

Igualdade Como Proibição de Discriminação e Direito à (e Dever de) Inclusão: o Acesso ao Ensino Superior e a Regulamentação do Estatuto Brasileiro das Pessoas com Deficiência

Equality as a Prohibition of Discrimination and Right to (and Due to) Inclusion: Access to Higher Education and Regulation of the Brazilian Statute of Persons With Disabilities

INGO WOLFGANG SARLET

Doutor e Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Munique, Professor Titular da PUCRS, Desembargador do TJRS.

GABRIELLE BEZERRA SALES SARLET

Doutora em Direito pela Universidade de Augsburg (Alemanha), Pós-Doutoranda junto a PUCRS e Universidade de Hamburgo, Advogada.

RESUMO: Trata-se de artigo que, por meio do emprego da metodologia da pesquisa bibliográfica e do método hipotético-dedutivo, tematiza a articulação da proteção e da promoção jurídica das pessoas com deficiência com o princípio geral e com o direito geral de igualdade, reconhecido pela Constituição Federal de 1988 à luz da Convenção da ONU dos direitos das pessoas com deficiência e do Estatuto das Pessoas com Deficiência. Com isso, objetiva-se, a partir do diálogo com a dogmática jurídica (legislação, doutrina e jurisprudência), apresentar o novo modelo de abordagem da deficiência, para analisar no contexto atual as oportunidades de ingresso e de permanência dessa faixa da população brasileira no ensino superior no Brasil, de forma a assegurar e a promover a igualdade material, mediante políticas de inclusão e de superação das desigualdades.

PALAVRAS-CHAVE: Igualdade; pessoas com deficiência; educação superior; ações afirmativas; acessibilidade; direitos fundamentais.

ABSTRACT: This paper, through the methodology of bibliographic research and the hypothetic-deductive method, aims to analyze the articulation of the legal protection and promotion of persons with disabilities with the general equality principle in the Brazilian Federal Constitution (1988) in light of the international convention for the rights of persons with disabilities and the Brazilian Statute for Persons with Disabilities. In this sense, taking as premise the dialogue with the legal dogmatic (legislation, jurisprudence and doctrine), the paper aims to present the new model of disabilities in order to analyze, in the current context, the opportunities for access and permanence of this group of the Brazilian population to the higher education, by means to assure and promote substantial equality through inclusive policies.

KEYWORDS: Equality; persons with disabilities; education; affirmative actions; acessibility; fundamental rights.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Igualdade como princípio e direito fundamental na CF; 1.1 Considerações gerais; 1.2 Transição da igualdade formal para a assim chamada igualdade material; 2 Considerações acerca do impacto e dos desafios postos pela Convenção Internacional no (e para) o Estatuto brasileiro das pessoas com deficiência, com destaque para as políticas de ações afirmativas voltadas para o direito (e dever) de inclusão no âmbito do acesso à educação; 2.1 Considerações gerais: ações afirmativas como instrumentos de promoção da igualdade fática e de políticas de inclusão e reconhecimento das pessoas com deficiência; 2.2 Ações afirmativas voltadas para a pessoa com deficiência e o ensino superior no Brasil; 3 Síntese conclusiva; Referências.

INTRODUÇÃO

A deficiência (aqui em sentido amplo, física e mental e valendo-nos do termo incorporado à gramática jurídica internacional e constitucional) é, em geral, apontada como um traço característico de minorias, sendo fator – mesmo no século XXI – de preconceito, de discriminação e até mesmo de exclusão. No entanto, alinhar a ideia de deficiência pura e simplesmente à noção de minoria é, no mínimo, desconhecer que os números apontam em sentido oposto¹, para além de afastar toda e qualquer afirmação no sentido paternalista. Ademais disso, o que se busca ao retratar os desafios impostos à sociedade no que tange à plena inclusão é que a deficiência constitui uma espécie de traço identitário, não podendo servir de justificativa para nenhum tipo de discriminação, salvo as de natureza positiva (das assim chamadas ações afirmativas), que são, inclusive, objeto de exigência constitucional e do próprio direito internacional dos direitos humanos, no sentido de políticas de inclusão e de garantia de um patamar adequado em termos de igualdade de chances (oportunidades).

Para compreender a exclusão sofrida pela pessoa com deficiência e, principalmente, tentar esboçar uma ideia inclusiva, urge, portanto, adensar o foco em um feixe global de representações que englobem o sistema jurídico, sem, no entanto, se restringir a ele, muito embora a abordagem transdisciplinar não faça parte desse estudo. Para tanto, esse trabalho consiste em uma análise preliminar das formas de proteção e de promoção da pessoa com deficiência no Brasil e tem como objetivo precípuo, a partir do diálogo com a dogmática jurídica (legislação, doutrina e jurisprudência), apresentar para o cenário brasileiro o novo modelo de abordagem da deficiência, com profundas repercussões no próprio

1 Os resultados do Censo Demográfico de 2010 indicam que 23,9% da população brasileira têm algum tipo de deficiência, ou seja, 45.606.048 milhões de pessoas declararam ter pelo menos uma das deficiências investigadas. Entre as regiões, o nordeste brasileiro concentra os municípios com maiores percentuais dessa parcela da população (IBGE. Censo Demográfico 2010. Características gerais da população, religião e pessoas com deficiência. Rio de Janeiro, 2010. passim. Disponível em: <http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/94/cd_2010_religiao_deficiencia.pdf>. Acesso em: 19 maio 2016).

marco jurídico-constitucional, nas suas diversas dimensões e manifestações, mormente no que se refere às oportunidades de ingresso e de permanência no ensino superior no Brasil.

Em termos mais precisos, o presente texto tematiza a articulação da proteção (e promoção) jurídica das pessoas com deficiência com o princípio geral (e direito geral) de igualdade, tal como reconhecido pela Constituição Federal de 1988 (doravante CF), em especial avaliando a necessidade de sua releitura e concretização à luz da Convenção da ONU dos direitos das pessoas com deficiência, incorporada ao direito interno mediante o procedimento especial e reforçado previsto no art. 5º, § 3º, da CF, de tal sorte que tal convenção, tendo força jurídica equivalente a de uma emenda constitucional, passou a integrar o bloco de constitucionalidade nacional, parâmetro, portanto, tanto do controle de constitucionalidade quanto do assim designado controle de convencionalidade, por meio do qual se deve assegurar a sintonia da normativa (e prática) interna com os parâmetros do direito internacional dos direitos humanos.

Além dessa pergunta, a partir do marco normativo estabelecido pelo bloco de constitucionalidade, é o caso de examinar, à luz do exemplo do acesso ao ensino superior, a consistência constitucional do estatuto brasileiro das pessoas com deficiência, veiculado pela Lei nº 13.146, de julho de 2015, em particular no que diz respeito ao modo como tal diploma legal assegura e promove a igualdade material, mediante medidas (políticas de inclusão) e de superação das desigualdades fáticas. Neste contexto, buscar-se-á responder – à luz de exemplos – se e como o corpo legislativo doméstico (CF e em especial a Lei nº 13.146/2015, inclusive no tocante ao modo como tem sido compreendido e aplicado pelos diversos atores estatais) opera como instrumental adequado à realização do dever estatal de inclusão das pessoas com deficiência.

Para tanto, foram utilizados o método hipotético dedutivo e a metodologia de pesquisa bibliográfica. No que diz com a trajetória a ser percorrida, iniciaremos por tecer algumas considerações sobre a igualdade como princípio e direito fundamental (1), para, na sequência, apresentar e avaliar as cláusulas especiais (direitos especiais de igualdade) que estabelecem a proibição de discriminação e o dever de inclusão das pessoas com deficiência, bem como sua concretização legislativa (2), passando a avaliar o papel efetivo e potencial da CF e da Lei nº 13.146/2015, bem como de outros diplomas legais que as regulamentaram, e de sua aplicação pelos atores estatais, de modo a darem conta do programa normativo constitucional e legal, em especial no que se refere ao acesso ao ensino superior no Brasil dessas pessoas e, finalmente, culminando com algumas considerações finais (3).

1 IGUALDADE COMO PRINCÍPIO E DIREITO FUNDAMENTAL NA CF

1.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS

Igualdade e justiça são noções que guardam uma relação íntima, conexão que, por sua vez, pode ser reconduzida, no plano filosófico, ao pensamento grego clássico, com destaque para o pensamento de Aristóteles, quando ele associou justiça e igualdade e sugeriu que os iguais devem ser tratados de modo igual, ao passo que os diferentes devem ser tratados de modo desigual², muito embora – convém lembrar – a justiça não se esgote na igualdade nem com ela se confunda³. Desde então, o princípio da igualdade (e a noção de isonomia) guarda relação íntima com a noção de Justiça e com as mais diversas teorias sobre a Justiça, posto que, além de outras razões que podem ser invocadas para justificar tal conexão, a justiça é sempre algo que o indivíduo vivencia, em primeira linha, de forma intersubjetiva e relativa, ou seja, na sua relação com outros indivíduos e na forma como ele próprio e os demais são tratados⁴.

Além disso – mas também por isso mesmo –, a igualdade passou a constituir valor central para o direito constitucional contemporâneo, representando verdadeira “pedra angular” do constitucionalismo moderno⁵, porquanto parte integrante da tradição constitucional inaugurada com as primeiras declarações de direitos e sua incorporação aos catálogos constitucionais desde o constitucionalismo de matriz liberal-burguesa.

Desde então – e cada vez mais (embora os importantes câmbios na compreensão e aplicação da noção de igualdade ao longo do tempo) –, de acordo com a oportuna dicção de José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira, “o princípio da igualdade é um dos princípios estruturantes do sistema constitucional global, conjugando dialecticamente as dimensões liberais, democráticas e sociais inerentes ao conceito de Estado de direito democrático e social”⁶, tal como (também) o é o Estado projetado pela CF.

Já desde os primórdios do constitucionalismo moderno, a igualdade perante a lei e a noção de que “em princípio, direitos e vantagens devem benefi-

2 Destaca-se aqui a obra Aristóteles, *Ética a nicômacos* (3. ed. Trad. Mário da Gama Kury. Editora UnB, 1992. p. 96): “Se as pessoas não forem iguais, elas não terão uma participação igual nas coisas”, muito embora a justiça também para Aristóteles não se restrinja à igualdade.

3 Cf., por tantos, BOBBIO, Norberto. *Igualdade e liberdade*. 2. ed. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997. p. 14.

4 Cf., por todos, KLOEPFER, Michael. *Verfassungsrecht II. Grundrechte*. München: C. H. Beck, 2010. p. 199.

5 Cf., entre tantos, ROSENFELD, Michel. Hacia una reconstrucción de la igualdad constitucional. In: CARBONEL, Miguel (Compilador). *El principio constitucional de igualdad*. Lecturas de introducción. México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2003. p. 69.

6 Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República portuguesa anotada*. 4. ed. Coimbra: Coimbra, v. I, 2007. p. 336-7.

ciar a todos; e os deveres e encargos devem impender sobre todos”⁷, passou a constar gradativamente nos textos constitucionais, presença que alcançou sua máxima expansão, em termos quantitativos e qualitativos, no constitucionalismo do Segundo Pós-Guerra e com a inserção do princípio da igualdade e dos direitos de igualdade no sistema internacional de proteção dos direitos humanos, a começar pela própria Declaração da ONU, de 1948, quando, no seu art. I, solenemente, a exemplo do que havia feito a Declaração Francesa praticamente 150 anos antes, afirma que “todas as pessoas nascem livres e iguais em direitos”, para, no art. VII, declarar, em uma perspectiva já afinada com o que se convencionou designar de igualdade material, que “todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação”.

Ainda no plano do direito internacional, verificou-se um processo de amplo reconhecimento de direitos de igualdade mediante sua incorporação em diversos tratados ou convenções, sejam eles de amplitude universal (como no caso do art. 26 do Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos, de 1966, de acordo com o qual todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito, sem discriminação alguma, a igual proteção da lei), sejam eles de abrangência regional, como é o caso da Convenção Americana de Direitos Humanos (1969), cujo art. 24, de modo quase idêntico ao disposto no Pacto de Direitos Cívicos e Políticos, preceitua que “todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação alguma, à igual proteção da lei”.

Tais documentos supranacionais, que, uma vez ratificados pelos Estados (não é o caso, portanto, da Declaração da ONU, de 1948, que, contudo, integra o conjunto dos princípios do direito internacional), assumem a condição de normas de caráter vinculante, além de preverem cláusulas gerais, em parte também preveem cláusulas especiais de igualdade ou foram complementados por outros documentos destinados a combater as mais diversas modalidades de discriminação, como é o caso das Convenções sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial (1965) e da mulher (1979), bem como, mais recentemente, da Convenção sobre pessoas com deficiência, apenas para citar os exemplos mais conhecidos.

Particularmente no que interessa ao objeto dessa análise, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência aprovada pela ONU em 2006⁸ (doravante apenas CDPD) assume a condição de marco normativo (e vinculante) no cenário internacional e se afirma como um dos mais relevantes documen-

7 Ibidem, p. 338.

8 BRASIL. Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 10 jun. 2014.

tos na seara dos direitos humanos, na medida em que demonstra a necessidade de diálogo entre a dimensão jurídica transnacional (internacional) e a ordem jurídica interna, de modo a abranger integralmente o fenômeno humano e tutelá-lo de maneira adequada.

O referido diploma tratou de definir, em seu art. 2º, a discriminação sofrida pelas pessoas com deficiência como qualquer diferenciação, exclusão ou restrição baseada em deficiência cujo resultado seja toda e qualquer espécie de limitação de acesso a direitos e a garantias, bem como às diversas formas de políticas de reconhecimento de sua singularidade e, inclusive, à distribuição de bens e de recursos. A CDPD e o seu protocolo facultativo foram aprovados pelo Congresso Nacional do Brasil por meio do Decreto Legislativo nº 186, de 2008, em conformidade com o disposto no § 3º do art. 5º da CF, gozando de força jurídica equivalente a das emendas constitucionais, formando, junto com a CF e com a Lei nº 13.146, de 2015, o Estatuto da Pessoa com Deficiência (a seguir apenas EPD), o que se convencionou chamar de bloco de constitucionalidade⁹.

Note-se, ainda em uma fase preliminar, que, no caso da CF, a previsão de cláusulas especiais voltadas à proibição de discriminação e mesmo de inclusão (ações afirmativas) de pessoas com deficiência (no texto originário, pessoas portadoras de deficiência), representou significativo avanço em relação à trajetória anterior, preparando o terreno para o aperfeiçoamento e para o avanço representado pela CDPD e pelo EPD, bem como o seu impacto sobre o restante da legislação nacional e mesmo sobre os atos do Executivo e as decisões dos Tribunais, como se ainda terá ocasião de identificar e de avaliar.

Por outro lado, não se pode desconsiderar, embora não seja o caso de mapear todos os textos constitucionais e internacionais que de algum modo dizem respeito ao ponto, que o problema da discriminação e da inclusão das pessoas com deficiência se situa no contexto mais amplo do reconhecimento e do desenvolvimento do conteúdo e do alcance do princípio da igualdade e do correspondente direito geral de igualdade, objeto de significativa mutação quanto ao seu significado e ao seu alcance, especialmente quanto ao trânsito de uma concepção estritamente formal de igualdade para uma noção material, muito embora tal mudança não se tenha processado da mesma forma em todos os lugares.

Nessa perspectiva, é possível, para efeitos de compreensão da evolução anteriormente apontada, identificar três fases que representam a mudança quanto ao entendimento sobre o princípio (e direito) da igualdade, quais sejam:

9 SILVA, Carolina Machado Cyrillo da. A convenção internacional sobre os direitos das pessoas com deficiência e a hierarquia entre os direitos humanos e direitos fundamentais da Constituição brasileira de 1988. In: BERTOLDI, Marcia Rodrigues; GASTAL, Alexandre Fagundes et al. *Direitos fundamentais e vulnerabilidade social*: em homenagem ao Professor Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 249-250.

a) a igualdade compreendida como igualdade de todos perante a lei, em que a igualdade também implica a afirmação da prevalência da lei; b) a igualdade compreendida como proibição de discriminação de qualquer natureza; c) igualdade como igualdade da própria lei, portanto, uma igualdade “na” lei¹⁰. As três fases serão tratadas, doravante, no âmbito da distinção entre igualdade formal e igualdade material, distinção que segue sendo central para a compreensão, no seu conjunto, do princípio e do direito de igualdade na condição de direito humano e fundamental.

De qualquer sorte, como bem lembra Oscar Vilhena Vieira, a afirmação de que todos são iguais perante a lei não pode ser compreendida como uma proposição de fato, mas, sim, como uma reivindicação de natureza moral, de modo que a igualdade constitui uma reivindicação socialmente e politicamente construída, que, no plano jurídico, se traduz em um dever-ser, um dever de igual tratamento, de igual respeito e consideração¹¹. É também nessa perspectiva que se situa a transição de uma igualdade apenas formal para uma igualdade em sentido material, compreendida também como igualdade de chances (oportunidades), contexto no qual o problema central do presente texto, que diz com a proibição de discriminação e de dever de promoção das pessoas com deficiência, principalmente no que tange à garantia de acessibilidade ao ensino superior que ainda assume particular significação no Brasil.

1.2 TRANSIÇÃO DA IGUALDADE FORMAL PARA A ASSIM CHAMADA IGUALDADE MATERIAL

Na sua primeira fase de reconhecimento, o princípio da igualdade, como já anunciado, correspondia à noção de que todos os homens são iguais, compreendida no sentido de uma igualdade absoluta em termos jurídicos, correspondendo ao direito de toda e qualquer pessoa estar sujeita ao mesmo tratamento previsto na lei, independentemente do conteúdo do tratamento dispensado e das condições e das circunstâncias pessoais, razão pela qual, nessa perspectiva, o princípio da igualdade de certo modo correspondia à exigência da generalidade e de prevalência da lei, típica do Estado Constitucional de matriz liberal¹².

A igualdade perante a lei, que corresponde à igualdade formal, habitualmente veiculada pela expressão “todos são iguais perante a lei”, como já lecionava Pontes de Miranda, é, em primeira linha, destinada ao legislador,

10 Cf. a síntese de GARCIA, Maria Glória F. P. D. *Estudos sobre o princípio da igualdade*. Coimbra: Almedina, 2005. p. 36.

11 Cf. VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos fundamentais*. Uma leitura da jurisprudência do STF. Colaboração de Flávia Scabin. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 282-83. Em sentido similar, igualmente refutando uma igualdade natural e afirmando que a igualdade constitui um “construído”, v., também, ROTHENBURG, Walter Claudius. Igualdade. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Direitos fundamentais e Estado Constitucional*. Estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 346 e ss.

12 Cf. GARCIA, Maria Glória F. P. D. *Estudos sobre o princípio da igualdade*, cit., p. 36-37.

estabelecendo uma proibição de tratamentos diferenciados, o que, todavia, embora sirva para coibir desigualdades no futuro, não é suficiente para “destruir as causas” da desigualdade em uma sociedade¹³. A igualdade formal, portanto, como postulado da racionalidade prática e universal, que exige que todos que se encontram em uma mesma situação recebam idêntico tratamento (portanto, compreendida como igualdade na aplicação da lei), passou a ser complementada pela assim chamada igualdade material, embora se deva anotar que as noções de igualdade formal e material não são sempre compreendidas do mesmo modo¹⁴.

Com efeito, a circunstância de que a lei deveria ser a mesma para todos não era, na primeira fase do reconhecimento do princípio da igualdade, tida como incompatível com a desigualdade em matéria de direitos e de obrigações decorrente de desigualdades sociais e econômicas, como bem ilustra o exemplo das limitações impostas na esfera dos direitos políticos, visto que durante considerável período de tempo era difundida a prática de se exigir, tanto para votar quanto para concorrer a cargos eletivos, a demonstração de patrimônio e/ou rendimento¹⁵.

Igualmente, a “chancela legal” da escravidão, tal como ocorreu, mesmo após a promulgação da Constituição, nos Estados Unidos da América (embora a peculiar formulação da igualdade na décima quarta emenda, integrada à declaração de direitos, gradativamente ampliada a partir da sua primeira formatação, em 1791) e no Brasil (a despeito do conteúdo da declaração de direitos inserta na Carta Imperial de 1824), se revelava, por algum tempo e lamentavelmente para não poucos, compatível com a igualdade de todos (cidadãos, não “escravos”, pois apenas os “libertos” detinham então o *status* da cidadania) perante a lei.

A atribuição de um sentido material à igualdade, que não deixou de ser (também) uma igualdade de todos perante a lei, foi uma reação precisamente à percepção de que a igualdade formal não afastava, por si só, situações de injustiça, além de se afirmar a exigência de que o próprio conteúdo da lei deveria ser igualitário, de modo que, de uma igualdade perante a lei e na aplicação da lei, se migrou para uma igualdade também “na lei”¹⁶.

Igualdade em sentido material, além disso, significa proibição de tratamento arbitrário, ou seja, a vedação da utilização, para o efeito de estabelecer as relações de igualdade e de desigualdade, de critérios intrinsecamente injus-

13 PONTES DE MIRANDA. *Democracia, liberdade, igualdade: os três caminhos*. São Paulo: José Olympio, 1945. p. 530.

14 Cf. GARCIA, Maria Glória F. P. D. *Estudos sobre o princípio da igualdade*, cit., p. 48.

15 Cf. DÍEZ-PICAZO, Luiz María. *Sistema de Derechos Fundamentales*. 2. ed. Navarra: Editorial Aranzadi, 2005. p. 192.

16 *Ibidem*, p. 193.

tos e violadores da dignidade da pessoa humana, de tal sorte que a igualdade, já agora na segunda fase de sua compreensão na seara jurídico-constitucional, opera como exigência de critérios razoáveis e justos para determinados tratamentos desiguais¹⁷.

A concepção material da igualdade, por sua vez, na terceira fase que caracteriza a evolução do princípio no âmbito do constitucionalismo moderno, para um dever de compensação das desigualdades sociais, econômicas e culturais, portanto, para o que se convencionou chamar de uma igualdade social ou de fato¹⁸, embora também tais termos nem sempre sejam compreendidos da mesma forma. Importa ainda registrar, nessa quadra, que as três dimensões da igualdade, que integram a igualdade formal e material, levaram a uma reconstrução da noção de igualdade e do seu significado em termos jurídico-constitucionais, o que também foi objeto de particular consideração pela CF, que consagra tanto um princípio quanto um direito geral de igualdade, na sua dupla dimensão formal e material, quando prevê diversas cláusulas especiais de igualdade, ademais de contar com normas definidoras de deveres estatais (e mesmo da sociedade) no que diz com a superação das desigualdades fáticas e promotoras da inclusão social, econômica, política e cultural.

Com efeito, na CF, objeto imediato de nossa atenção, a igualdade obteve lugar de acentuado destaque em várias passagens do texto constitucional, a começar pelo Preâmbulo, em que a igualdade (ao lado da justiça) e o valor de uma sociedade pluralista e sem preconceitos integram os valores centrais da ordem jurídico-constitucional. Além disso, a igualdade se apresenta no texto constitucional tanto como princípio estruturante do próprio Estado Democrático de Direito quanto na condição de norma impositiva de tarefas para o Estado, bastando, neste contexto, referir o disposto no art. 3º, que, no âmbito dos objetivos fundamentais (com destaque para os incisos III e IV), elenca a redução das desigualdades regionais e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, de raça, de sexo, de cor, de idade e de quaisquer outras formas de discriminação.

Assim como se deu em outras ordens constitucionais contemporâneas, também a CF não se limitou a enunciar um direito geral de igualdade, como ocorreu no art. 5º, *caput* (“todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza...”), mas estabelece, ao longo do texto, uma série de disposições impositivas de um tratamento igualitário e proibitivas de discriminação (cláusulas ou direitos especiais de igualdade), como é o caso da igualdade entre homens e mulheres (art. 5º, I), da proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou

17 Cf. GARCIA, Maria Glória F. P. D. *Estudos sobre o princípio da igualdade*, cit., p. 62.

18 Cf. MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição portuguesa anotada*. Coimbra: Coimbra, t. I, 2005. p. 120.

estado civil (art. 7º, XXX), proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e a critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência (art. 7º, XXI), acesso igualitário e universal aos bens e aos serviços em matéria de saúde (art. 196, *caput*), igualdade de condições para o acesso e a permanência na escola (art. 206, I), igualdade de direitos e de deveres entre os cônjuges (art. 226, § 5º) e proibição de discriminação em razão da filiação (art. 227, § 6º). Da mesma forma, já no plano constitucional, está presente o dever de promover políticas de ações afirmativas, como é o caso, em caráter ilustrativo, do art. 37, VII, estipulando que a lei deverá reservar percentual dos cargos e dos empregos públicos para pessoas com deficiência.

Nessa perspectiva, é possível afirmar que também no Brasil o princípio (e direito) da igualdade abrange pelo menos três dimensões: a) proibição do arbítrio, de modo que tanto se encontram vedadas diferenciações destituídas de justificação razoável com base na pauta de valores constitucional, quanto proibido tratamento igual para situações manifestamente desiguais; b) proibição de discriminação, portanto, de diferenciações que tenham por base categorias meramente subjetivas; c) obrigação de tratamento diferenciado com vistas à compensação de uma desigualdade de oportunidades, o que pressupõe a eliminação, pelo Poder Público, de desigualdades de natureza social, econômica e cultural¹⁹.

Na condição de direito subjetivo, o direito de igualdade opera como fundamento de posições individuais e mesmo coletivas que têm por objeto, na perspectiva negativa (defensiva), a proibição de tratamentos (encargos) em desacordo com as exigências da igualdade, ao passo que na perspectiva positiva ele opera como fundamento de direitos derivados a prestações, isto é, de igual acesso às prestações (bens, serviços, subvenções, etc.) disponibilizados pelo Poder Público ou por entidades privadas, na medida em que vinculadas ao princípio e ao direito de igualdade²⁰.

Também a exigência de medidas que afastem desigualdades de fato e promovam a sua compensação, ou seja, de políticas de igualdade e mesmo de políticas de ações afirmativas pode ser reconduzida à função positiva (prestacional) da igualdade, que implica um dever de atuação estatal, seja na esfera normativa, seja na esfera fática, de modo que é possível falar em uma imposição constitucional de uma igualdade de oportunidades²¹.

Por evidente, cabe sublinhar que, quanto mais se trata de observar exigências estritas postas por cláusulas especiais de igualdade (e correspondentes

19 Aqui adota-se a síntese de CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República portuguesa anotada*, cit., p. 339.

20 Cf. KLOEPFER, Michael. *Verfassungsrecht II*, cit., p. 202-03.

21 Cf., por todos, CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República portuguesa anotada*, cit., p. 342.

proibições de discriminação), maior será a vinculação do legislador e a possibilidade e a necessidade de correção via judicial, o que ganha em expressão agora no campo da proteção das pessoas com deficiência, especialmente no âmbito do ensino superior. Isso ocorre – para citar outro exemplo clássico – na esfera das relações de trabalho, nas quais vigem cláusulas especiais proibitivas de discriminação (por exemplo, art. 7º, XXX e XXXI), mas também por força de um desnível (ainda que nem sempre igual) de poder econômico, uma eficácia direta, especialmente tendo em conta que o empregador é o sujeito passivo principal do direito subjetivo, deve, em princípio, ser reconhecida, mas também se verifica com a igualdade de gênero, igualdade dos filhos e dos cônjuges, entre outros.

Neste contexto, a ratificação da Convenção dos direitos das pessoas com deficiência e a sua concretização mediante regulamentação adicional interna, em diversos setores da vida pública, privada, social, econômica e cultural, estabelece parâmetros (veiculados por princípios e regras), particularmente exigentes e vinculativos mesmo dos atos de particulares. No que tange à aplicação do princípio da igualdade, é igualmente preciso partir da premissa de que igualdade é um conceito relacional e comparativo, pois toda afirmação de uma igualdade ou desigualdade pressupõe uma comparação²². Por mais que se considere correta a noção aristotélica de tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, a proposição, em si mesma, é insuficiente para que se possa responder à indagação sobre quais sujeitos deverão ser tratados desigualmente ou, e, sendo o caso, de modo igual²³.

À vista do exposto, é possível afirmar que o princípio da igualdade encerra tanto um dever jurídico de tratamento igual do que é igual quanto um dever jurídico de tratamento desigual do que é desigual. Tais deveres, na acepção de Robert Alexy, implicam um ônus argumentativo no sentido de uma justificação – na perspectiva jurídico-constitucional – de eventual tratamento desigual, visto que o que é vedado, como já sinalado, é toda e qualquer desigualdade de caráter arbitrário; portanto, não justificável, já que o princípio da igualdade não exige que o legislador deva tratar todos da mesma maneira ou que todos devam ser iguais em todos os aspectos. Assim, ainda para Alexy, o princípio geral da igualdade pode ser estruturado com base nos seguintes enunciados: a) se não houver razão suficiente que permita um tratamento desigual, o tratamento igual é obrigatório; b) se não houver razão suficiente para permitir um tratamento igual, o tratamento desigual será obrigatório²⁴.

22 Cf., por todos, GARCIA, Maria Glória F. P. D. *Estudos sobre o princípio da igualdade*, cit., p. 46.

23 Cf., por todos, MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 10-11.

24 Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 401 e ss. (No original alemão, *Theorie der Grundrechte*, 2. ed., Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, p. 364 e ss.).

Neste contexto, entre outros fatores, importa diferenciar entre o princípio (e direito) geral de igualdade e as assim chamadas cláusulas especiais de igualdade (como são precisamente as que enunciam e definem em termos mais gerais e específicos à proibição de discriminação das pessoas com deficiência), pois a intensidade de vinculação dos órgãos estatais, especialmente do legislador, é mais intensa no caso das proibições especiais de discriminação do que a partir do parâmetro do direito geral de igualdade, implicando uma maior limitação da liberdade de conformação legislativa²⁵. Convém registrar que as cláusulas especiais de igualdade justamente foram uma resposta ao modelo da igualdade formal, no sentido de uma mera igualdade perante a lei, impondo a sua superação.

Se uma metódica embasada na diferença entre o direito geral de igualdade e as cláusulas especiais se revela consistente e útil, ao mesmo tempo não se poderá afirmar que a proibição de diferenciação com base em determinado critério (idade, gênero, orientação religiosa, deficiência física ou psíquica, etc.) impede, de modo absoluto, que algum tratamento desigual seja justificado, sendo até mesmo exigido, a depender do caso. Assim, nos casos das cláusulas especiais de igualdade, o que se verifica é que o ônus argumentativo, portanto, a consistência das razões para justificação do tratamento desigual deverá ser muito mais elevada, de modo que eventual diferenciação terá caráter ainda mais excepcional. Nesse sentido, há que atentar para o fato de que o elemento discriminatório (como em geral se dá na metódica de aplicação da igualdade) não é autônomo em face da finalidade do ato (finalidade que deve ser sempre constitucionalmente legítima e justificada) do qual resulta um tratamento desigual, de modo que se deverá guardar uma relação lógica e racional com a finalidade, como, por exemplo, no caso de edital de concurso público para as funções de salva-vidas, que exige destreza em termos de natação e um certo nível de vigor atlético²⁶.

Ainda no âmbito de uma concepção material (e mesmo positiva) de igualdade, registra-se que o princípio da igualdade também pode operar como exigência de uma igualdade de oportunidades (ou igualdade de chances²⁷) com o intuito de assegurar uma concorrência livre e equilibrada, não apenas na esfera da vida política (em que o princípio da igualdade assume uma relevância particular, como, por exemplo, o tratamento isonômico de partidos políticos,

25 Cf., por todos, PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Grundrechte*. Staatsrecht II. 26. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2010. p. 114.

26 Nesse sentido a ponderação de BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, v. II, 1989. p. 10.

27 Sobre o tema, ver, no que diz com a definição de uma igualdade de chances, a pioneira contribuição de SCHOLLER, Heinrich. *Die Interpretation des Gleichheitssatzes als Willkürverbot oder als Gebot der Chancengleichheit*. Berlin: Duncker & Humblot, 1969. V., também, a análise de ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, cit., p. 377 e ss. (Na edição em língua portuguesa, já citada, v. p. 415 e ss., no âmbito da distinção e relação entre igualdade jurídica e igualdade fática).

candidatos e eleitores)²⁸, mas também para a vida social e econômica, como se dá no campo da tributação, da intervenção no domínio econômico e da liberdade empresarial²⁹, ressaltando-se que uma consideração da igualdade de oportunidades não implica um abandono da igualdade jurídica em prol de uma igualdade eminentemente fática, posto que a igualdade material, apenas para enfatizar, não se confunde com a noção de igualdade de fato, de modo que igualdade jurídica e igualdade fática devem ser conciliadas mediante uma relação (complexa e diferenciada) de consideração recíproca e de adequada ponderação³⁰.

No caso da Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência e sua regulamentação em nível nacional, estamos diante de uma exigência de rigorosa observância aos limites postos pelas cláusulas especiais de igualdade nela contidos, com repercussão em várias searas do direito infraconstitucional, seja na perspectiva das proibições de discriminação, seja no plano das assim chamadas ações afirmativas voltadas para o acesso e para a permanência, a dizer, para a inclusão na educação superior, que constituirão o objeto central de nossa atenção logo a seguir.

2 CONSIDERAÇÕES ACERCA DO IMPACTO E DOS DESAFIOS POSTOS PELA CONVENÇÃO INTERNACIONAL NO (E PARA) O ESTATUTO BRASILEIRO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA, COM DESTAQUE PARA AS POLÍTICAS DE AÇÕES AFIRMATIVAS VOLTADAS PARA O DIREITO (E DEVER) DE INCLUSÃO NO ÂMBITO DO ACESSO À EDUCAÇÃO

2.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS: AÇÕES AFIRMATIVAS COMO INSTRUMENTOS DE PROMOÇÃO DA IGUALDADE FÁTICA E DE POLÍTICAS DE INCLUSÃO E RECONHECIMENTO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

A relação entre igualdade jurídica e igualdade fática assume particular relevância no campo das atualmente disseminadas – embora em maior ou menor medida controversas – políticas de ações afirmativas. Neste contexto, tem sido amplamente aceita a distinção entre uma modalidade direta de discriminação e os casos da assim chamada discriminação indireta, no sentido de que ambas as formas de discriminação são, quando não justificáveis do ponto de vista constitucional, ofensivas ao princípio da igualdade. No caso da discriminação indireta, o que se verifica é que medidas aparentemente neutras sob o ponto

28 Ver, com referência à jurisprudência do STF: RIOS, Roger Raupp. O princípio da igualdade na jurisprudência do STF: argumentação, força normativa, direito sumular e antidiscriminação. In: SARLET, Ingo Wolfgang; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 311-313.

29 Sobre o tema, ver, por todos, a alentada tese de livre docência de ENGLISCH, Joachim. *Wettbewerbsgleichheit im grenzüberschreitenden Handel*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008. especialmente p. 193 e ss. (Quanto ao significado da igualdade na esfera da livre concorrência em um sistema multinível).

30 Nesse sentido, por todos, ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, cit., p. 380 e ss. (Na versão em português, p. 419 e ss.).

de vista discriminatório, quando de sua aplicação, resultam efeitos nocivos e particularmente desproporcionais para determinadas categorias de pessoas³¹.

Desenvolvida no âmbito da jurisprudência norte-americana, a assim chamada teoria do impacto desproporcional levou à adoção gradativa de políticas de ações afirmativas, de modo especial na esfera da discriminação racial, ao passo que em outros ambientes, como foi o caso da Europa, se desenvolveu particularmente no campo da discriminação em razão do gênero, passando a ser adotada em outras áreas em que se registra o fenômeno. O que importa, ao fim e ao cabo, é que independentemente da demonstração da intenção de discriminar, o impacto real de medidas em si neutras não venha, de modo desproporcional, afetar a determinados grupos, colocando-os em situação de efetiva desvantagem em relação aos demais segmentos sociais, pena de tais medidas serem consideradas incompatíveis com o princípio da igualdade³².

À vista do que já foi exposto, a CF, em vários momentos, impõe ao Poder Público – de modo explícito e implícito – a promoção de medidas (normativas e fáticas) com vistas à redução das desigualdades, ou seja, o que, dito de outro modo, implica um dever de adotar políticas de ações afirmativas, no sentido de uma imposição constitucional, cujo descumprimento poderá levar a um estado de omissão inconstitucional³³.

Como revela a evolução brasileira nessa seara, que abarca desde a promoção da igualdade de gênero, por orientação sexual, pessoas com deficiência, em função da idade, mas especialmente consideradas determinadas peculiaridades, em virtude de discriminação racial (raça tomada aqui como conceito normativo), uma série de políticas de ação afirmativa (ou de discriminação positiva ou inversa, como também se costuma designar tais medidas) tem sido levada a efeito, vez por outra gerando alguma querela em sede judicial. Particularmente no caso das políticas de cotas para afrodescendentes, já implantadas em dezenas de universidades públicas e mesmo privadas, ou por força de legislação federal, como se deu no caso do Programa Universidade para Todos, o conhecido ProUni, todas mantidas quando submetidas ao crivo do STF.

No caso das pessoas com deficiência, além da previsão constitucional específica impondo política de cotas e, portanto, de inclusão, a Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência veio a reforçar tal exigência, inclusive mediante a reformulação da própria noção de deficiência, protagonizando uma

31 Cf. a definição de GOMES, Joaquim Barbosa. *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 24.

32 V., por todos, a excelente síntese de SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais*: estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 147 e ss.

33 Cf., por todos, CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República portuguesa anotada*, cit., p. 342.

leitura mais aberta e mais inclusiva e que deve ser respeitada e concretizada pela legislação brasileira.

Não custa recordar, à guisa de contextualização, que uma das primeiras ações de inclusão das pessoas com deficiência foi em razão da necessidade de reinserção dos mutilados de guerra, sobretudo após as duas grandes Guerras Mundiais. No Brasil essa ação está cronologicamente situada após a Guerra do Paraguai, quando houve a fundação do Asilo dos Inválidos da Pátria. Em 1923, por meio da recomendação da OIT, houve a aprovação de leis na Europa, no sentido de garantir cotas de vagas de empregos para mutilados de guerra. Somente em 1944, em decorrência da Reunião de Filadélfia, foi recomendada pela OIT a garantia de cotas para pessoas com deficiência não combatentes.

Em 1971, a ONU proclamou a declaração dos direitos do deficiente mental e, em 1975, foi aprovada a declaração dos direitos das pessoas com deficiência, forte no princípio da dignidade da pessoa humana como premissa para a garantia desses direitos, motivando a proclamação do ano de 1981 como ano internacional das pessoas deficientes e a aprovação do Programa de ação mundial para pessoas deficientes em 1982, que intentava, basicamente, garantir a todos o acesso ao sistema geral da sociedade, no que toca ao meio físico e cultural, à habitação, ao transporte, aos serviços sociais e de saúde, às oportunidades de educação e de trabalho, à vida cultural e social.

Essa concepção se tornou paradigmática em razão da mudança no conceito de deficiência que, outrora, era tido apenas na perspectiva biomédica e individual, ou seja, em uma abordagem extremamente excludente e estigmatizante³⁴, passando para uma perspectiva social em que há uma nítida busca pela inclusão e pela adaptação do cotidiano às necessidades de todos, especialmente dos mais vulnerabilizados, ou seja, os deficientes³⁵. Ademais, trata-se de uma modalidade de percepção da deficiência a partir de uma perspectiva sociológica, mas, igualmente, de expressão de um conceito eminentemente político³⁶.

A ideia central do modelo social, portanto, é pautada preponderantemente em dois pontos: 1) A deficiência em si não poder justificar a desigualdade e a exclusão que ainda se verifica em relação às pessoas com deficiência, dizendo, nesse sentido, com a proposta de separação entre os conceitos de lesão e deficiência; 2) Uma vez que se trata de um conceito sociológico e igualmente político, a abordagem deixaria de ser individual, personalizada e biomédica no sentido de uma tragédia pessoal ou de castigo divino para ser pensado na forma de objeto para a criação de políticas públicas que visem à transformação de to-

34 SANDEL, Michael J. *Contra a perfeição: ética na era da engenharia genética*. Trad. Ana Carolina Mesquita. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013. p. 64-65.

35 DINIZ, Débora. *O que é deficiência?* São Paulo: Brasiliense, 2007. p. 27-28.

36 RIOS, Roger Raupp. Direito da antidiscriminação e discriminação por deficiência. In: DINIZ Débora; SANTOS, Wederson (Org.). *Deficiência e discriminação*. Brasília: Letras Livres, 2010. p. 73-96.

das as espécies de padrões sociais excludentes, transferindo a responsabilidade acerca da inclusão para o Estado em parceria com a sociedade civil³⁷.

O que ocorre é que, ainda assim, após o novo conceito de deficiência, ou seja, apesar dessa mudança de paradigma dos anos 70, subsiste na vida cotidiana a ideia de medicalização³⁸ da sociedade e, principalmente, das pessoas deficientes em função da supremacia da ditadura do ideal de normalidade³⁹. Outrossim, a real superação dos paradigmas anteriores significou a crítica aos modelos tradicionais, especialmente no que tange à necessidade de abandono da ideia de reabilitação, típica da modernidade, que, em síntese, pautava acentuadamente a hierarquia entre indivíduos em: aptos e inaptos, adequados e inadequados.

O modelo social, como já mencionado, buscou superar o chamado modelo biomédico da deficiência que ainda insistia em processos que, resumidamente, intentavam curar, tratar, eliminar e, com isso, torturavam o corpo e a alma. Tais processos buscavam moldar a pessoa com deficiência a um padrão social, mental e físico que, de fato, consiste em uma grande idealidade. De todo modo, esse modelo biomédico recriou e, especialmente, reforçou as estruturas de discriminação e de intolerância que já existiam e que ainda disciplinam os corpos e as mentes em nossas sociedades contemporâneas.

A desinstitucionalização, a desmedicalização e a luta pelos direitos civis são as características principais dessa fase do final do século XX, que deu ensejo, inclusive, ao modelo social. Inicialmente, surgido nos EUA, o modelo social foi fruto da atmosfera de liberdade e de independência de acordo com o *way of life* americano e amparado no pacote composto pelo capitalismo de mercado e as noções de liberdade, sobretudo política. Em princípio, tanto nos EUA quanto no Reino Unido, que igualmente se destacou na estruturação do modelo social, as primeiras reivindicações eram em torno da superação das barreiras socioambientais, da produção de uma legislação antidiscriminatória e, de modo geral, pelos direitos civis.

Daí se afirmar que o giro copérnico, forjado a partir da nova ideia de deficiência, tem prioritariamente caráter de superação do modelo tradicional que situava a pessoa como elemento nuclear, dentro dos padrões biomédicos e até religiosos que o antecederam, passando para um padrão em que a sociedade é chamada à responsabilidade. Ou seja, trata-se de um modelo que tem a plena

37 DINIZ, Débora. *Modelo social da deficiência: a crítica feminista*. Série Anis. Brasília: Letras Livres, 2003. p. 2.

38 RODRIGUES, José Carlos. *O corpo na história*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 1999. p. 112.

39 DINIZ, Débora; SANTOS, Wederson. Deficiência e direitos humanos: desafios e respostas à discriminação. In: DINIZ, Débora; SANTOS, Wederson (Org.). *Deficiência e discriminação*. Brasília: Letras Livres, 2010, p. 9-17: “[...] Não há corpos naturalmente em desvantagem, mas simplesmente uma ideologia da normalidade que os classifica como inferiores a um ideal de produtividade, de independência e de vida boa”.

cidadania como objetivo último e, nesse sentido, está diretamente relacionado com a teoria e com a prática dos direitos humanos.

Portanto, a nova perspectiva para a deficiência implica a concreta equalização de igualdade e de dignidade para todos, indistintamente, promovendo, no que for necessário, as ações afirmativas adequadas para a inversão do contexto discriminatório que ainda perdura até a atualidade por um padrão solidário e inclusivo.

De fato, um dos legados mais importantes desse modelo social foi a compreensão contemporânea da deficiência em uma abordagem coletiva que se projeta para a pluralidade, para a igualdade, para a tolerância e para a diversidade. O outro legado foi a consciência de que cabe a todos, solidariamente, a retirada das barreiras sociais, intelectuais, culturais e arquitetônicas que separam todas as pessoas, deficientes ou não. Portanto, diz-se que houve a neutralização do aspecto estigmatizante que se pensava estar ínsito à noção de deficiência.

Importa ainda advertir que, no âmbito do direito interno, mais precisamente da evolução constitucional brasileira, foi com a atual CF que o tema passou a merecer maior atenção, pois nos textos constitucionais anteriores a referência ao caso das pessoas com deficiência (a CF, promulgada antes da entrada em vigor da Convenção Internacional, ainda utiliza a expressão pessoas portadoras de deficiência, que era praticada na época) era isolada, tendo sido apenas mediante a aprovação da Emenda Constitucional nº 12, de 1978, que a proteção e promoção das pessoas com deficiência mereceu um tratamento mais detalhado, ainda sob a égide do sistema constitucional anterior⁴⁰.

No texto da CF vigente, são vários os dispositivos que dizem respeito (direta ou indiretamente) à proibição de discriminação e à promoção da igualdade das pessoas com deficiência. Além dos objetivos do art. 3º e do art. 5º, *caput*, a questão é iluminada pelo princípio da dignidade da pessoa humana, que, especialmente no tocante ao conteúdo material do princípio da igualdade e da compreensão das discriminações legítimas (por proporcionais e justificadas constitucionalmente) e ilegítimas, alcançou grande importância. Não é preciso detalhar aqui o quanto as pessoas com deficiência foram e ainda são expostas não apenas a discriminações, explícitas e implícitas, mas inclusive a tratamentos desumanos e degradantes (ou mesmo submetidos à deliberada eliminação de natureza eugênica), sem que se ingresse aqui no debate de o quanto (em que medida) um tratamento discriminatório já não constitui em si um tratamento desumano e degradante.

40 Sobre tal evolução, ver a síntese de ARAÚJO, Luiz Alberto David. A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência: algumas dificuldades para efetivação dos direitos. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 911 e ss.

De qualquer modo, como lembra Luiz Alberto David Araújo, a CF, fundada na dignidade da pessoa humana, enfatiza a condição primeira da pessoa, deixando de lado a referência aos deficientes, fórmula felizmente outrora superada e que não deixava de ser sintomática de como a situação era percebida e tratada pela ordem jurídica⁴¹.

No que diz com as disposições constitucionais voltadas especialmente às pessoas com deficiência, registra-se o art. 7º, XXXI, que proíbe toda e qualquer forma de discriminação de tais pessoas quando da contratação e no tocante à remuneração, o que, por sua vez, como já adiantado nos segmentos anteriores, não impede que sejam estabelecidas exigências especiais, desde que não arbitrárias e incompatíveis com os critérios da proporcionalidade, como na hipótese de não se admitir pessoas cegas para atuar em policiamento ostensivo ou pilotos de avião, entre outras situações similares. Por outro lado, evidencia-se um dever de “acomodação” proporcional, que, por sua vez, guarda relação com um dever de tomar medidas concretas para assegurar as condições para que pessoas com deficiência possam exercer determinadas funções (muitas vezes dependentes de algum treinamento especial e algum recurso técnico disponível e que não resulte em impacto desproporcional sobre quem o deve disponibilizar)⁴².

O que se percebe é que, no caso das pessoas com deficiência, o problema da igualdade fática e da assim chamada discriminação indireta é particularmente agudo, de tal sorte que não apenas não se encontra maior resistência à noção de um dever de políticas de ações afirmativas nessa seara, como tal dever foi objeto de disposição constitucional expressa contida no art. 37, VII, da CF, prevendo a reserva de percentual dos cargos e dos empregos públicos para as pessoas com deficiência, dispositivo que já (para além da normativa internacional existente sobre a matéria, como é o caso, por exemplo, da Convenção nº 111 da OIT) foi objeto de regulamentação pelo legislador infraconstitucional, que também estabeleceu uma política de inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho, tendo como destinatários de tal dever os atores privados (sobre o tema destacam-se as Leis nºs 8.212 e 8.213, ambas de 1991), não sendo, contudo, viável aqui aprofundar o tópico⁴³.

As ações afirmativas destinadas à integração das pessoas com deficiência não se limitam, por evidente, ao mundo do trabalho, abarcando um dever de inclusão (integração e promoção) em todas as esferas da vida social, econômi-

41 Ibidem, p. 913.

42 Ibidem, p. 914-915.

43 Sobre o tema, ver, entre tantos, em uma perspectiva mais geral, GURGEL, Yara Maria Pereira. *Direitos humanos, princípio da igualdade e não discriminação*. Sua aplicação às relações de trabalho. São Paulo: LTr, 2010; e, mais recentemente e com maior ênfase no acesso ao trabalho, a síntese e avaliação de FINCATO, Denise Pires; BUBLITZ, Michele Duas. Proteção legal do acesso ao trabalho das pessoas portadoras de deficiência: um direito fundamental. *Revista Direitos Fundamentais & Justiça*, ano 4, n. 12, p. 158-183, jul./set. 2010, com a ressalva de que as autoras, embora invoquem a Convenção Internacional, sigam utilizando a terminologia praticada pela CF, ou seja, pessoas portadoras de deficiência.

ca, política e cultural, o que também já tem sido alvo das preocupações da CF, como é o caso do disposto no art. 203, IV, em que está previsto que a assistência social objetiva – também – a habilitação e a reabilitação das pessoas com deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária (bastaria aqui apontar para a formação em condições especiais no ambiente escolar), bem como a previsão, igualmente no âmbito da assistência social, de um benefício mensal de um salário-mínimo para a pessoa com deficiência que comprovar não possuir os meios para prover a sua própria manutenção ou de tê-la provida por sua família (art. 203, V), muito embora exista controvérsia doutrinária e jurisprudencial sobre a legitimidade constitucional dos critérios legais para a fruição de tal benefício⁴⁴. A mesma preocupação se verifica no âmbito do sistema internacional de proteção dos direitos humanos, da legislação interna, de políticas implantadas pelo Poder Executivo e de um considerável número de decisões judiciais⁴⁵.

Em julho de 2015 foi promulgada a Lei nº 13.146, vulgarmente conhecida como o Estatuto da Pessoa com Deficiência, visando à concretização das ideias de igualdade, de dignidade, de tolerância, de cidadania e de liberdade de forma a tornar efetiva a inclusão das pessoas com deficiência em todos os âmbitos da vida nacional. Esse diploma legal é fruto tanto da Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência quanto do protocolo facultativo ratificados pelo Congresso Nacional em 2008 e promulgados por meio do Decreto nº 6.949, de 2009.

Para fins de definição, considerou preliminarmente a ideia de pessoa com deficiência como aquela que possui um impedimento em longo prazo que pode obstruir a participação plena e efetiva em igualdade de condições com as demais pessoas, alinhando a perspectiva legal com o conceito advindo do modelo social. Afirmou a ideia ampla de impedimento que engloba desde os de natureza física, intelectual, sensorial até mental e apontou a importância de atendimento multiprofissional e interdisciplinar tanto para a avaliação da deficiência quanto para o acompanhamento da pessoa com deficiência.

Determinou os pilares de sua atuação fundamental, destacando a autonomia e a dignidade de maneira que a acessibilidade, bem como todas as possibilidades de recursos tecnológicos promovam plenamente a participação ativa das pessoas com deficiência, propiciando a superação de todas as espécies de barreiras e de impedimentos, com esteio nos direitos à igualdade e à não discriminação. Inovou ao considerar a distinção entre deficiência e capacidade civil, orientando a promoção do livre desenvolvimento da pessoa e implicando

44 Sobre a discussão no STF, v., por todos, MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo G. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 719 e ss.

45 Sobre tais ações legislativas, administrativas e contemplando um número considerável de decisões judiciais, ver, por último e entre outros, RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes. *Manual dos direitos da pessoa com deficiência*. 1. ed. São Paulo: Verbatim, 2010. especialmente p. 41-110.

em responsabilidade proporcional em graus de discernimento e de vulnerabilidade. Destacou a aplicação do princípio da solidariedade nos mesmos moldes da CF, envolvendo o Estado, a sociedade e a família na atribuição de deveres de cuidado e de proteção da pessoa com deficiência.

Em rigor, em razão da incidência do princípio da dignidade da pessoa humana e tendo em vista a promoção da autonomia da pessoa com deficiência, o Estatuto se caracteriza pela ampliação das diversas formas de manifestação da vontade, o que implica a superação do atual regime das incapacidades. Assim, a despeito do aspecto patrimonial, reforçou a valorização do âmbito da autonomia existencial em uma perspectiva na qual a pessoa autônoma é, sobretudo, alguém que consegue, a qualquer momento, reinventar sua história, reconhecendo o ponto de partida e, assim, resignificando os pontos de chegada.

Uma vez que autonomia não se restringe a uma mera competência para a tomada de decisões que siga o padrão social em vigor, o que esse diploma legal enfatiza é a busca pela percepção da pessoa humana como protagonista, na medida em que a apreensão do fruto do seu discernimento traduza com a máxima fidelidade possível a singularidade e a subjetividade própria de cada um no esteio do princípio da presunção da capacidade e da autonomia. A Lei nº 13.146/2015 instituiu, ainda, o cadastro nacional de inclusão da pessoa com deficiência na forma de um registro público eletrônico que intenta, em apertada síntese, mapear as informações acerca dessas pessoas, suas vidas e os impedimentos à participação ativa na sociedade e, especialmente, sirva de base para a produção e para a implantação de políticas públicas nessa seara.

Em 2009, o Conselho Nacional de Educação (CNE) já havia inovado com a Resolução nº 4, que instituiu as diretrizes operacionais para o atendimento especializado em educação básica na modalidade da educação especial. Tornou obrigatório o atendimento educacional especializado na rede pública, em instituições comunitárias, confessionais ou filantrópicas sem fins lucrativos, na medida em que tem a função de complementar ou de suplementar a formação e intenta a superação das dificuldades e dos obstáculos para a participação na sociedade e no desenvolvimento da aprendizagem. Recentemente, o Ministério da Educação, por meio da Portaria nº 243, emulou esforços para a concretização da tutela da pessoa com deficiência, no sentido de garantir que as instituições públicas e privadas, comunitárias, confessionais e filantrópicas ofereçam os recursos e desenvolvam atividades do atendimento educacional especializado (AEE), de acordo com as necessidades de cada aluno, tais como: ensino da língua brasileira de sinais – Libras; ensino da língua portuguesa como segunda língua; acesso à informática, ao sistema Braille, ao uso do soroban, às técnicas para a orientação e para o aumento da mobilidade; ensino da Comunicação Aumentativa e Alternativa (CAA); ensino dos usos de Tecnologia Assistiva (TA); e, inclusive, desenvolvimento das funções cognitivas.

2.2 AÇÕES AFIRMATIVAS VOLTADAS PARA A PESSOA COM DEFICIÊNCIA E O ENSINO SUPERIOR NO BRASIL

Tendo por demonstrado, nos segmentos anteriores, o caráter imperativo (convencional, constitucional e legal) de políticas de inclusão e, em especial, de ações afirmativas para as pessoas com deficiência, é o caso de avançar agora no sentido de avaliar o problema específico do acesso ao ensino superior no Brasil.

Como já salientado, o marco normativo interno central nessa seara foi e segue sendo a CF, sobretudo na textualidade dos arts. 227 e 37, VIII, ademais da subsequente internalização da normativa internacional (com destaque para a Convenção da ONU sobre os direitos das pessoas com deficiência), que passou a integrar o bloco de constitucionalidade brasileiro. Essa acessibilidade disposta em âmbito constitucional foi normatizada pela Lei Federal nº 7.853/1989 e pelo Decreto Federal nº 3.298/1999 que a regulamentou. Interessante frisar que, na esfera educacional, a inclusão tardou a acontecer, apesar de que, segundo a última Pesquisa Nacional de Saúde (PNS) efetuada pelo IBGE, 6,2% da população brasileira possui algum tipo de deficiência física, mental, intelectual, auditiva ou visual⁴⁶. E, no Exame Nacional do Ensino Médio (Enem) de 2016, 68.907 estudantes informaram alguma modalidade de deficiência⁴⁷.

Assim, embora algumas Unidades da Federação tenham se esforçado para a mudança desse panorama intolerante e elitista na educação superior, foi apenas em 2012, com o teor da Lei nº 12.711, que foi instituído o percentual de 50% das vagas em universidades e institutos federais para estudantes que frequentaram todo o ensino médio em escolas públicas e, dessa maneira, notabilizou-se como um instrumento de inclusão social e, em alguma medida, de ação de reparação histórica e de discriminação positiva. A Lei nº 12.711 foi regulamentada pelo Decreto nº 7.824/2012.

Em suma, os principais diplomas legais que tratam a questão da pessoa com deficiência no ensino superior são, além da CF e dos demais já sublinhados: a Lei nº 10.436, que reconheceu a Lei Brasileira de Sinais (Libras); o Decreto nº 3.956/2001, que ratificou a Convenção Interamericana para a eliminação de todas as formas de discriminação contra a pessoa com deficiência; a Portaria nº 3.284/2003, que tratou dos requisitos de acessibilidade no que toca aos processos de autorização, de reconhecimento e de credenciamento de instituições; o Decreto nº 5.296/2004, que estabeleceu as normas gerais e os critérios básicos para o atendimento prioritário e para a acessibilidade de pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida; o Decreto nº 5.625/2005, que dispôs sobre o uso e a difusão de Libras, estabelecendo sua obrigatorieda-

46 IBGE. Censo Demográfico 2010. Características gerais da população, religião e pessoas com deficiência, cit., passim.

47 IBGE. Pesquisa Nacional de Saúde 2013. Percepção do estado de saúde, estilos de vida e doenças crônicas. Brasil, grandes regiões e Unidades da Federação. Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://portalarquivos.saude.gov.br/images/pdf/2015/agosto/24/PNS-Volume-1-completo.pdf>>. Acesso em: 8 set. 2017.

de em todos os cursos de graduação no Brasil; o Decreto nº 5.773/2006, que definiu os processos de regulação, de avaliação e de supervisão das IES em todo o sistema federal de ensino; o Decreto nº 6.949/2009, que ratificou como EC a Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência e assegurou um sistema educacional inclusivo em todos os níveis; o Decreto nº 7.234/2010, que estabeleceu o Programa Nacional de Assistência Estudantil; o Decreto nº 7.611/2011, que implantou o atendimento educacional especializado (AEE) e previu a estruturação de núcleos de acessibilidade nas IES federais; as regras técnicas ABNT NBR 9050, que definiram os critérios para a acessibilidade em edificações; e, finalmente, a Lei nº 13.146/2015, vulgarmente conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD), que, em seus arts. 27, 28 e 30, dispõe de forma minudente do direito fundamental à educação, ampliando e garantindo a fruição desse direito⁴⁸.

Convém esclarecer que o panorama atual do sistema de educação superior no Brasil segue o tripé que correlaciona o educador, o educando e a temática ou matéria a ser abordada, bem como o do ensino, da pesquisa e da extensão. Já os principais impactos no contexto contemporâneo da educação superior consistem na acelerada urbanização do Brasil, na necessidade de interiorização das Instituições de Ensino Superior (doravante IES), no aprofundamento do fenômeno da globalização, no desenvolvimento científico-tecnológico, na expansão dos efeitos da democratização no País e, certamente, no reflexo do quadro complexo, heterogêneo e crítico do mercado de trabalho.

48 Vide as seguintes legislações: Lei nº 10.436, de 24 de abril de 2002. Dispõe sobre a Língua Brasileira de Sinais – Libras e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10436.htm>; Decreto nº 3.956, de 8 de outubro de 2001. Promulga a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/d3956.htm>; Portaria nº 3.284, de 7 de novembro de 2003. Dispõe sobre requisitos de acessibilidade de pessoas portadoras de deficiências, para instruir os processos de autorização e de reconhecimento de cursos, e de credenciamento de instituições. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/seesp/arquivos/pdf/port3284.pdf>>; Decreto nº 5.296 de 2 de dezembro de 2004. Regulamenta as Leis nºs 10.048, de 8 de novembro de 2000, que dá prioridade de atendimento às pessoas que especifica, e 10.098, de 19 de dezembro de 2000, que estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5296.htm>; Decreto nº 5.626, de 22 de dezembro de 2005. Regulamenta a Lei nº 10.436, de 24 de abril de 2002, que dispõe sobre a Língua Brasileira de Sinais – Libras, e o art. 18 da Lei nº 10.098, de 19 de dezembro de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/decreto/d5626.htm>; Decreto nº 5.773, de 9 de maio de 2006. Dispõe sobre o exercício das funções de regulação, supervisão e avaliação de instituições de educação superior e cursos superiores de graduação e sequenciais no sistema federal de ensino. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5773.htm>; Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>; Decreto nº 7.234, de 19 de julho de 2010. Dispõe sobre o Programa Nacional de Assistência Estudantil – PNAES. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/decreto/d7234.htm>; Decreto nº 7.611, de 17 de novembro de 2011. Dispõe sobre a educação especial, o atendimento educacional especializado e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/d7611.htm>; Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm>.

As IES, por sua vez, são classificadas pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB), especialmente em seus arts. 16 e 20. Com efeito, segundo essa lei, o sistema federal de ensino compreende: as instituições de ensino mantidas pela União, as instituições de educação superior criadas pela iniciativa privada e os órgãos federais de educação. O art. 20 classifica as IES privadas em: particulares em sentido estrito, comunitárias, confessionais e filantrópicas. O art. 43 estipula as finalidades da educação superior, enquanto o art. 44 afirma sua abrangência em cursos sequenciais, cursos de graduação, cursos de pós-graduação e cursos de extensão. A LDB oferece, ainda, uma classificação por natureza e por grau de dependência administrativa em: universidades, centros universitários, faculdades isoladas e faculdades integradas⁴⁹.

As universidades são instituições pluridisciplinares, dotadas de produção e de pesquisa institucionalizada, constituídas por um percentual mínimo de docentes com titulação acadêmica e com carga de trabalho disciplinada. Os centros universitários, a propósito, embora não definidos na LDB, podem ser considerados como semelhantes às universidades, diferindo apenas na falta de obrigação explícita de pesquisa institucionalizada. Já as faculdades são instituições que não possuem autonomia para conferir títulos e diplomas, enquanto o ensino técnico apresenta uma configuração mais simplificada, sendo voltado à atuação mais imediata no mercado de trabalho.

Segundo o Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (Inep), em dez anos dobrou o número de alunos no ensino superior no Brasil. O censo de 2015 apresenta 7,8 milhões de estudantes cursando graduação, sendo as mulheres a grande maioria tanto na modalidade presencial quanto no ensino a distância (EAD). O Brasil, ainda segundo esse instituto, possui 2,3 mil IES, que, juntas, oferecem 32,8 mil cursos diversificados em todas as regiões do País, sendo 87,4% privadas e 12,6% públicas. Os dez cursos com mais alunos matriculados são direito, administração, pedagogia, ciências contábeis, engenharia civil, enfermagem, psicologia, gestão de pessoal, serviço social e engenharia de produção. Desses cursos, 45,4% estão na região sudeste, sendo 75% desse percentual no interior. Das vagas, 67,6% são de cursos de bacharelado, 18,7% nos cursos de licenciatura e apenas 13,2% para cursos tecnólogos. A modalidade EAD possui, atualmente, 1,4 milhão de estudantes que correspondem a 17,1% das matrículas em cursos superiores. De cada 4 estudantes, 3 se encontram matriculados em IES particulares. O Inep comunicou que o número de pessoas com deficiência matriculados foi maior em três vezes e meia do total de 2004, mas que ainda representa somente o percentual de

49 Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9394.htm>. Acesso em: 12 set. 2017.

0,42% das matrículas no Brasil e, nessa medida, esclareceu que subiu de 5.395 para 33.377 alunos⁵⁰.

Inovadora foi, no entanto, a Lei nº 13.409/2016, que incluiu as pessoas com deficiência no rol dos grupos contemplados no sistema de cotas de vagas nas instituições federais de educação superior, ou seja, no *quantum* de vagas que deve respeitar o percentual mínimo de todas as vagas disponíveis em cada um dos cursos de graduação, considerando igualmente o número de turnos. Assim, dentro dessa cota devem ser reservadas 50% das vagas para estudantes de famílias com igual ou inferior a 1,5 salário *per capita*. Salienta-se que, segundo esse diploma legal, as cotas deverão ser preenchidas de acordo com a proporção de autodeclarados pretos, pardos e indígenas na população de cada uma das Unidades da Federação.

Evidencia-se, portanto, que, na medida do que foi estabelecido pelos dispositivos da Lei nº 13.146/2015, especialmente nos arts. 27, 28 e 30, a Lei nº 13.409/2016 consiste em uma medida que visa à concretização plena do direito à educação das pessoas com deficiência, principalmente por acrescentá-las ao percentual que define o alcance das cotas, desse modo respeitando as exigências de proporcionalidade em relação às especificidades da população brasileira medida pelo derradeiro censo do IBGE, além de prever a revisão desse sistema de expansão da garantia do acesso ao ensino superior no prazo de 10 anos, a contar da data da promulgação do diploma de 2012.

De fato, o objetivo último dessa constelação de direitos para as pessoas com deficiência e de deveres para o Estado, a sociedade e a família é garantir, inclusive no âmbito da educação superior, um sistema educacional inclusivo no sentido de tornar factível o máximo desenvolvimento dos talentos e das habilidades dos educandos, independentemente do seu perfil e segundo suas características, seus interesses e suas necessidades de aprendizagem, colocando-os a salvo de toda e qualquer forma de discriminação, de violência e de negligência em conformidade com o que se depreende do art. 205 da CF.

No caso das pessoas com deficiência, importa ainda elencar o teor dos arts. 203, IV, e 218 da mesma Carta Constitucional. Sumariamente, a educação superior, sobretudo em se tratando de pessoas com deficiência, deve ser alinhada à preparação para o exercício da cidadania e para o gozo e a fruição de uma vida digna, tanto na dimensão individual quanto social.

A deficiência, no entanto, persiste como um dogma na sociedade ocidental, especialmente nos dias atuais, em que se busca cada vez mais ansiosa-

50 INEP. Legislação e documentos. Censo da Educação Superior 2014. Notas Estatísticas. Disponível em: <http://download.inep.gov.br/educacao_superior/censo_superior/documentos/2015/notas_sobre_o_censo_da_educacao_superior_2014.pdf>. Acesso em: 8 set. 2017.

mente pela padronização de um ideal de perfeição⁵¹. Quanto mais se utiliza a medicalização para conter, dominar e transformar o ser humano, mais efeitos nocivos se detecta para a ideia de inclusão dos diferentes. Convém lembrar que a concretização do direito à igualdade somente se aperfeiçoa na medida em que se contempla na mesma medida o direito à diferença e, no que tange às pessoas deficientes, deve se falar igualmente do direito à inclusão⁵². Pois o direito à inclusão é, na contemporaneidade, a consequência natural do amadurecimento da teoria dos direitos fundamentais, e daí a sua afirmação deve ser pluridimensional, no intuito de alcançar a máxima efetividade⁵³.

51 COSTA NETO, João. *Dignidade humana: visão do Tribunal Constitucional Federal alemão, do STF e do Tribunal Europeu*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 113.

52 SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 259-789.

53 “RECURSO INOMINADO – ENSINO – FACULDADE PARTICULAR – CONTRATAÇÃO DE INTÉRPRETE DE LÍBRAS – LÍNGUA BRASILEIRA DE SINAIS – ALUNA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA AUDITIVA – DISCRIMINAÇÃO – RECUSA DE ADAPTAÇÃO RAZOÁVEL – DEVER DE INCLUSÃO – NULIDADES AFASTADAS – RECURSO INOMINADO – ENSINO – FACULDADE PARTICULAR – CONTRATAÇÃO DE INTÉRPRETE DE LÍBRAS – LÍNGUA BRASILEIRA DE SINAIS – ALUNA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA AUDITIVA – DISCRIMINAÇÃO – RECUSA DE ADAPTAÇÃO RAZOÁVEL – DEVER DE INCLUSÃO – NULIDADES AFASTADAS – RECURSO INOMINADO – ENSINO – FACULDADE PARTICULAR – CONTRATAÇÃO DE INTÉRPRETE DE LÍBRAS – LÍNGUA BRASILEIRA DE SINAIS – ALUNA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA AUDITIVA – DISCRIMINAÇÃO – RECUSA DE ADAPTAÇÃO RAZOÁVEL – DEVER DE INCLUSÃO – NULIDADES AFASTADAS – RECURSO INOMINADO – ENSINO – FACULDADE PARTICULAR – CONTRATAÇÃO DE INTÉRPRETE DE LÍBRAS – LÍNGUA BRASILEIRA DE SINAIS – ALUNA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA AUDITIVA – DISCRIMINAÇÃO – RECUSA DE ADAPTAÇÃO RAZOÁVEL – DEVER DE INCLUSÃO – NULIDADES AFASTADAS – Não há falar em nulidade do feito, quer por ausência de prazo hábil à oferta de contestação, quer por não realização de audiência de instrução. A primeira porque sem que haja prejuízo não se proclama nulidade, tendo havido apresentação de alargada peça de resposta. A última, em vista de que desnecessária se mostrou a solenidade de instrução, mormente ante os termos da ata da audiência de tentativa de conciliação de fl. 54. Conquanto a ré seja instituição de ensino privado, esta condição não a exime da obrigação de contratação de intérprete de línguas profissional necessária à frequência às aulas letivas pela autora, pessoa detentora de deficiência auditiva e que à evidência ostenta direito à educação, cujo correlato dever da ré não a impõe ônus excessivo ou mesmo desproporcional, o que se corrobora ante os orçamentos acostados às fls. 98 e 99 dos autos. Tratando-se, pois, de dever de inclusão e como tal de outorga de tratamento prioritário e adequado aos portadores de deficiência, a negativa da ré logrou gerar obstáculo à inserção da demandante à atividade universitária, daí advindo o dano moral experimentado. Exsurge evidente haver sido a requerente submetida a ato discriminatório por parte da recorrente, de cuja inércia resultou inegável frustração à recorrida. O valor outorgado a título de dano subjetivo, a sua vez, qual seja, o de R\$ 5.000,00, não se mostrou elevado e vai, pois mantido, pois fixado dentro dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Ao fim, vai chancelada de igual forma a sentença no que diz com a antecipação de tutela, tornada definitiva ao efeito de a recorrente vir a viabilizar, em definitivo a contratação do profissional, nos moldes da decisão incidental lançada nos autos. A sentença merece ser mantida por seus próprios fundamentos, autorizada pela dicção do art. 46 da Lei nº 9.099/1995. Recurso improvido.” (TJRS, Recurso Cível nº 71004568473, 2ª Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relª Marta Borges Ortiz, J. 18.12.2013)

“Prestação de serviços educacionais. Ação de obrigação de fazer com pleito cumulado de indenização por danos materiais e morais. Demanda de aluno em face de mantenedora de instituição de ensino superior. Sentença de parcial procedência para determinar que a ré providencie a contratação de um profissional intérprete de ‘Libras’ (Língua Brasileira de Sinais), sob pena de multa cominatória diária, além de condená-la ao pagamento de indenização por prejuízos morais. Manutenção do julgado. Necessidade. Autor que é portador de surdez neurosensorial severa e bilateral, frequentador do curso de Licenciatura Plena em Pedagogia, ministrado pela instituição de ensino. Ré que, ao invés de lhe providenciar assistência por profissional especializado em ‘Libras’, designou para tanto uma aluna do mesmo curso, em troca de bolsa de estudos. Atividade exercida de maneira precária, devido a essa circunstância. Intervenção da Defensoria Pública em favor do aluno deficiente, na esfera administrativa, sem lograr mínimo sucesso. Flagrante desrespeito, por parte da ré, a preceitos constitucionais que garantem a igualdade de tratamento aos deficientes físicos, assim como à legislação infraconstitucional. Art. 206 da CF, Lei Federal nº 7.853/1989, regulamentada pelos

Para tanto, o marco normativo posto pelo nosso bloco de constitucionalidade (CF e direito internacional dos direitos humanos), mediante a sua concretização legislativa e administrativa (ademais de jurisdicional) interna aqui sumariamente apresentada, representa – juntamente com uma dogmática jurídica sólida, mas sempre aberta às peculiaridades de outros saberes – uma importante e poderosa ferramenta à disposição de todos os que se sentem (e estão) comprometidos com a causa da proteção e promoção dos direitos das pessoas com deficiência.

3 SÍNTESE CONCLUSIVA

Em caráter de síntese, é possível concluir que o critério da deficiência (que por si só demanda explicitação legislativa e jurisprudencial), assim como a particular condição das pessoas com deficiência, representa um dos principais desafios não apenas para o adequado manejo do princípio e do direito de igualdade, em todas as suas dimensões, mas, acima de tudo, para um Estado e uma sociedade que pretendem respeitar e promover a dignidade humana e realizar o princípio da solidariedade mediante a efetiva integração dos grupos vulneráveis e a necessária intolerância com a discriminação.

Mediante a incorporação ao direito interno, com força de emenda constitucional, a convenção internacional das pessoas com deficiência representou já um acréscimo em termos de medidas internas (nacionais) para promover a proteção (contra atos de discriminação), o reconhecimento e a promoção – por meio de ações afirmativas – da igualdade de oportunidades. Todavia, a eficácia social do marco jurídico das pessoas com deficiência ainda se encontra longe de padrões que podem ser considerados satisfatórios e condizentes com os parâmetros normativos nacionais e internacionais.

No que concerne ao problema da igualdade material na condição de igualdade de oportunidades e de superação das desigualdades fáticas, foi possível verificar que, na seara da concretização do direito à educação superior, o Brasil ainda se encontra em situação deficitária, especialmente na falta de abrangência do contingente populacional das pessoas com deficiência tanto na modalidade presencial quanto na modalidade EAD. Verificou-se, ainda, que, de modo geral, o ensino superior prossegue como um passo quase que inatingível para a maioria dos brasileiros com deficiência, notadamente para as pessoas de baixa renda, sobretudo em razão do panorama de intolerância da sociedade em relação ao diferente, ao cenário de desconhecimento e de descumprimento generalizado dos diplomas legais que ainda há no Brasil e a falta de compromisso

Decretos nº 3.298/1999 e 6.949/09, Portaria nº 3.284/2003 do MEC e Resolução Estadual SE nº 38/2009. Aplicabilidade. Ato ilícito evidenciado. Dano moral existente. Apelo da ré desprovido." (TJSP, Apelação nº 00196619620128260566/SP, (0019661-96.2012.8.26.0566), 30ª Câmara de Direito Privado, Rel. Marcos Ramos, J. 04.03.2015)

de algumas IES, no sentido de cumprir a legislação no que se refere à adoção de medidas inclusivas.

Infere-se, no entanto, que algumas práticas relevantes já podem ser reconhecidas na modulação de um panorama mais inclusivo, em especial no que diz respeito às leis que foram expedidas pelo legislativo, ao posicionamento da doutrina e à produção de uma jurisprudência apropriada a tornar obrigatória a presença das pessoas com deficiência no âmbito do ensino superior. Ocorre que, embora o percentual atual de pessoas com deficiência matriculadas no sistema federal de ensino, embora irrelevante, tenha aumentado significativamente nos últimos anos, ainda há muitas barreiras impeditivas que dizem respeito à forma como o Poder Público, a sociedade e a própria família, solidariamente, enfrentam a questão da deficiência, a materialização da igualdade e a efetivação dos direitos humanos e fundamentais dessas pessoas.

Cumprido ressaltar que o mais essencial direito das pessoas com deficiência pode ser traduzido, na atualidade, como direito de viver livre de toda e qualquer forma de discriminação⁵⁴. Entretanto, a ideologia da normalidade é tão perversa e tão insidiosa que a discriminação advinda dela é silente, de forma que não há nem mesmo uma nomenclatura para se adjetivar a pessoa que discrimina alguém em razão da sua deficiência⁵⁵. Notória é a dificuldade de se combater uma discriminação dessa ordem, vez que apela para sentimentos íntimos e até inconscientes, que, por meio de ações equivocadas, supostamente estariam buscando o bem daquelas pessoas, na medida em que evocam atitudes que mesclam desde a violência⁵⁶ propriamente dita até ao paternalismo extremo. Desafiadora é, pois, a tarefa de construir um cenário brasileiro que, após o balanceamento dos muitos interesses contrários, da intolerância ao diferente e da superação do padrão biomédico, a pessoa com deficiência seja, de fato, reconhecida em sua condição primordial e irrenunciável de sujeito de direito⁵⁷.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert Alexy. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência: algumas dificuldades para efetivação dos direitos. In: SARMENTO, Daniel;

54 RIOS, Roger Raupp. Direito da antidiscriminação e discriminação por deficiência. In: *Deficiência e discriminação*, cit., p. 73-96.

55 DINIZ, Débora; SANTOS, Wederson. Deficiência e direitos humanos: desafios e respostas à discriminação. In: *Deficiência e discriminação*, cit., p. 10.

56 MAZZITELLI, Fábio. Aluno com atraso mental é torturado. *Estadão*, 2009. Disponível em: <<http://emails.estadao.com.br/noticias/geral,aluno-com-atraso-mental-e-torturado,389067>>. Acesso em: 10 abr. 2012.

57 ELIA, Luciano. *O conceito de sujeito*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004. p. 14-16.

IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ARISTÓTELES. *Ética a nicômacos*. 3. ed. Trad. Mário da Gama Kury. Editora UnB, 1992.

BASTOS, Celso Ribeiro Bastos; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, v. II, 1989.

BOBBIO, Norberto. *Igualdade e liberdade*. 2. ed. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

BRASIL. Decreto nº 3.956, de 8 de outubro de 2001. Promulga a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/d3956.htm>.

_____. Decreto nº 5.296, de 2 de dezembro de 2004. Regulamenta as Leis nºs 10.048, de 8 de novembro de 2000, que dá prioridade de atendimento às pessoas que especifica, e 10.098, de 19 de dezembro de 2000, que estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5296.htm>.

_____. Decreto nº 5.626, de 22 de dezembro de 2005. Regulamenta a Lei nº 10.436, de 24 de abril de 2002, que dispõe sobre a Língua Brasileira de Sinais – Libras, e o art. 18 da Lei nº 10.098, de 19 de dezembro de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/decreto/d5626.htm>.

_____. Decreto nº 5.773, de 9 de maio de 2006. Dispõe sobre o exercício das funções de regulação, supervisão e avaliação de instituições de educação superior e cursos superiores de graduação e sequenciais no sistema federal de ensino. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5773.htm>.

_____. Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>.

_____. Decreto nº 7.234, de 19 de julho de 2010. Dispõe sobre o Programa Nacional de Assistência Estudantil – PNAES. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/decreto/d7234.htm>.

_____. Decreto nº 7.611, de 17 de novembro de 2011. Dispõe sobre a educação especial, o atendimento educacional especializado e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/d7611.htm>.

_____. Lei nº 10.436, de 24 de abril de 2002. Dispõe sobre a Língua Brasileira de Sinais – Libras e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10436.htm>.

_____. Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm>.

_____. Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9394.htm>.

- _____. Portaria nº 3.284, de 7 de novembro de 2003. Dispõe sobre requisitos de acessibilidade de pessoas portadoras de deficiências, para instruir os processos de autorização e de reconhecimento de cursos, e de credenciamento de instituições. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/seesp/arquivos/pdf/port3284.pdf>>.
- _____. TJRS, Recurso Cível nº 71004568473, 2ª Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relatora Marta Borges Ortiz, J. 18.12.2013.
- _____. TJSP, Apelação nº 00196619620128260566/SP, (0019661-96.2012.8.26.0566), 30ª Câmara de Direito Privado, Relator Marcos Ramos, J. 04.03.2015.
- CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República portuguesa anotada*. 4. ed. Coimbra: Coimbra, v. I, 2007.
- COSTA NETO, João. *Dignidade humana: visão do Tribunal Constitucional Federal Alemão, do STF e do Tribunal Europeu*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- DÍEZ-PICAZO, Luiz Maria. *Sistema de Derechos Fundamentales*. 2. ed. Navarra: Editorial Aranzadi, 2005.
- DINIZ, Débora. *Modelo social da deficiência: a crítica feminista*. Série Anis. Brasília: Letras Livres, 2003.
- _____. *O que é deficiência?* São Paulo: Brasiliense, 2007.
- DINIZ, Débora; SANTOS, Wederson. Deficiência e direitos humanos: desafios e respostas à discriminação. In: DINIZ Débora; SANTOS, Wederson (Org.). *Deficiência e discriminação*. Brasília: Letras Livres, 2010.
- ELIA, Luciano. *O conceito de sujeito*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.
- ENGLISCH, Joachim. *Wettbewerbsgleichheit im grenzüberschreitenden Handel*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008.
- FINCATO, Denise Pires; BUBLITZ, Michele Duas. Proteção legal do acesso ao trabalho das pessoas portadoras de deficiência: um direito fundamental. *Revista Direitos Fundamentais & Justiça*, ano 4, n. 12, p. 158-183, jul./set. 2010.
- GARCIA, Maria Glória F. P. D. *Estudos sobre o princípio da igualdade*. Coimbra: Almedina, 2005.
- GOMES, Joaquim Barbosa. *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- GURGEL, Yara Maria Pereira. *Direitos humanos, princípio da igualdade e não discriminação*. Sua aplicação às relações de trabalho. São Paulo: LTr, 2010.
- IBGE. Censo Demográfico 2010: características gerais da população, religião e pessoas com deficiência. Rio de Janeiro. Disponível em: <http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/94/cd_2010_religiao_deficiencia.pdf>. Acesso em: 19 maio 2016.
- _____. Pesquisa Nacional de Saúde 2013. Percepção do estado de saúde, estilos de vida e doenças crônicas. Brasil, grandes regiões e Unidades da Federação. Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://portal.arquivos.saude.gov.br/images/pdf/2015/agosto/24/PNS-Volume-1-completo.pdf>>. Acesso em: 8 set. 2017.
- INEP. Legislação e documentos. Censo da Educação Superior 2014. Notas Estatísticas. Disponível em: <http://download.inep.gov.br/educacao_superior/censo_superior/documentos/2015/notas_sobre_o_censo_da_educacao_superior_2014.pdf>. Acesso em: 8 set. 2017.
- KLOEPFER, Michael. *Verfassungsrecht II*. Grundrechte. München: C. H. Beck, 2010.

- MAZZITELLI, Fábio. Aluno com atraso mental é torturado. *Estadão*, 2009. Disponível em: <<http://emails.estadao.com.br/noticias/geral,aluno-com-atraso-mental-e-torturado,389067>>.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo G. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui; FERREIRA, Eduardo Paz. *Constituição portuguesa anotada*. Coimbra: Coimbra, t. I, 2007.
- PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Grundrechte*. Staatsrecht II. 26. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2010.
- PONTES DE MIRANDA. *Democracia, liberdade, igualdade: os três caminhos*. São Paulo: José Olympio, 1945.
- RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes. *Manual dos direitos da pessoa com deficiência*. 1. ed. São Paulo: Verbatim, 2010.
- RIOS, Roger Raupp. O princípio da igualdade na jurisprudência do STF: argumentação, força normativa, direito sumular e antidiscriminação. In: SARLET, Ingo Wolfgang; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- _____. Direito da antidiscriminação e discriminação por deficiência. In: DINIZ Débora; SANTOS, Wederson (Org.). *Deficiência e discriminação*. Brasília: Letras Livres, 2010. p. 73-96.
- RODRIGUES, José Carlos. *O corpo na história*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 1999.
- ROSENFELD, Michel. Hacia una reconstrucción de la igualdad constitucional. In: CARBONEL, Miguel (Compilador). *El principio constitucional de igualdad*. Lecturas de introducción. México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2003.
- ROTHENBURG, Walter Claudius. Igualdade. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Direitos fundamentais e Estado Constitucional*. Estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 346 e ss.
- SANDEL, Michael J. *Contra a perfeição: ética na era da engenharia genética*. Trad. Ana Carolina Mesquita. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.
- SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: estudos de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- SCHOLLER, Heinrich. *Die Interpretation des Gleichheitssatzes als Willkürverbot oder als Gebot der Chancengleichheit*. Berlin: Duncker & Humblot, 1969.
- SILVA, Carolina Machado Cyrillo da. A convenção internacional sobre os direitos das pessoas com deficiência e a hierarquia entre os direitos humanos e direitos fundamentais da Constituição brasileira de 1988. In: BERTOLDI, Marcia Rodrigues; GASTAL, Alexandre Fagundes et al. *Direitos fundamentais e vulnerabilidade social: em homenagem ao Professor Ingo Wolfgang Sarlet*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF*. Colaboração de Flávia Scabin. São Paulo: Malheiros, 2006.