impugnação de qualquer ato do Poder Público, ainda que não tenha caráter normativo (MONTES NETTO, 2019).

A propositura de uma ADPF leva em consideração dois pressupostos fundamentais: a descumprimento de um preceito fundamental e a inexistência de outro meio idôneo para se suscitar a inconstitucionalidade do ato praticado pelo poder público.

A Constituição não definiu o alcance da expressão preceito fundamental, cabendo à doutrina e à jurisprudência estabelecerem o seu conteúdo. Adotando-se uma visão sistêmica das normas constitucionais e levando-se em consideração a fluidez dos conceitos indeterminados existentes em um conjunto de normas que deve existir no sistema jurídico e que estão ligados

à ideia de preceitos fundamentais, sustenta-se que essa classe compreende os fundamentos e objetivos da República, as decisões políticas estruturantes, os preceitos agrupados sob a designação de princípios fundamentais e os direitos fundamentais individuais, políticos e coletivos (BARROSO, 2020).

Segundo Bulos (2000, p. 901) “[...] qualificam-se de fundamentais os grandes preceitos que informam o sistema constitucional, que estabelecem comandos basilares e imprescindíveis à defesa dos pilares da manifestação constituinte originária”. Com relação à jurisprudência, na ADPF nº 33, Gilmar Mendes considerou como preceitos fundamentais os direitos e garantias individuais, os princípios protegidos por cláusula pétrea e os denominados princípios constitucionais sensíveis (BRASIL, 2005).

No que interessa especificamente ao presente estudo, diante da perspectiva da inclusão da pessoa com deficiência em nossa sociedade, pode-se chegar à conclusão de que a sua inserção na rede regular de ensino representa um direito fundamental encartado pela ordem constitucional de 1988 e pelos tratados e convenções internacionais dos quais o Brasil é signatário.

Isso se dá em nome da superação da fase da visão dicotômica em que se separava a pessoa com deficiência das pessoas consideradas “normais”. A prosperar o Decreto em análise, ocorrerá a violação desses preceitos, prestigiando-se uma visão excludente e pautada na ideia de que a sociedade não deve reconhecer suas diferenças, mas se opor àqueles que são considerados diferentes.

Quando se trata do manejo de uma ADPF, Barcellos e Barroso (2006) sustentam que a questão constitucional discutida deve demandar a necessidade de fixação do conteúdo e do alcance do preceito fundamental. Não pode depender de definição prévia dos fatos controvertidos e, ainda, deve ser insuscetível de resolução a partir da interpretação do sistema infraconstitucional. Em primeiro lugar, o que se tem é a necessidade de verificar se se trata de uma violação real e direta a um preceito fundamental constitucional.

A edição do Decreto nº 10.502/2020 insere-se dentro desse contexto ao deixar de lado a obrigatoriedade das escolas de estabelecer o ensino especial na rede regular, violando diretamente um dos fundamentos da República, a ideia de cidadania, já que ela não se fará presente se não houver um processo educacional inclusivo; ainda, tem-se a violação direta de um dos objetivos da República que consiste na promoção do bem de todos, sem preceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. A manutenção do Decreto cria uma discriminação negativa que não se coaduna com os preceitos citados.

No que diz respeito à questão em análise ser insuscetível de resolução a partir da interpretação do sistema infraconstitucional, destaca-se que a interpretação das disposições jurídicas em geral passa por três etapas: i) análise de compatibilidade entre a norma e o sistema constitucional; ii) interpretação do sistema infraconstitucional propriamente dito para se obter uma determinação de sentido, alcance e conteúdo para se obter conceitos e categorias específicas; iii) apreciação dos casos concretos que serão levados ao conhecimento do Poder Judiciário. A

análise da constituição da política pública de ensino regular das pessoas com deficiência sob viés inclusivo, considerando as três etapas do raciocínio, inviabiliza qualquer definição que não seja uma construção de preceito fundamental pautado na adoção de uma política inclusiva, tendo como referência os direitos fundamentais encartados na Constituição e nos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário.

Segundo o disposto no art. 4º, § 1º da Lei nº 9.882/99, só será admitida a ADPF quando não houver outro meio eficaz de sanar a lesividade, isto é, o dispositivo acaba por estabelecer uma subsidiariedade para o manejo desse instrumento de controle de constitucionalidade.

A compreensão dessa norma tem gerado uma certa polêmica, tendo em vista que parte da doutrina rejeita esse caráter subsidiário com fundamento no art. 102, § 1º da CRFB/88. Nesse sentido, de acordo com Cunha Júnior (2004) a regra pode ser excepcionada em questões que transcendam interesses concretos e individuais. Em sentido contrário, o autor destaca que o STF tem aplicado a subsidiariedade e deixado de conhecer várias ADPFs, considerando a existência de outros meios eficazes de controle difuso ou concentrado de constitucionalidade (CUNHA JÚNIOR, 2004).

Apesar desse entendimento restritivo adotado pelo Pretório Excelso, se presentes os requisitos para a propositura da ADI, a Corte admite a conversão da ADPF em ADI (BRASIL, 2010b) ou em ADC ou mesmo de ADI ou ADC em ADPF (BRASIL, 2015), aplicando o princípio da fungibilidade.

Sem a pretensão de entrar nessa polêmica, que ultrapassa os limites do presente trabalho, o objetivo da ADPF no caso em análise seria o de afastar do sistema constitucional uma ação do Poder Público violadora dos preceitos fundamentais. O manejo da ação seria capaz de restabelecer os preceitos da política pública da educação especial para as pessoas com deficiência, já que a ADPF é dotada de efeito vinculante, sendo isso decisivo para o fim que se deseja alcançar. Nessa perspectiva, o ajuizamento de ações individuais não produziria a conformação que pode ser alcançada com o manejo da ADPF. Além disso, de acordo com Montes Netto (2019, p. 45), não seria, em tese, adequada a propositura de uma ADI, por se tratar de disposição regulamentar.

7 Considerações finais

Tem-se observado um processo de mudança no que tange à compreensão dos direitos fundamentais das pessoas com deficiência. A atual perspectiva é o estabelecimento de uma orientação inclusiva que possa proporcionar a esse grupo vulnerabilizado 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 dos quais o Brasil é signatário.

A análise dos mais variados diplomas legais denota que essa mudança de escopo vem sendo incorporada em uma série de normas que, paulatinamente, acabam por estabelecer

políticas públicas voltadas para a inclusão das pessoas com deficiência, isto é, existe toda uma tipologia normativa que atende às disposições do texto constitucional, bem como aos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário e que foram incorporados ao ordenamento jurídico do país, no sentido da criação de discriminações positivas em relações às pessoas com deficiência.

Um dos pontos de maior polêmica se refere à educação especial. A CRFB/88 estabelece como diretriz a sua inserção na rede regular de ensino. Os tratados internacionais caminham nessa direção, ao disporem que a educação é um vetor de eliminação das discriminações, mas o Decreto nº 10.502/2020 caminha em outro sentido, ao não dispor sobre a obrigatoriedade de ensino das pessoas com deficiência na rede regular, criando uma política educacional segregacionista que conflita com essas disposições normativas.

Qualquer perspectiva que se faça dos direitos fundamentais no momento atual deve estar pautada em uma concepção incluyente. Quando projetados sobre as pessoas com deficiência, tais direitos merecem especial atenção do Estado, devendo ser reconhecidos como instrumentos de eliminação de barreiras. Nesse contexto, a educação é um elemento central e que não pode ser tratada sob uma perspectiva que reforce as diferenças e que represente qualquer forma de exclusão.

Destarte, o Decreto nº 10.502/2020 viola as disposições emanadas da CRFB/88 e estabelece uma visão que opõe e segrega as pessoas com deficiência. O manejo da ADPF se faz necessário para retirar da ordem jurídica esse Decreto em nome da ordem e unidade do sistema normativo. A utilização dessa ação representa uma espécie especial de controle concentrado de constitucionalidade utilizada como um instrumento de cidadania, na medida em que a ADPF representa um dos mecanismos de defesa dos direitos fundamentais da pessoa com deficiência, em especial na construção de uma política pública de educação especial voltada para o estabelecimento da inclusão dessas pessoas na rede regular de ensino.

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.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 8. ed. São Paulo, Saraivajur, 2019.

BRASIL. **Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009**. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em: 25 jan. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 10.502, de 30 de setembro de 2020**. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10502.htm. Acesso em: 25 jan. 2022.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Comissão Nacional de Classificação. 2010a**. Disponível em: <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: 26 jan. 2022.

BRASIL. **Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999**. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9882.htm. Acesso em: 28 jan. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4.180 REF-MC/DF**. Relatora: Min. Cezar Peluso, j. 10 mar. 2010b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 4 MC/DF**. Relatora: Min. Ellen Gracie, j. 02 ago. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 33/PA**. Relator: Min. Gilmar Mendes, j. 07 dez. 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 378 MC/DF**. Relator: Min. Roberto Barroso, j. 17 dez. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Pet 1.140 AgR/TO**. Relator: Min. Sydney Sanches, j. 02 mai. 1996.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada**. São Paulo: Saraiva, 2000.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 3 ed. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

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.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle das omissões do Poder Público em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2004.

FEMILLA, Anna Paula; LOPES, Laís de Figueirêdo. In: **Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência comentada**. SETUBAL, Joyce Marquizein; 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.
- MONTES NETTO, Carlos Eduardo. **Impossibilidade da abstrativização dos efeitos do controle incidental de constitucionalidade como forma de proteção dos direitos coletivos**. 2019. 139 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de Ribeirão Preto, Ribeirão Preto, 2019.
- NOGUEIRA, Geraldo. **Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência comentada**. Brasília, Corde, 2008.
- NUBILA, Heloisa Brunow Ventura Di; BUCHALLA, Cassia Maria. O papel das Classificações da OMS - CID e CIF nas definições de deficiência e incapacidade. **Rev. bras. epidemiol.** 11 (2), jun. 2008. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbepid/a/gSPFtVnbyDzptD5BkzrT9Db/?lang=pt>. Acesso em: 26 jan. 2022.
- 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.
- THOMA, Adriana da Silva; KRAEMER, Graciele Marjana. **Educação de pessoas com deficiência no Brasil: políticas e práticas de governmentação**. Curitiba: Appris, 2017.
- VELOSO, Zeno. **Controle jurisdicional de constitucionalidade**. 3. ed. Belo Horizonte, Del Rey, 2003.