



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO



**ADELGÍCIO DE BARROS CORREIA SOBRINHO**

**LIBERDADES POSITIVAS E CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA:  
Uma análise da influência do judiciário na materialização da educação inclusiva em  
LIBRAS para pessoas surdas**

Dissertação de Mestrado

Recife  
2016

**ADELGÍCIO DE BARROS CORREIA SOBRINHO**

**LIBERDADES POSITIVAS E CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA:  
Uma análise da influência do judiciário na materialização da educação inclusiva em  
LIBRAS para pessoas surdas**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas/Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Teoria e Dogmática do Direito

Linha de Pesquisa: 1. Estado, Constitucionalização e Direitos humanos.

Orientador: Prof.º Dr.º Bruno César Machado Torres Galindo

Recife  
2016

## Catálogo na fonte

Bibliotecária Eliane Ferreira Ribas CRB/4-832

C824I

Correia Sobrinho, Adelgício de Barros

Liberdades positivas e constitucionalização simbólica: uma análise da influência do judiciário na materialização da educação inclusiva em LIBRAS para pessoas surdas. – Recife: O Autor, 2016.

110 f.

Orientador: Bruno César Machado Torres Galindo.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2016.

Inclui bibliografia.

1. Direito constitucional - Aspectos sociais. 2. Educação inclusiva - Brasil. 3. Deficientes - Direitos fundamentais - Brasil. 4. Poder judiciário e questões políticas. 5. Igualdade. 6. Diferenças individuais. 7. Língua brasileira de sinais. 8. Surdos - Educação - Brasil. 9. Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Pessoas Portadoras de Deficiência. 10. Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (2007). 11. Direitos humanos. 12. Deficientes - Estatuto legal, leis, etc. - Brasil. 13. Simbolismo no direito. 14. Decisões compiladas (Direito) - Brasil. I. Galindo, Bruno César Machado Torres (Orientador). II. Título.

342.81085 CDD (22. ed.)

UFPE (BSCCJ2016-010)

**Adelgício de Barros Correia Sobrinho**

**“LIBERDADES POSITIVAS E CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA: Uma análise da influência do judiciário na materialização da educação inclusiva em LIBRAS para pessoas surdas”.**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife/Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

**Área de Concentração: Teoria e Dogmática do Direito**

**Orientador: Prof.º Dr.º Bruno César Machado Torres Galindo**

A banca examinadora composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu o candidato à defesa, em nível de Mestrado, e o julgou nos seguintes termos:

MENÇÃO GERAL: APROVADO

Professor Dr. Michel Zaidan Filho (Presidente – UFPE)

Julgamento: APROVADO Assinatura: \_\_\_\_\_

Professor Dr. Glauber Salomão Leite (1º Examinador Externo/UEPB)

Julgamento: APROVADO Assinatura: \_\_\_\_\_

Professor Dra. Juliana Teixeira Esteves (1º Examinador Externo/UFPE)

Julgamento: APROVADO Assinatura: \_\_\_\_\_

Recife, 25 de fevereiro de 2016.

Coordenador Prof. Dr. Edilson Pereira Nobre Júnior

## AGRADECIMENTOS

Aos meus pais e meus irmãos que me ensinaram que os milagres nascem do esforço e que a sensação de frustração é apenas o início das grandes realizações.

À minha irmã Karolyne, que, com sua luta em superar as limitações à sua surdez, inspirou-me a realizar um trabalho sobre pessoas surdas e educação inclusiva.

À Myrna Loreto por encarar com tanta naturalidade e me dar forças nas horas mais difíceis do desenvolvimento do trabalho, mostrando-se cada dia mais como uma perfeita companheira de vida.

Ao meu orientador, Bruno César Machado Torres Galindo, por ter encarado o desafio até o final.

Aos Professores Michel Zaidan e Juliana Teixeira, pessoas com as quais aprendi a ser uma pessoa melhor.

Aos meus amigos Aldem, Gutemberg, Humberto e Guilherme, que me acompanharam durante todo o processo.

À Faculdade de Direito do Recife e à Universidade Federal de Pernambuco, pois se a educação é transformadora, posso garantir que estas instituições mudaram e mudam para melhor a minha vida desde a graduação.

À Faculdade Estácio do Recife, não só pelo apoio institucional, mas pela minha acolhida enquanto profissional do ensino.

“Além disso, nunca esquecer que uma parte da  
dignidade humana consiste na força para  
enfrentar o próprio destino, mesmo que seja o  
mais difícil”.

(Pascal Mercier, Trem noturno para Lisboa,  
2013, p. 92).

## RESUMO

CORREIA SOBRINHO, Adelgício de Barros. **Liberdades positivas e constitucionalização simbólica: uma análise da influência do judiciário na materialização da educação inclusiva em LIBRAS para pessoas surdas.** 2016. 117f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas/FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2016.

Sentir-se humano e pertencente à espécie é algo buscado por muitas minorias, mas nenhuma tem tanta dificuldade no alcance deste *status* que as pessoas com deficiência, uma vez que apresentam diferenças palpáveis e, em geral visíveis, criando um certo estigma a ser superado de forma interna e externa. O papel do Estado neste contexto é decisivo e, principalmente do judiciário num país como o Brasil. O pertencimento é fraterno e sua ocorrência se dá pelo convívio entre as diferenças como forma de encontrar a igualdade, motivo pelo qual um estudo sobre o direito fundamental ao ensino inclusivo por Língua Brasileira dos Sinais (LIBRAS) para as pessoas surdas e o papel do judiciário na sua materialização se mostrou relevante e atual. Neste contexto, fez uma pesquisa de base doutrinária e legislativa apoiada na Teoria da Constitucionalização Simbólica de Marcelo Neves e pela visão da diversidade e o *Capability Approach* de Martha Nussbaum, findando com a análise da LIBRAS e o direito fundamental ao ensino inclusivo para a comunidade surda. A partir deste ponto, passou-se a uma análise das decisões dos Tribunais Superiores (STF e STJ) e dos Tribunais Regionais Federais das cinco Regiões. Seleccionadas vinte decisões, traçou-se um perfil das ações que buscam a educação inclusiva por LIBRAS e seus fundamentos, resultando em que elas são tipicamente legalistas e, em geral, favoráveis ao reconhecimento e deferimento do direito fundamental.

**Palavras-chave: Educação Inclusiva. Constitucionalização Simbólica. LIBRAS. Judiciário.**

## ABSTRACT

CORREIA SOBRINHO, Adelgício de Barros. **Positive Liberties and symbolic constitutionalisation: an analysis of the influence of the judiciary on the materialization of inclusive education in LIBRAS for deaf people.** 2016. 117p. Dissertation (Master's Degree of Law) – Programa de Pós-graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas/FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2016.

Feeling human and belonging to the species is something sought after by many minorities, but none has as much difficulty as people with disabilities, since they present palpable and generally visible differences, creating a certain stigma to be overcome by Internal and external form. The State in this context is decisive, and especially of the Power Judiciary in a country like Brazil. Belonging is fraternal and its occurrence is due to the coexistence of differences as a way of finding equality, which is why a study on the fundamental right to inclusive education by Brazilian Sign Language (LIBRAS) for deaf people and the role of the judiciary In its materialization was relevant and current. In this context, he did a doctrinal and legislative research based on the Theory of Symbolic Constitutionalization of Marcelo Neves and the vision of diversity and the Capability Approach of Martha Nussbaum, ending with the analysis of LIBRAS and the fundamental right to inclusive education for the deaf community. From this point, an analysis was made of the decisions of the Superior Courts (STF and STJ) and the Regional Courts of the five Regions. Twenty decisions were selected, a profile was drawn of the actions that seek inclusive education by LIBRAS and its foundations, resulting in that they are typically legalistic and, in general, favorable to the recognition and deference of the fundamental right.

**Key Words: Inclusive Education. Constitutionalization Symbolics. LIBRAS. Judiciary.**

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	9
<b>2 AS LIBERDADES POSITIVAS E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA</b> ....	15
2.1 DAS LIBERDADES.....	16
2.1.1 <i>Do Direito à Liberdade Clássico</i> .....	17
2.1.2 <i>Do nascimento da Liberdade Positiva</i> .....	20
2.1.3 <i>Duas Liberdades: entre as liberdades negativa e positiva</i> .....	21
2.1.4 <i>Das Liberdades numa Teoria dos Direitos Fundamentais</i> .....	24
2.1.5 <i>Uma visão da Liberdade Fundamental</i> .....	26
2.1.6 <i>Uma Liberdade Positiva (ambiental) e integrativa</i> .....	28
2.2 DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA.....	31
2.2.1 <i>A Legislação simbólica e sua tipologia</i> .....	32
2.2.2 <i>Normas constitucionais simbólicas</i> .....	34
2.2.3 <i>Das normas constitucionais álibis</i> .....	36
2.2.4 <i>Subintegração, integração e sobreintegração a partir das Constituições Álibis</i> .....	39
2.2.5 <i>Prolegômenos da Constitucionalização simbólica à brasileira e a formação da rale subcidadã/subintegrada</i> .....	40
2.2.5.1 <i>Explicando a formação de um povo e o seu efeito nas interferências sistêmicas</i> .....	41
2.2.5.2 <i>Constitucionalização simbólica no país do cordialismo</i> .....	43
<b>3 DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA SURDA E DO DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO INCLUSIVA</b> .....	46
3.1 DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA.....	46
3.1.1 <i>A pessoa com deficiência, teorias e Direitos Humanos</i> .....	46
3.1.2 <i>Da Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Pessoas Portadoras de Deficiência</i> .....	52
3.1.3 <i>Da Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência</i> .....	54
3.1.4 <i>Do Estatuto da Pessoa com Deficiência</i> .....	59
3.1.5 <i>Da LIBRAS</i> .....	62

3.1.5.1 Da Comunidade Surda.....	63
3.1.5.2 De Regulamentação Legal da LIBRAS.....	65
3.1.5.3 Do Ensino Inclusivo em LIBRAS.....	67
3.2 DA EDUCAÇÃO INCLUSIVE EM LIBRAS ENQUANTO LIBERDADE POSITIVA AMBIENTAL.....	70
<b>4 PODER JUDICIÁRIO E AS DECISÕES SOBRE EDUCAÇÃO INCLUSIVA EM LIBRAS.....</b>	<b>73</b>
4.1 O JUDICIÁRIO E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA.....	75
4.2 DA COLETA DE DADOS – DECISÕES JUDICIAIS DO STJ, STF, TRFs.....	79
4.3 ELABORANDO UM PERFIL DAS DECISÕES DO STF, STJ E DOS TRIBUNAIS REGIONAIS FEDERAIS.....	86
4.4 ANALISANDO QUALITATIVAMENTE O FUNDAMENTO DAS DECISÕES COLETADAS.....	88
4.5 UM CONTRAPONTO.....	93
4.6 POSFÁCIO: A ADI 5357 E O FUTURO DA EDUCAÇÃO INCLUSIVA.....	95
<b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>99</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>104</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A ideia de direitos da pessoa humana permeou a doutrina jurídica e política por vários anos e não aparenta diminuir sua importância, uma vez que a história demonstra, por vezes, que o esquecimento do direito enquanto ciência cultural e de argumento circular de legitimação do Estado pelo homem, chegou à verdadeira desumanização, como bem demonstrou Hannah Arendt (2004).

O sentimento de pertencimento à espécie humana (NUSSBAUM, 2013) é conceito prévio à formação do grupo social e, por decorrência, ao desenho dos direitos e da própria cidadania só se perfazem possíveis a partir relação das pessoas com deficiência e o conceito de cidadania.

A classificação da deficiência dentro do conceito de cidadania sempre foi complexa, uma vez que, de um lado se tem um grupo social em busca de reconhecimento e, do outro, um conceito tão diferenciador que, uma vez alcançado, transmuda todas as pessoas que o conseguiram em iguais perante o Estado.

Durante alguns períodos históricos o conceito de cidadão se investia na capacidade de participar dos negócios do Estado (da *polis*), tratando-se, na verdade, de um verdadeiro *ethos* de importância social e não de mera integração na teia de relações cotidianas.

Como instituto cultural que é, o “cidadão” evoluiu e começou a abranger novos contextos, onde a falta de precisão conceitual (e mesmo uma necessidade social) o fez abranger questões de nacionalidade, de status social, de direitos perante o Estado e mesmo de políticas públicas focadas em suas necessidades. Esta última uma faceta do que se chama liberdade positiva<sup>1</sup> (GALINDO *In*: LEITE *et al*, 2012, p. 98).

De forma Prefacial, o que é adequado para este momento, pode-se dizer que a liberdade positiva é um gênero que engloba diversas ações que buscam a confirmação da dignidade da pessoa humana e igualdade material, uma vez que se trata de em atuação direta do Estado na produção de políticas públicas e ações inclusivas para pessoas que se encontram

---

<sup>1</sup> Separam-se as liberdades em *negativa*, também denominadas liberdades “de”, primando pelo afastamento do Estado e *positiva*, esta observada como a possibilidade do cidadão se autogerir (BERLIN, 2002; BOBBIO, 2002; ALEXY, 2011).

em situação menos favorável no sistema, buscando dar maior amplitude aos atingidos pelo conceito de cidadão (GALINDO *In*: LEITE et al, 2012, pp. 96-99).

Entretanto, principalmente nas sociedades periféricas como a brasileira, os direitos da cidadania não são acessíveis materialmente a todos, o que faz nascer o conhecido conceito de “exclusão social” e de “subcidadania” ou “cidadão subintegrado” (NEVES, 2011 e 2012; SOUZA, 2012), conceitos avaliados tanto de forma sociológica como jurídico-constitucional.

Aclarando um pouco o conceito de subcidadania na sua avaliação sociológica, é possível identificá-lo como a deficiência de capital social e cultural e seu reflexo na diminuição da possibilidade de interação e participação nas interações sociais, o que Jessé de Souza (2012) denomina *habitus* precário, com menção direta a Pierre Bourdieu e no seu conceito de *habitus*<sup>2</sup>.

Na visão jurídico-constitucional, pode-se utilizar os ensinamentos de Marcelo Neves, principalmente em obras como *A constitucionalização simbólica* (2011) e *Entre têmis e leviatã: uma difícil relação* (2012), onde se depreende que a condição da subcidadania detém vínculo com a falta de materialização das normas constitucionais, deixando claro que, muitas vezes, a produção legislativa é apenas um alibi, em momentos de grande clamor da sociedade, ou como mera promessa de futuro, a ser definido ao bel prazer dos acontecimentos (NEVES, 2011).

Aqui se chega ao primeiro fato motivador do estudo, ou seja, a observação de que, principalmente em países periféricos, a subcidadania (enquanto exclusão social) nasce pela não materialização adequada das normas constitucionais, o que tolhe as liberdades positivas e, por reflexo, gera a exclusão das pessoas pela impossibilidade de formação do capital social e cultural necessários.

Desenhada a figura da subcidadania, tenciona-se trabalhá-la no que toca às pessoas com deficiência, uma vez que, além de se tratar da “maior minoria do mundo” (ONU, 2014), trazem consigo certo estigma (GOFMAN, 2013), tendendo a uma exclusão prévia pela

---

<sup>2</sup> O *habitus*, como diz a palavra, é aquilo que se adquiriu, que se encarnou no corpo de forma durável sob a forma de disposições permanentes. (BOURDIEU, 1983, p. 104)

sua diferença, o que é maximizado em países com baixa materialização das liberdades constitucionais.

Apenas para uma localização inicial do tratamento doutrinário impingido a estas pessoas no tempo, conta-se a existência de três modelos de tratamento da minoria: o modelo da prescindência, onde a sociedade prescinde destes indivíduos e está autorizada, inclusive, a eliminá-los, vez que considerava a deficiência como um aviso divino de descumprimento do pacto sagrado, além de considerar estas pessoas como inúteis ao seu fim social; o modelo médico/reabilitador, nascido após a Primeira Guerra Mundial em virtude das deficiências de seus feridos, onde as limitações físicas e sensoriais foram encaradas como de origem científica e o processo de reabilitação individual se tornava suficiente para fazer voltar a utilidade social das pessoas (MADRUGA, 2013, P. 58); e o modelo social baseado na ideia de que, ao turno de se considerar individual o problema da deficiência, como fazia o modelo médico, deve-se enxergá-lo “como uma questão eminentemente social, transferindo a responsabilidade pelas desvantagens dos deficientes das limitações corporais do indivíduo para a incapacidade da sociedade de prever e ajustar-se à diversidade” (MEDEIROS; DINIZ, 2012).

Importante mencionar que doutrinadoras como Patrícia Cuenca Gómez (2012) e Martha Nussbaum (2013) já tratam da evolução do modelo social para o da diversidade.

Partindo do modelo social, a Organização das Nações Unidas (ONU), tomando como diretiva a integração e proteção deste grupo, considera que:

peças com deficiência são aquelas que têm impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas. (ONU, 2006)

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência de 13 de dezembro de 2006, de onde se extraiu o conceito anterior, demonstrou uma preocupação de reconhecimento com extensão mundial, com esforços para a integração que permeiam não só o Direito Internacional como os próprios ordenamentos constitucionais internos.

O Brasil é signatário não só da Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência<sup>3</sup>, como também da Convenção Interamericana para a Eliminação de

---

<sup>3</sup> Internalizada pelo Decreto 6.949/2009.

Todas as Formas de Discriminação Contra as Pessoas Portadoras de Deficiência<sup>4</sup>, lembrando que a primeira, inclusive, já se transmutou em norma constitucional, uma vez que sua aprovação ocorreu após a Emenda Constitucional 45/2004<sup>5</sup>.

A internalização destas Convenções trouxe a reboque a necessidade de regulamentação ordinária dos direitos das pessoas com deficiência, dentre os quais chamou bastante atenção a questão da comunicação e do ensino, já que ambos detêm capacidade inclusiva, momento em que, por uma questão de especialização do estudo, chama-se a atenção para a inclusão de um novo meio legal de comunicação e expressão no Brasil: a Língua Brasileira de Sinais (LIBRAS).

A LIBRAS foi reconhecida, enquanto “forma de comunicação e expressão, em que o sistema linguístico de natureza visual-motora, com estrutura gramatical própria, constitui um sistema linguístico de transmissão de ideias e fatos, oriundos de comunidades de pessoas surdas do Brasil” pela Lei 10.436/2002, regulamentada pelo Decreto 5.626/2005, com previsão expressa de adaptação dos setores de educação, saúde e prestadores de serviços públicos à realidade da comunidade surda.

Importante mencionar neste ponto que foi promulgada a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), Lei 13.146 de 06 de julho de 2015, que trouxe em seu conteúdo o direito expresso ao ensino inclusivo, no sentido da pessoa com deficiência “alcançar o máximo desenvolvimento possível de seus talentos e habilidades físicas, sensoriais, intelectuais e sociais, segundo suas características, interesses e necessidades de aprendizagem”, inclusive regulando a necessidade de habilitação específica para o intérprete de LIBRAS.

Voltando um pouco a atenção à doutrina de BOURDIEU (2012), consegue-se notar que a integração pelo ensino inclusivo em LIBRAS traduz-se em possibilidade de aumento de capital cultural (informacional) e social da pessoa surda, uma vez que viabilizará um ambiente onde o surdo terá a possibilidade de acesso a conhecimento técnico, facilitando a sua empregabilidade, além de o integrar de forma mais direta na sociedade, no momento em que uma sala inclusiva, em virtude do convívio diário de pessoas com deficiências e

---

<sup>4</sup> Internalizada pelo Decreto 3.956/2001.

<sup>5</sup> A partir da Emenda Constitucional 45/2004 o parágrafo 3º, do Artigo 5º da Constituição Federal passou a deter a seguinte redação: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais” (BRASIL, 2004).

necessidades diferentes, tende a diminuir o estigma da deficiência, aumentando a fraternidade entre as pessoas<sup>6</sup>.

Apresenta-se, assim, a LIBRAS como uma liberdade positiva deferida pelo Estado à comunidade surda, entretanto as dificuldades em implantar e manter uma política pública de integração duradoura no Brasil são enormes, transformando normas constitucionais em verdadeiros “álibis” ou em “promessas de futuro”, questão típica de países em desenvolvimento (NEVES, 2011, p. 33-36).

A “desconexão entre a prática constitucional e as construções da dogmática jurídica e da teoria do direito sobre o texto constitucional” (NEVES, 2011, p. 154) e mesmo a materialização de normas ordinárias ameaçam impedir avanços sociais conquistados, tendo o Poder Judiciário um papel muito relevante na efetividade destas liberdades, principalmente no que toca à fiscalização das ações do Poder Executivo.

Partindo do exposto, o presente trabalho se propõe a avaliar o conceito de liberdade positiva e algumas de suas teorias, inclusive tratando de possíveis efeitos perniciosos advindos de normas álibis e de promessa de futuro no país periférico que é o Brasil, especializando a análise para o ensino inclusivo por LIBRAS para pessoas com deficiência surdas, findando com uma análise material do papel do judiciário na fiscalização do Poder Executivo no deferimento deste direito.

Para tanto será efetuado um estudo bibliográfico e jurisprudencial, de linha indutiva, partindo do recorte da teoria sobre as liberdades positivas e os efeitos Constitucionalização Simbólica brasileira (NEVES, 2012) na falta de efetividade de direitos, passando à análise da minoria denominada pessoa com deficiência, com especialização para a comunidade surda e da importância do ensino inclusivo em LIBRAS, identificando a educação inclusiva como uma direito fundamental e materializador do capital social destas pessoas, findando com uma análise do papel do judiciário na materialização do direito à educação inclusiva, com um estudo dos julgados do Supremo Tribunal Federal (STF), do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e dos Tribunais Regionais Federais, com espectro temporal entre 2005 e 2015.

---

<sup>6</sup> Mesmo não podendo se considerar como verdadeira “causa” e “efeito”, o ensino efetuado em ambientes diferentes entre pessoas com deficiência e sem deficiência tende a afastá-los, uma vez que o convívio diário com as limitações típicas dos humanos, tendem a transformar a deficiência em algo comum, além de aumentar a fraternidade das relações.

No que toca às decisões judiciais, a análise se fará de forma qualitativa, a partir de coleta de dados e documentos nos sítios do Conselho de Justiça Federal, do STF e do STJ, onde se buscarão dados como: a) data da decisão; b) deferimento ou indeferimento da implantação do ensino bilíngue; c) fundamentação social ou meramente legal da decisão; d) identificação da natureza (pública ou privada) da instituição educacional envolvida no processo; e) identificação, quando possível, do autor; f) qual a espécie da ação (individual ou coletiva) ; e g) qual o nível escolar que necessitava da implantação.

Ao fim, a pretensão efetiva dos estudos que serão desenvolvidos nas páginas que se seguem é retratar qual a realidade atual da integração da população surda pelo ensino inclusivo de LIBRAS a partir das decisões do judiciário brasileiro, com a análise dos argumentos utilizados para o deferimento ou indeferimento desta liberdade positiva.

## 2 AS LIBERDADES POSITIVAS E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA

Quando se fala no termo “liberdades”, em verdade se quer demonstrar um fenômeno moderno que andou junto ao constitucionalismo e se confundiu com os Direitos Humanos, tornando-se muito comum chamarem-se estes direitos de liberdades públicas ou liberdades essenciais (SILVA, 2002, p. 176).

Tratar as “Liberdades” a partir deste contexto é lembrar que seu conceito abrange muito mais que a mera liberdade, enquanto direito de “ir e vir”, carregando consigo um conteúdo que inclui desde questões de fim (ações) como questões de meio para efetivação dos direitos (ambiente).

As liberdades humanas não nascem do acaso, na verdade se desenvolvem a partir de uma formação histórica, consolidando-se ponto a ponto, direito a direito (BOBBIO, 2004, p. 05), seja com a necessidade de proteção do administrado contra o Estado, seja pelo chamado ao ente estatal para que este intervenha de forma a equilibrar as relações privadas, demonstrando uma certa derrocada de um sistema estatal liberalista puro (BOBBIO, 1986, p. 24). Neste ponto, pode-se compreender os termos Liberdades Negativas e Liberdades positivas (BERLIN, 2002).

Liberdades Negativas podem ser observadas de forma geral como a capacidade de fazer ou não fazer algo sem a existência de impedimentos (ALEXY, 2011, pp. 218-234; LAFER, 1988, p.126), ao passo que as Liberdades Positivas devem ser encaradas como a capacidade de autoadministração (BERLIN, 2002) ou a criação de condições adequadas para o desenvolvimento dos potenciais das pessoas (BOBBIO, 1997, pp. 48-52).

Partindo disso, pode-se dizer que este instituto funciona como elemento fundador das três tradicionais gerações dos Direitos Humanos, quais sejam a geração da liberdade, a geração da igualdade e a geração da fraternidade (BONAVIDES, 2013, p. 577), motivo pelo qual, como já se disse, Liberdades e Direitos Humanos se confundem.

A função e importância das liberdades positivas é inestimável no mundo moderno, entretanto seu atingimento material pode ser tolhido por ações governamentais deficientes, criando o que se convém chamar de subintegração (NEVES, 2011, pp. 74-83).

Os subintegrados ou subcidadãos<sup>7</sup> (NEVES, 2011, pp. 74-83) são grupos de pessoas que são impedidos de ter acesso às liberdades, mesmo quando o deferimento se deu por constituições ou na legislação ordinária, em virtude daquele ocorrer de forma meramente simbólica<sup>8</sup>, ou seja, apenas como promessa de futuro ou como um álibi para deter pressões sociais.

Estes grupos de subcidadãos tendem a ocorrer nas sociedades chamadas de periféricas, onde não houve uma implantação adequada do Estado de Bem-Estar Social e, em virtude disso, diversas camadas da sociedade tendem a viver à margem do sistema (NEVES, 2011, pp. 74-83), ou seja, mesmo em sociedades onde a liberdade se encontra deferida, há classes sem acesso a estes direitos, pois, como diria Hannah Arendt (2012, p. 479), eles não têm deferido a si “o direito de ter direitos”.

Como o presente trabalho se pauta em trabalhar os conteúdos das Liberdades Negativas e Positivas, o constitucionalismo simbólico e o direito fundamental à educação bilíngue em LIBRAS da comunidade surda, num primeiro corte, os itens que se seguem têm por base traçar o caminho das liberdades, sua evolução e a teoria da constitucionalização simbólica de Marcelo Neves.

## 2.1 DAS LIBERDADES

Para tratar da evolução das liberdades necessita-se da sua divisão e análise a partir das visões de alguns teóricos, assim, nos subitens que se seguem, serão analisadas as liberdades negativas (ou clássicas) e sua evolução para uma visão positiva, onde se especificarão autores como Isaiah Berlin (2002), Robert Alexy (2011) e Norberto Bobbio (1986; 1997; 2000), sob o

---

<sup>7</sup> Importante mencionar que o termo “subcidadão” também é encontrado na obra de Jessé de Souza (...), quando avalia os grupos sociais e demonstrada, baseado na doutrina de BOURDIEU (...) e de TAYLOR (...), que parte da sociedade tende a não se adequar ao conceito de cidadão pela falta de integração das classes sociais e das oportunidades, terminando por ter comprometido o seus *habitus primário*, com a formação de uma pessoa com um *habitus precário* e com má-formação do seu *eu* (self).

<sup>8</sup> Não se quer dizer com isso que o efeito simbólico de uma Constituição ou da legislação ordinária seja necessariamente pernicioso, uma vez que a o valor do símbolo jurídico é necessário para a manutenção do próprio Direito como uma ciência cultural, entretanto, como se está partindo da teoria de Marcelo Neves (2011), há uma visão negativa do termo (simbólico).

objetivo de se determinar o conceito de liberdade positiva e seu enquadramento ambiental<sup>9</sup> e integrativo<sup>10</sup>.

### *2.1.1 Do Direito à Liberdade Clássico*

O direito à liberdade clássico ou liberdade negativa nasce da separação nítida entre sociedade e Estado (BONAVIDES, 2013, p. 578), da inversão do pensamento organicista<sup>11</sup> dos Estados, passando da pessoa enquanto mera peça da estrutura estatal – relação Súdito/Soberano – para a pessoa como ser individual – relação Cidadão/Estado – característica esta básica do Estado Moderno (BOBBIO, 2004). A nova relação redefiniu o conceito de Direito que passou do “justo para situações objetivas” para um “poder ou liberdade detido pelo indivíduo” (DOUZINAS, 2009).

A transição dos conceitos se mostra como um reflexo do iluminismo, que se configurou como um movimento baseado na razão e no experimento, detendo ícones como Montesquieu e seu Espírito das Leis, Hobbes com seu Leviatã, Rousseau com seu Contrato Social, Francis Bacon com seu empirismo, Foucault com seu Vigiar e Punir, entre outros (HUNT, 2009). Assim, não nascem do nada, em meio às ações revolucionárias francesas, os princípios de luta conhecidos como o tripé de Igualdade, Fraternidade e Liberdade, que detiverem como ponto mais alto a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, documento que se apresentou como de abrangência universal, fundando princípios a serem adotados de forma internacional (HUNT, 2009).

A aplicação da razão e principalmente as teorias contratuais de formação do Estado e a visão da pessoa de forma individual trouxe consigo uma necessidade de liberação das atividades das pessoas sem a pressão estatal. É importante lembrar que, historicamente, está-se diante do período de transição do absolutismo para as sociedades liberais, primeiro marco de nascimento

---

<sup>9</sup> Utiliza-se o termo ambiental, pois parte-se do sentido de que a liberdade positiva não é de exercício forçado, entretanto para a formação de um ambiente onde possa ser desenvolvida a potencialidade de cada pessoa.

<sup>10</sup> A importância integrativa nasce da necessidade de exercício das liberdades a partir de um contexto conjuntivo entre as pessoas, evitando, assim, a pré-exclusão daqueles que não se adequem aos atributos típicos daquele grupo social – estigmatizados (GOFMAN, 2013, p. 06).

<sup>11</sup> Utiliza-se o termo “organicismo” no seu sentido prestado pelos contratualistas, lembrando DURKHEIM (1999).

do constitucionalismo, logo a liberdade clássica se caracteriza como um direito de “resistência ou de oposição perante o Estado” (BONAVIDES, 2013, p. 578).

Como a liberdade em sua visão clássica<sup>12</sup> (ou negativa) tem por base o afastamento do ente estatal do campo privado – lembrando, inclusive, que nasce das revoluções denominadas burguesas – Silva (2002, p. 235) divide-a em:

- (1) Liberdade da pessoa física (liberdade de locomoção, de circulação);
- (2) Liberdade de pensamento, com todas as suas liberdades (opinião, religião, informação, artística, comunicação do conhecimento);
- (3) Liberdade de expressão coletiva em suas várias formas (de reunião, de associação);
- (4) Liberdade de ação profissional (livre escolha e de exercício de trabalho, ofício e profissão);
- (5) Liberdade de conteúdo econômico e social.

Como se observa, tratam-se de expressões da liberdade em que o indivíduo busca o seu reconhecimento enquanto ente de direito e opõe, até como forma de afirmação, esta nova realidade contra o Estado, pugnando por seu afastamento. Lynn Hunt (2009, p. 14) retrata este sentimento nas seguintes palavras:

Sem mencionar nem uma única vez rei, nobreza ou igreja, declarava que "os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem" são a fundação de todo e qualquer governo. Atribuía a soberania à nação, e não ao rei, e declarava que todos são iguais perante a lei, abrindo posições para o talento e o mérito e eliminando implicitamente todo o privilégio baseado no nascimento.

A primeira fase das liberdades demonstra-se, assim, como uma verdadeira formação do como uma pessoa humana libertada do Estado enxerga a si mesmo, um verdadeiro nascimento do self, lembrando a expressão de Taylor (2013, p. 41) ao tratar da formação do eu moderno:

o fato de agora atribuímos grande importância aos poderes expressivos significa que nossas noções contemporâneas do que é respeito à integridade das pessoas incluem a proteção à sua liberdade expressiva de exprimir e desenvolver suas próprias opiniões, definir suas próprias concepções de vida, criar os próprios planos de vida.

Em poucas palavras, pode-se exprimir a liberdade clássica como o primeiro passo de afirmação do homem enquanto “um ser” independente do organicismo estatal, detendo, assim, como necessário para a autoafirmação, uma ojeriza à limitação que não foi imposta pela relação pessoal com seus iguais, buscando ações negativas por parte Estado, ou seja, é a fase da

---

<sup>12</sup> Necessário mencionar que DWORKIN (2005, p. 305) demonstra a liberdade clássica ou negativa como uma liberdade voltada à neutralidade com “a ideia de que o governo não deve tomar partido em questões morais e apoia apenas as medidas igualitárias que sejam, comprovadamente, resultado deste princípio” ou baseada na igualdade, onde é fundamental que o governo trate seus cidadãos como iguais e somente defende a neutralidade moral quando a igualdade exige”.

liberdade em que se buscam os direitos que excluem o ambiente público dos negócios privados, protegendo institutos como a propriedade privada, o direito de ir e vir e a liberdade de expressão e de atividade econômica.

A liberdade clássica se colocou como início da infindável busca do humano pelo reconhecimento, entretanto não se fez suficiente ao seu pleno intuito, uma vez que a relação do homem com o próprio homem começou a ser medida apenas em vantagens, como já predizia Smith (1996, p. 74) no seu livro “A Riqueza das Nações”, nos seguintes termos:

Dê-me aquilo que eu quero, e você terá isto aqui, que você quer — esse é o significado de qualquer oferta desse tipo; e é dessa forma que obtemos uns dos outros a grande maioria dos serviços de que necessitamos. Não é da benevolência do açougueiro, do cervejeiro ou do padeiro que esperamos nosso jantar, mas da consideração que eles têm pelo seu próprio interesse. Dirigimo-nos não à sua humanidade, mas à sua auto-estima, e nunca lhes falamos das nossas próprias necessidades, mas das vantagens que advirão para eles. Ninguém, a não ser o mendigo, sujeita-se a depender sobretudo da benevolência dos semelhantes.

Na divisão entre vantagens e desvantagens, o homem começou a desconhecer sua humanidade, uma vez que, na liberdade extrema e na mera igualdade formal, passou a explorar o seu igual, esquecendo o sentido da fraternidade. Nas palavras de Hobbes (2006, p.02):

Para falar imparcialmente, ambas as declarações são verdadeiras: que o Homem é um deus para o homem, e que o homem é lobo do próprio homem. É verdadeira a primeira se compararmos entre si os cidadãos, e o segundo se comparamos as cidades. No primeiro, há alguma analogia de similitude com a Deidade, inteligentemente pela Justiça e a Caridade, irmãs gêmeas da paz; no outro, porém, os bons homens defendem-se, por dever, usando como santuário as duas filhas da guerra, a mentira e a violência. Em termos claros, recorrem à mesma prática das bestas vorazes. Os homens têm o hábito de condenar uns aos outros, por um costume inato, tal conduta ao verem refletir suas ações nos outros homens.

Este é um ponto de corte temporal e material suficiente para apontar a necessidade de revisão com a ampliação das liberdades, no momento em que a liberdade formal serviu quase que de escravidão para parte da população, onde igualdade material e fraternidade foram esquecidos. Nasce aqui o liame para as novas interpretações de liberdades avaliadas nos títulos vindouros. Passaremos das liberdades “de” (tipicamente negativa) para as liberdades “para”, que abre à racionalidade de escolha e da autoafirmação do ser (BERLIN, 2002, pp. 226-272).

### 2.1.2 *Do nascimento da Liberdade Positiva*

A falência da liberdade negativa demonstrada no título anterior não foi total, pois ela libertou as pessoas do organicismo estatal, entretanto revelou o lado mais perverso do humano, ou seja, a exploração de uma pessoa por seu igual, onde “esse tipo de liberdade ‘natural’ levaria ao caos social no qual as mínimas necessidades dos homens não seriam satisfeitas” (BERLIN, 2002, p. 230).

Ferrajoli (2007, p. 46) diz que, quando um povo chega a um certo grau de evolução e integração social, declara-se livre e firma sua personalidade junto a outros povos. Numa paráfrase, pode-se dizer que, quando a situação de exploração de um povo chega ao limite do tolerável, nascem os gritos prévios da revolução e a necessidade de mudança. Sob este aspecto nasce, em complemento à liberdade negativa, a liberdade positiva.

A liberdade positiva pode ser vista sob vários aspectos, variando desde o seu nascimento em respeito aos clamores populares, até, numa visão de domínio de classe sobre classe, como uma forma de manter o jogo em funcionamento, uma domesticação dos dominados com o nascimento da classe dos filantropos<sup>13</sup> (BOURDIEU, 2014, pp. 466-470).

Afastando um pouco a questão marxista<sup>14</sup> levantada por Bourdieu (2014), pode-se extrair de sua obra o motivo do nascimento da liberdade positiva no seguinte texto:

os dominados também são perigosos porque se mobilizam, porque protestam, porque fazem motins de fome, porque ameaçam não só a saúde pública como a segurança coletiva e a ordem pública. Assim sendo, há interesses de ordem, que evidentemente são tanto maiores quanto mais se sobe na hierarquia social, mas que jamais são nulos: Albert Hirschman mostrou que sempre se tinha a escolha entre exit (sair) e voice (protestar) – uma alternativa um pouco evidente mais útil. Os dominados têm a opção entre sair, excluir-se, fazer dissidência, fazer secessão, ou protestar, o que é uma maneira de estar no sistema. Essa alternativa esquece, porém, que os dominados têm custos de secessão associados à perda dos benefícios da ordem; e os benefícios da ordem, repito, jamais são nulos. De certo modo, os dominados forçam os dominantes a fazerem concessões, e em grande parte essas concessões, associadas à ameaça de secessão, são sobre o que se chama de social e de vantagens sociais. (BOURDIEU, 2014, p. 468)

Pode-se identificar, a partir disso, o primeiro momento da liberdade positiva como uma reação ao extremo liberalismo, dividindo-a, posteriormente, em duas vertentes, uma voltada às

<sup>13</sup> Filantropos, diz BOURDIEU (2014, pp. 468-469): “costumam ser dominantes-dominados, que tem características de dominantes, mas com propriedades secundárias que os colocam do lado dos dominados – também costuma ser o caso de intelectuais que são dominantes-dominados”.

<sup>14</sup> Quando se trata do afastamento da questão marxista, leva-se em conta que o presente trabalho não apresenta como intuito a análise desta teoria, mas é inevitável notar que o estudo do autor é baseado nos ensinamentos de Karl Marx.

ações em busca da autonomia do ser humano (BERLIN, 2002) e outra voltada a formação de um meio, da capacidade de buscar as garantias previstas nas constituições (BOBBIO, 1997).

Chegada a esta Liberdade Positiva, por uma questão didática e para aumentar o foco da análise, o estudo se guiará nas visões de Isaiah Berlin (2002), em seu texto *As duas liberdades*, de Robert Alexy (2011) na sua *Teoria dos direitos fundamentais* e de Norberto Bobbio (1997), principalmente na obra *Igualdade e liberdade*, sobre este objeto, o que será efetuado nos itens que se seguem.

### 2.1.3 *Duas Liberdades: entre as liberdades negativa e positiva*

Isaiah Berlin (2002) ao tratar sobre liberdade, em verdade, compreendendo que não atingirá uma busca de todos os significados da palavra, termina por propor um estudo para resolver duas perguntas, quais sejam: “Qual é a área em que o sujeito – uma pessoa ou um grupo de pessoas – é ou deve ser deixado para fazer ou ser o que ele é capaz de fazer ou ser sem interferência de outras pessoas”? E “qual ou quem é a referência de controle e interferência que pode determinar alguém a fazer ou ser isso ao invés daquilo”? (BERLIN, 2002, p. 227).

A resposta para estes dois questionamentos traduz-se no título do texto – *Dois conceitos de liberdade* -, essencial para que se consiga percorrer os meandros que separam a liberdade enquanto aspecto negativo da liberdade enquanto autonomia.

Analisando a liberdade negativa entre os autores da doutrina contratualista da formação do Estado e da Sociedade, expõe que:

Filósofos com uma visão otimista da natureza humana e a crença na possibilidade de harmonia dos interesses humanos, como Locke ou Adam Smith, ou algumas vezes, Mill, acreditavam que a harmonia social e progresso eram compatíveis com a reserva de grandes áreas de vida privada superiores que nem o Estado ou nenhuma outra autoridade deveria ser permitido ultrapassar. Hobbes, e aqueles que acreditavam nele, especialmente pensadores conservadores ou reacionários, discutiam que se fosse para os homens serem impedidos de destruírem uns aos outros e fazerem da vida social uma selva ou selvageria, proteções maiores deveriam ser instituídas para mantê-los em seus lugares; ele desejava correspondentemente aumentar a área de controle centralizado e diminuir a do indivíduo. Mas ambos os lados acreditavam que alguma porção da existência humana deveria se manter independente da atmosfera do controle social (BERLIN, 2002, p. 229).

Ou seja, entre todos estes autores, o ponto de contato é a necessidade da existência de um ambiente privado diferenciado do ambiente público, onde os braços do Estado não conseguissem penetrar.

E conclui, ainda avaliando estes autores, que: “na verdade, a função da lei era a prevenção de que eu fizesse tais colisões: o Estado era reduzido ao que Lassale desdenhosamente descreveu como as funções do guarda noturno ou policial de tráfico” (BERLIN, 2002, p. 229).

No fundo, o ensinamento que se busca ao trabalhar as teorias da liberdade negativa é a não intervenção do Estado na esfera de liberdade privada básica de todas as pessoas o que, de certo modo, não se coaduna necessariamente com o autogoverno ou a democracia, uma vez que um déspota que deixasse esta liberdade para seus governados não passaria a ser um democrata. Neste sentido Berlin propõe o seguinte:

Mas não há, necessariamente, conexão entre liberdade individual e a regra democrática. A resposta à pergunta: ‘Quem me governa?’ é logicamente diferente da questão: ‘Quão longe o governo interfere comigo?’ É nessa diferença que o grande contraste entre os dois conceitos de liberdade negativa e positiva, no final, consiste. Já que o sentido de liberdade ‘positiva’ vem à luz se tentarmos responder a pergunta, não ‘À que sou livre para fazer ou ser?’ mas ‘Por quem sou governado?’ ou ‘Quem pode dizer o que posso ser ou fazer?’ A conexão entre democracia e liberdade individual é muito mais tênue que pareceu aos defensores de ambos. O desejo de ser governado por mim mesmo, ou de qualquer forma, de participar no processo pelo qual minha vida é controlada, pode ser um desejo tão profundo quanto aquele pela área de ação, e talvez, historicamente mais velho. Mas não é um desejo pela mesma coisa (BERLIN, 2002, p. 228).

Tratando agora sobre a liberdade positiva, nota o autor a necessidade de uma liberdade “para” e não “de”, que, traduzindo em poucas palavras, quer indicar que o indivíduo busca ser seu próprio “mestre”, transmutar-se de objeto em sujeito, fugindo, assim, do organicismo estatal que o trata como mera engrenagem. Busca-se uma liberdade positiva com sinônimo de autonomia, reconhecimento e realização (BERLIN, 2002, pp. 226-272).

A proposta básica é imaginar qual o custo da liberdade positiva e “o quanto” a humanidade está disposta a abdicar de outros direitos para deter a possibilidade de se autodeterminar ou escolher diretamente àquele que determinará como será o andamento do espaço público e sua influência no espaço privado, reconhecendo que, ao final, a liberdade não pode ser ilimitada, sob pena de seu uso invalidar outros aspectos sociais básicos, como demonstra na passagem abaixo:

A extensão da liberdade de um homem, ou de um povo, de escolher viver como ele ou eles desejam deve ser pesada contra as reivindicações de muitos outros valores, dos quais igualdade, justiça, felicidade, segurança ou ordem pública são, talvez, os exemplos mais óbvios. Por essa razão, não pode ser ilimitada. Somos corretamente lembrados por R.H. Tawney que a liberdade do forte, sem se importar se sua força é física ou econômica, deve ser restringida. Essa máxima diz respeito, não as consequências de uma regra a priori, em que o respeito pela liberdade de um homem logicamente implica respeito pela liberdade dos outros como ele; mas simplesmente por que o respeito pelos princípios da justiça ou vergonha

em grandes desigualdades de tratamento é tão básica quanto o desejo dos homens por liberdade. Que não podemos ter tudo é uma verdade necessária, não contingente (BERLIN, 2002, pp. 270).

Importante mencionar que, mesmo tratando de forma tão direta da liberdade positiva, o autor não esquece que, sob o suposto intuito de trazer às pessoas esta liberdade, podem se desenvolver governos autoritários, o que, na sua visão, se incompatibilizaria com a diversidade, pois haveria, com o tempo, um deslocamento do foco, que sairia da pessoa para a comunidade, onde, em determinados momentos, um indivíduo poderia ser forçado a ser livre ou mesmo a escolher ser escravo, como se vê no trecho abaixo:

Nem o consentimento universal de perder a liberdade de alguma maneira, milagrosamente, preserve-a apenas por ser universal, ou por ter consentimento. Se eu dou meu consentimento para ser oprimido, ou aquiescer em minha condição com distanciamento ou ironia, sou menos oprimido? Se vendo a mim mesmo como escravo, sou menos escravo? Se cometo suicídio, estou menos morto por ter tirado minha vida livremente? ‘Governo popular é meramente uma tirania espasmódica, a monarquia é mais um despotismo centralizado’ (BERLIN, 2002, p. 266).

Concluindo sua posição sobre o pluralismo e a utilização da liberdade positiva como uma liberdade da comunidade, ressalta que:

O pluralismo, com a medida de liberdade ‘negativa’ que implica, parece-me mais verdadeiro e mais humano que os objetivos daqueles que procuram maior disciplina, estruturas autoritárias do ideal do autodomínio ‘positivo’ por classes, povos, ou por toda a humanidade. É mais verdadeiro, por que ele, ao menos, reconhece o fato de que os objetivos humanos são muitos, não todos eles comensuráveis, e em rivalidade perpétua uns com os outros (BERLIN, 2002, p. 272).

Aqui fica clara a noção de evitar a retomada do organicismo estatal com a dominação do humano, ou seja, evita-se que a pessoa seja “forçada a se tornar livre” dentro dos padrões sociais pré-definidos.

Respondendo, por fim, aos questionamentos propostos por Berlin (2002), pode-se dizer que a liberdade negativa, enquanto criação de uma área privada alheia ao Estado deve ser limitada, no momento em que a concorrência humana tenderá ao domínio do mais forte (física ou economicamente) sobre o mais fraco, impedindo o pleno desenvolvimento do contexto social. Por outro lado, a formação de uma liberdade positiva voltada à autonomia, tem por base uma análise racional do ser, onde, suas ações de liberdade ou a própria limitação dos seus direitos partem de sua própria análise. É a liberdade “para” que Berlin (2002, pp. 226-272) deixa tão clara em seu texto.

Deve-se destacar ao final que, avaliando o texto “Dois Conceitos de Liberdade”, mesmo ressaltando a descrença do autor no Estado enquanto ente que tome as rédeas para a habilitação

de certas liberdades sem que tal se transforme em autoritarismo, encontra-se uma enorme contribuição para a formação do conceito de liberdade positiva, uma vez que retrata a passagem dos “direitos de” para os “direitos para”.

#### 2.1.4 Das Liberdades numa Teoria dos Direitos Fundamentais

Em seu livro “Teoria dos Direitos Fundamentais” Robert Alexy (2011) abre capítulo específico para tratar do que ele denomina de Liberdades.

Numa análise prefacial, o autor identifica a liberdade como o não-obstáculo imposto por um terceiro (em geral o Estado) a uma determinada pessoa, demonstrando que a ação de impedimento poderia se dar de forma direta ou indireta, como demonstra a citação abaixo:

Se se imagina que o Estado (s) quer obstruir a de visitar b no exterior, s poderia fazer isso simplesmente ao proibir a visita de a, mas s pode também fazê-lo negando-lhe divisas, impedindo-o de comprar passagens de avião, excluindo do exercício de uma profissão caso a visita se concretizar ou convocando-o para serviços militares (ALEXY, 2011, p. 219).

Quando Alexy (2011, pp. 218-235) demonstra a função de instrumentalização<sup>15</sup> das liberdades dentro do conceito de Direitos Fundamentais, destaca a existência de liberdades protegidas e não-protegidas, identificando a última como “uma conjugação de uma permissão jurídica de fazer algo e uma permissão jurídica de não o fazer” (ALEXY, 2011, p. 227), ao passo que identifica a primeira (liberdade protegida) como o direito de realizar a ação permitida, uma verdadeira liberdade positiva:

Contudo, a proteção constitucional da liberdade não se limita a isso. Ela é constituída por um feixe de direitos a algo e também por normas objetivas que garantem ao titular do direito fundamental a possibilidade de realizar a ação permitida. Se uma liberdade está associada a um tal direito e/ou norma, então, ela é uma liberdade protegida (ALEXY, 2011, p. 233).

Continuando sua análise, o autor começa a discutir o conceito de liberdade fundamental<sup>16</sup>, não a identificando com uma liberdade jurídica em si, mas com a junção do conceito de liberdade negativa com a de outro direito presente no texto constitucional, trazendo

<sup>15</sup> Quando se trata de função “de instrumentalização” subjaz o sentido de que a liberdade não é algo materialmente apropriável, “a liberdade não é um objeto, como, por exemplo um chapéu. É certo que é possível falar da liberdade que alguém *tem*, da mesma forma que se fala de um chapéu que se tem. Mas, no caso da liberdade, esse ‘ter’ não se refere a uma relação de posse entre uma pessoa e um objeto” (ALEXY, 2011, p. 219).

<sup>16</sup> Liberdade fundamental é utilizada quase como um sinônimo para Direitos Fundamentais, voltando a discussão elaborada no início deste capítulo do trabalho, onde se demonstrou que *as liberdades* se confundem com os *direitos humanos* e, por decorrência, com o conceito de *direitos fundamentais*.

uma visão um pouco diferenciada para a formação de um conceito de liberdade positiva, como se pode concluir da passagem abaixo:

Uma proteção positiva de uma liberdade em face do Estado surge de combinação de uma liberdade com um direito a uma ação positiva. O conceito de proteção positiva é pouco problemático quando se trata de coisas como a proteção contra terceiros por meio de normas de direito penal. Os problemas surgem nos casos de direitos a prestações como, por exemplo, subvenções. Se, em ambos os casos, se trata de tornar faticamente possível ao portador da liberdade aquilo que a ele é permitido e, nesse sentido, juridicamente possível, então existe uma coincidência estrutural. Essa coincidência estrutural justifica, a despeito do uso ordinário da linguagem, chamar de proteção da liberdade também a ligação entre uma liberdade e um direito a uma prestação em sentido estrito, a qual torna possível o real gozo daquilo que é facultativo (ALEXY, 2011, pp. 234-235).

Assim, ficam muito claros e delimitados os conceitos de liberdade positiva e negativa para Alexy (2011), lembrando, é claro, que o contexto de análise é junto à interpretação constitucional e não à materialização fática da norma.

Pode-se dizer, a partir disso, que a liberdade negativa, verdadeira liberdade jurídica para ele, depende de ações (ou omissões<sup>17</sup>) do Estado, uma determinação de um fazer ou não fazer. Esta liberdade negativa se identifica com as liberdades não-protégidas do seu texto.

Por outro lado, o autor identifica o que busca este trabalho como liberdade positiva com a liberdade protegida e com a liberdade fundamental, onde a primeira respeita o efetivo o querer ou não querer do portador da liberdade, lembrando, neste ponto a autonomia, reconhecimento e realização apontadas por Berlin (2002, pp. 226-272) e a segunda nasce da conjugação entre um direito presente na Constituição e a aplicação da liberdade como base para sua efetivação.

Assim, nota-se que há uma visão da liberdade positiva enquanto emancipação da pessoa, o que coadunando com a visão de Berlin (2002, pp. 226-272), entretanto adicionando algo novo, aditando que a liberdade positiva depende de um ambiente adequado, onde não basta se normatizar o direito, entretanto é necessário dar ao cidadão a possibilidade de fazer ou não determinado ato, trazendo ainda, enquanto elemento novo, o conceito de liberdade fundamental com a coadunação de direitos diversos com os considerados de liberdade para a formação de ambientes adequados ao seu exercício. Mostra-se o nascimento do que se busca encontrar no presente trabalho como conceito e fundamento de uma efetiva liberdade positiva.

---

<sup>17</sup> Importante separar o que ALEXY (2001, pp. 230-232) denomina “Liberdade Permissiva” da liberdade negativa em si, uma vez que ele deixa claro que a liberdade que não depende de uma ação estatal não se denomina *negativa* e sim *permissiva*, já que só depende de uma inexistência de ação pelo ente estatal.

### 2.1.5 *Uma visão da Liberdade Fundamental*

Bobbio, Matteucci e Pasquino (1986, pp. 686-694) trabalham o contexto das liberdades dentro do tema liberalismo, demonstrando que o conceito de liberdade evolui com o tempo, desde o liberalismo mais extremo (fase negativa), onde se busca uma afirmação da pessoa enquanto ser diferenciado do Estado, passando para seu período de emancipatório e findando num terceiro conceito que se notabiliza pela diminuição dos condicionamentos, exposto, este último, em suas palavras nos seguintes termos:

Nesta terceira definição passamos necessariamente de uma “liberdade de auto-emancipação ou de realização de si próprio” para uma “liberdade dos condicionamentos externos e internos”. A liberdade de fazer supõe assim a liberdade de poder fazer: sublinhamos a palavra poder justamente porque ela permanece, de alguma maneira, relacionada com a liberdade, visto que a liberdade de querer supõe, ao nível da ação, algumas garantias, isto é, ausência de impedimentos e condicionamentos externos e internos e, portanto, uma possibilidade de poder (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1986, p. 692).

Quando se trabalha a questão das liberdades como a diminuição de impedimentos e condicionamentos internos e externos, resta por necessária uma análise minuciosa dos direitos fundamentais deferidos, pois, neste momento, liberdade significa, como dito pelo autor, poder fazer, e isto engloba não só a liberdade de ir e vir ou a de não ser impedido, mas a criação de um verdadeiro sistema – ambiente – onde estas potencialidades possam ser exercitadas.

A busca pela formação do ambiente pela liberdade positiva e sua demanda pela consolidação de outros direitos fundamentais é suposta por Bobbio ao encontrar um nexo axiológico entre liberdade e igualdade, quando expõe que:

O único nexo social e politicamente relevante entre liberdade e igualdade se dá nos casos em que a liberdade é considerada como aquilo em que os homens – ou melhor, os membros de um determinado grupo social – são ou devem ser iguais, do que resulta a característica dos membros desse grupo de serem igualmente livres ou iguais na liberdade: essa é melhor prova de que a liberdade é a qualidade de um ente, enquanto a igualdade é um modo de estabelecer um determinado tipo de relação entre os entes de uma totalidade, mesmo quando a única característica comum desses entes seja o fato de serem livres (BOBBIO, 1997, p. 13).

Mesmo reconhecendo que, em geral, a liberdade termina por negar a igualdade, uma vez que a segunda tende a diminuir a diferença entre as pessoas, ao passo que a primeira prima por acentuar o caráter individual (BOBBIO, 2000, p. 37-41), o autor, já seguindo a linha

anterior, equaliza as vertentes sob a denominada igualdade advinda dos direitos fundamentais, como se vê abaixo:

Quanto à igualdade nos ou dos direitos, ela representa um momento ulterior na equalização dos indivíduos com respeito à igualdade perante a lei entendida como exclusão das discriminações da sociedade por estamentos: significa o igual gozo por parte dos cidadãos de alguns direitos fundamentais constitucionalmente garantidos. Enquanto a igualdade perante a lei pode ser interpretada como uma forma específica e historicamente determinada de igualdade jurídica (por exemplo, no direito de todos de ter acesso à jurisdição comum ou aos principais cargos civis e militares, independente do nascimento), a igualdade nos direitos compreende a igualdade em todos os direitos fundamentais enumerados numa constituição, tanto que podem ser definidos como fundamentais aqueles, e somente aqueles, que podem ser gozados por todos os cidadãos sem discriminações derivadas da classe social, do sexo, da religião, da raça e etc. (BOBBIO, 2000, p. 41).

A exposição da Liberdade e da igualdade fez o autor traçar um plano histórico da evolução dos conceitos e se questionar qual é o caminho vertido para a formação da sociedade no momento posterior ao Estado Liberal, o que resultou no que ele denominou de sociedade liberada, ou seja, a liberdade da sociedade deixou de estar vinculada ao Estado despótico ou liberal e passa a depender de um ambiente tipicamente externo:

E, então, para se chegar ao coração do problema da liberdade, é preciso dar um passo atrás: do Estado para a sociedade civil. O problema da liberdade se refere não mais apenas à organização do Estado, mas sobretudo a organização da produção e da sociedade como um todo; envolvendo não o cidadão, isto é, o homem público, mas o homem enquanto ser social, enquanto homem. Nesse sentido, parece que o desenvolvimento histórico não seja mais do Estado despótico ao Estado Liberal, mas do Estado Liberal À sociedade liberada (BOBBIO, 1997, p. 86).

A preocupação gerada a partir destes fatos na sociedade denominada tecnocrata<sup>18</sup>, torna mais necessária uma liberdade ambiental – no sentido da proteção ao desenvolvimento das potencialidades das pessoas dentro do contexto social e legal – e integrativa – no sentido de evitar a reificação<sup>19</sup> com a integração da pessoa enquanto ser social, como uma pessoa igual a qualquer outro, num sentimento tipicamente fraterno –, uma vez que:

Um ponto é claro: se numa sociedade tecnocrata nasce um problema de liberdade, esse não nasce no interior do sistema político estritamente entendido, mas no interior do sistema social em seu conjunto. O nível mais profundo em que se põe o problema se revela no fato de que as liberdades das quais o homem está privado na sociedade tecnocrata não são as liberdades

<sup>18</sup> “O que caracteriza a sociedade tecnocrata não é o homem escravo, o homem servo da gleba, o homem súdito, mas o não-homem, o homem reduzido à autômato, à engrenagem de uma grande máquina da qual não se conhece, nem o funcionamento, nem a finalidade” (BOBBIO, 1997, p. 87).

<sup>19</sup> Reificação pode ser interpretada como “mecanismo de funcionamento do fetichismo da mercadoria que sintetiza, em termos práticos e teóricos, o obstáculo a ser ultrapassado” (NOBRE, 2001, p. 11), ou seja, a avaliação do ser humano enquanto coisa, sob o fetichismo da mercadoria.

civis ou políticas, mas é a liberdade humana no sentido mais amplo da palavra, a liberdade de desenvolver todos os recursos da própria natureza (BOBBIO, 1997, p. 87).

Assim, Bobbio (1986; 1997; 2000) traz a este trabalho uma complementação do conceito de liberdade positiva que nasce e se desenvolve desde a liberdade clássica, ou seja, o contexto das liberdades fundamentais, já previamente traçado no tópico sobre Alexy (2001), entretanto com o viés de necessidade social na sociedade liberada, evitando, assim, o risco da reificação e efetiva dispensabilidade humana, o que ocorre a partir da formação de ambiente suficiente para o desenvolvimento das potencialidades dos cidadãos.

### 2.1.6 *Uma Liberdade Positiva (ambiental) e integrativa*

Traçados os liames iniciais sobre uma liberdade positiva, chegou-se a um conceito, onde a formação da liberdade depende não só de seu aspecto negativo, entretanto de uma efetiva participação do ente estatal no sentido de criar um ambiente suficiente para o efetivo exercício desta liberdade, sob forma de evitar a sua reificação no contexto da sociedade liberada.

A visão proposta de uma liberdade positiva ambiental, no sentido de tornar o direito exercitável e não imposto ao cidadão, evita a análise realista (mas, um pouco pessimista) de Berlin (2002), pois adiciona a visão integrativa como elemento essencial para o efetivo exercício, numa verdadeira evolução histórica do conceito.

Quando Berlin (2002, p. 268) expõe que:

Mas devo rejeitar tão otimismo democrático, e me afastar do determinismo ideológico dos Hegelianos para alguma filosofia mais voluntária, conceber a ideia de impor a minha sociedade – para sua própria melhoria – um plano de minha autoria, que elaborei em meu conhecimento racional; e que, a menos que eu aja por conta própria, talvez contra os desejos permanentes da maioria de meus companheiros cidadãos, pode nunca vir a se concretizar.

Ele esquece, ao tratar da imposição, que a verdadeira função da liberdade positiva não está em criar um padrão adequado de comportamento a ser seguido por todos, mas, em verdade, ela está vinculada ao nascimento de um ambiente suficiente para que estes direitos possam ser exercitados, ou seja, a liberdade positiva está vinculada à possibilidade e não à imposição, o que afasta, por completo, a visão de nascimento do autoritarismo a partir dela. Esta é uma visão integrativa da sociedade.

Não se nega, como se pode entender de Alexy (2011, pp. 232-235), que há padrões previamente escolhidos nas constituições, os denominados direitos fundamentais (ou liberdades fundamentais), entretanto sua defesa nas constituições modernas está voltada à manutenção do pluralismo, evitando, assim, em geral, a sua imposição absoluta.

A liberdade ambiental, neste contexto, é tipicamente integrativa, no momento que não exclui, nem determina a feitura de determinados atos, entretanto cria ambientes sociais suficientes para este exercício, entendendo todos os humanos como pessoas individuais, com vontades e necessidades diversas. É o dever do Estado em dar a liberdade de fazer ou não fazer por parte do administrado demonstrado por Alexy (2011, pp. 218-235).

Neste contexto, a liberdade ambiental se coaduna com a visão de liberdade positiva de Bobbio (1986; 1997; 2000), uma vez que se concretiza com a ação estatal no sentido de realização dos direitos fundamentais, na igualdade de direitos e, por decorrência, numa igualdade de oportunidades.

Não se esqueça que, sob este contexto, a antítese entre liberdade e igualdade de Bobbio (1986; 1997; 2000) (e até mesmo de BERLIN (2002)), ao não acreditar numa liberdade positiva que não se transforme em autoritarismo) é resolvida, uma vez que a formação de um ambiente passível de desenvolvimento de potencialidades, consegue desenvolver a liberdade individual, com a defesa da igualdade de oportunidades para direitos fundamentais dos cidadãos.

Coadunando com esta visão das liberdades positivas, Rawls (2002, pp. 92-98) ao tratar sobre a igualdade e liberdade (mesmo que de passagem) expõe a existência de três visões sobre a segunda, ou seja, o sentimento de capacidade por parte dos cidadãos em participarem da formação das instituições sociais em nome dos seus interesses superiores e fins últimos; o entendimento de que todos os cidadãos são capazes de ter uma concepção do bem; e, por fim, a responsabilidade de todos em relação aos fins buscados, representando este último a característica ambiental defendida, conforme se pode entender do texto abaixo:

Um terceiro aspecto da liberdade, que acrescento de passagem, é constituída pela responsabilidade para com os nossos fins. Isso significa que, se existem instituições justas no contexto social e todas dispõem de um índice equitativo de bens primários (como exigem os princípios de justiça), os cidadãos são capazes de ajustar seus objetivos e suas ambições em função daquilo que podem razoavelmente esperar e podem limitar as suas reivindicações concernentes à justiça a certos tipos de bens (RAWLS, 2002, p. 95).

Apenas por uma questão de delimitação científica, é importante mencionar que o presente trabalho não se pauta pelo conceito de justiça de Rawls (2002), pois, mesmo tendo o assunto relevância reflexa, a guia de segurança é voltada ao contexto das liberdades positivas.

Em poucas palavras, a liberdade positiva ambiental é baseada no desenvolvimento de uma visão integrativa da sociedade, a partir da igualdade na tomada, proteção e participação de seus direitos fundamentais, entretanto sem esquecer a individualidade de cada pessoa.

Mas o que são direitos fundamentais dentro deste contexto?

A resposta para este questionamento detém possibilidades inúmeras, mas adotar-se-á a linha de pensamento de Alexy (2011) que, já na introdução do seu trabalho, dá pistas do conceito que se procura:

As indagações sobre quais direitos o indivíduo possui enquanto ser humano e enquanto cidadão de uma comunidade, quais princípios vinculam a legislação estatal e o que a realização da dignidade humana, da liberdade e da igualdade exige, expressam grandes temas da filosofia prática e pontos centrais das lutas políticas, passadas e presentes. Elas tornam-se problemas jurídicos quando uma Constituição, como é o caso da Constituição da República da Alemanha, vincula os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário a normas de direitos fundamentais diretamente aplicáveis, e quando essa vinculação está sujeita a um amplo controle por parte de um tribunal constitucional (ALEXY, 2001, p. 25).

A pista dada pelo autor, demonstra que o direito fundamental buscado neste estudo tem uma grande relevância no sistema, vinculando os poderes e fazendo parte do texto constitucional de forma essencial. Pode-se dizer, a partir disso, que os direitos fundamentais são liberdades constitucionalizadas.

Quando se trata das liberdades, englobam-se não apenas as positivas ambientais, mas também as negativas e a sua dissociação básica aparecerá no momento em que há necessária ação do Estado ou se carece apenas de um não fazer estatal.

Aprofundando um pouco mais o efeito destas ações do Estado, chega-se ao contexto das ações positivas estatais, divididas por Alexy (2011, p. 201) em ação fática e ação normativa.

Trata-se de um direito a uma ação positiva fática quando se supõe um direito de um proprietário de escola privada a um auxílio estatal por meio de subvenções, quando se fundamenta um direito num mínimo existencial ou quando se considera uma “pretensão individual do cidadão à criação de vagas nas universidades”. O fato de a satisfação desse tipo de direitos ocorrer por meio de alguma forma jurídica não muda nada no seu caráter de direito a uma ação fática (ALEXY, 2011, p. 202).

Por outro lado, a ação normativa fica voltada à criação de normas por parte do Estado para o exercício de direitos fundamentais, ou seja, nasce de uma necessidade de ato legal que viabiliza determinado direito previsto na Constituição do Estado (ALEXY, 2011, p. 202).

Piovesan (2006, p. 40), identificando a ação positiva com ação afirmativa, ressalta que:

essas ações constituem medidas especiais e temporárias que, buscando remediar um passado discriminatório, objetivando acelerar o processo de igualdade, com o alcance da igualdade substantiva por parte de grupos vulneráveis, como as minorias étnicas e raciais, as mulheres, entre outros grupos.

Aqui se chega ao primeiro objetivo buscado no presente trabalho, ou seja, identificar as liberdades positivas, onde se chegou ao conceito de liberdade positiva ambiental – que busca trazer o ambiente necessário ao desenvolvimento dos potenciais dos cidadãos –, especializando e identificando-a com o direito fundamental – norma prevista na constituição que resguarda direitos básicos – findando com o encontro da sua forma de materialização, ou seja, por ações positivas ou afirmativas.

## 2.2 DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA

Marcelo Neves (2012) em sua obra “A constitucionalização simbólica” (2012), tomando como base Kinderman descreve a formação de normas constitucionais e ordinárias sem intuito de materialização efetiva (efetividade na vida comum), baseadas na reafirmação de conceitos existentes, em promessas de futuro ou mesmo como álibis para conter as pressões sociais. Em suas palavras: “Conteúdo de legislação simbólica pode ser: a) confirmar valores sociais; b) demonstrar a capacidade de ação do Estado e c) adiar a solução de conflitos sociais através de compromissos dilatórios” (KINDERMAN apud NEVES, 2012, p. 33).

A partir desta tipologia normativa descreve um ambiente constitucional baseado em diversas teorias, tencionando (e conseguindo) demonstrar questões como integração, subintegração e sobreintegração de pessoas dentro dos sistemas jurídico e político.

Como a descrição completa da teoria se demonstra por demais complexa para um resumo em poucos parágrafos, nos próximos subtítulos seus pontos de contato com o presente trabalho serão demonstrados.

### 2.2.1 *A Legislação simbólica e sua tipologia*

A legislação simbólica exposta por Marcelo Neves demonstra a formação de normas que não se materializarão em ações efetivas, uma vez que sua função não é instrumental, mas de mero símbolo de reafirmação ou de um porvir ou de um falso comprometimento com a causa, desta forma “legislação simbólica aponta para o predomínio, ou mesmo hipertrofia, no que se refere ao sistema jurídico, da função simbólica da atividade legiferante e do seu produto, a lei, sobretudo em detrimento da função jurídico-instrumental” (NEVES, 2011, p. 23).

Como já se demonstrou, a tipologia da norma simbólica tende a este trio de possibilidades, ou seja, a norma confirmadora de valores sociais, a norma álibi e a norma de promessa de futuro (KINDERMAN apud NEVES, 2012, p. 33).

Quando se trata de confirmação de valores sociais, a norma apenas serve de reafirmação, muitas vezes para classes sociais que buscam reconhecimento de si ou de suas ideias dentro de determinado grupo social, na verdade esta norma não traz consigo qualquer novidade, apenas reafirma compromissos sociais ou reafirma posições estatais, mesmo quando integrativas. Ao cabo, estas normas apenas satisfazem por ato normativo uma determinada posição, mesmo que não se tenha o compromisso de efetivamente se tornar uma prática legal efetiva.

A legislação simbólica destinada primariamente à confirmação de valores sociais tem sido tratada basicamente como meio de diferenciar grupos e os respectivos valores ou interesses. Constituiria um caso de política simbólica por “gestos de diferenciação”, os quais “apontam para a glorificação ou degradação de um grupo em oposição a outros dentro da sociedade”. Mas a legislação afirmativa de valores sociais pode também implicar em “gestos de coesão”, na medida em que haja uma aparente identificação na “sociedade nacional” com os valores legislativamente corroborados, como no caso de princípios de autenticidade (NEVES, 2011, pp. 35-36).

Por outro lado, quando a norma tende a se conformar como álibi do legislador, ela é elaborada para dar resposta a clamores sociais ou para demonstrar que o político atende aos seus compromissos com a sociedade, ou seja, é uma norma que, mesmo não se convolvendo em prática reiterada naquela sociedade, tende a firmar a confiança do cidadão em relação ao Estado (NEVES, 2011, pp. 36-38).

A legislação-álibi decorre da tentativa de dar aparência de uma solução dos respectivos problemas sociais ou, no mínimo, da pretensão de convencer o público das boas intenções do legislador. Como se tem observado, ela não apenas deixa os problemas sem solução, mas além disso obstrui o caminho para que eles sejam resolvidos. A essa formulação do problema

subjaz uma crença instrumentalista nos efeitos das leis, conforme a qual se atribui à legislação a função de solucionar os problemas da sociedade (NEVES, 2011, p. 39).

Mas esta norma pode sair do viés de álibi para se tornar uma promessa de materialização futura, uma “fórmula de compromisso dilatatório”, onde, mais baseada em diretiva futura que em normatividade, abandona a situação presente com uma promessa de um futuro melhor. Na verdade, há um adiamento para o futuro de um problema presente (NEVES, 2011, pp. 41-42).

Nesse caso, as divergências entre grupos políticos não são resolvidas por meio do ato legislativo, que, porém, será aprovado consensualmente pelas partes envolvidas, exatamente porque está presente a perspectiva da ineficácia da respectiva lei. O acordo não se funda então no conteúdo do diploma normativo, mas sim na transferência da solução do conflito para um futuro indeterminado (NEVES, 2011, p. 41).

Esta tipologia legal traz consigo um questionamento: estas normas detêm efetividade?

Para se responder o primeiro questionamento, necessária é a separação entre eficácia e efetividade, sendo que:

a eficácia diz respeito à realização do “programa condicional”, ou seja, à concreção do vínculo “se-então” abstrata e hipoteticamente previsto na norma legal, enquanto a efetividade se refere à implementação do “programa finalístico” que orientou a atividade legislativa, isto é, à concretização do vínculo “meio-fim” que decorre abstratamente do texto legal (NEVES, 2011, pp. 47-48).

Partindo disso, as normas simbólicas não geram um efeito e uma eficácia direta em si dentro do conceito normativo básico (não prestação = sanção), entretanto estão repletas do que se convém chamar de “efeitos indiretos”, uma vez que, para alcançar seus intentos, necessário é o efeito político relevante, não necessariamente de natureza jurídica (NEVES, 2011, p. 53).

No que concerne à legislação destinada à confirmação de valores sociais, podem-se distinguir três efeitos socialmente relevantes. Em primeiro lugar, trata-se de atos que servem para convencer as pessoas e os grupos da consistência do comportamento e normas valorados positivamente, confortando-as e tranquilizando-as de que os respectivos sentimentos e interesses estão incorporados no direito e por ele garantidos. Em segundo lugar, a afirmação pública de uma norma geral pelo legislador conduz as principais instituições da sociedade a servirem-lhe de sustentação, mesmo que falem ao respectivo texto legal a força normativo-jurídica e a eficácia que lhe seriam específicas. Daí resulta que a conduta considerada ilegal tem mais dificuldade de impor-se do que um comportamento lícito; [...]. Por fim, a legislação simbólica confirmadora de valores sociais distingue, com relevância institucional, quais “as culturas têm legitimação e dominação pública (dignas de respeito público) das que são desviantes (“degradadas publicamente), sendo, portanto, geradora de profundos conflitos entre os respectivos grupos (NEVES, 2011, pp. 53-54).

Quando a legislação é tipicamente *álibi*, seus efeitos serão aferíveis na manutenção da fidelidade dos eleitores ou do grupo de apoio de um determinado político, ou mesmo, na manutenção da crença popular em determinada instituição estatal (NEVES, 2011, p. 54).

Por fim, quando se tratar norma com compromisso dilatatório, seu principal efeito estará em adiar o conflito para momento futuro sem resolver os problemas sociais que foram colocados, sendo tais normas instrumentalizadas, normalmente, por um jogo político quase teatral entre os partidos (NEVES, 2011, p. 54).

### 2.2.2 *Normas constitucionais simbólicas*

Observada a tipologia das normas simbólicas, necessária é sua análise enquanto norma constitucional, uma vez que a concretização desta é essencial na formação da sociedade moderna, já que, desde as revoluções burguesas, a Constituição é vista como a mantenedora dos direitos básicos do cidadão em relação ao Estado.

Assim, uma norma constitucional traz em si uma alta expectativa social em sua materialização congruente, podendo a sua incompletude material ter reflexos sombrios na visão da sociedade do próprio sistema jurídico, neste sentido

a vigência das normas constitucionais não decorre simplesmente do processo constituinte e da reforma constitucional como processos de filtragem especificamente orientados para tal fim, mas também da concretização constitucional como pluralidade dos processos de filtragem. Por conseguinte, não se define a Constituição apenas por seu aspecto estrutural (expectativas, normas), mas simultaneamente sob o ponto de vista operativo: ela inclui as comunicações que, de um lado, fundamentam-se nas expectativas constitucionais vigentes e, do outro, servem de base para ela (NEVES, 2011, p. 68).

Em poucas palavras, pode-se identificar a Constituição como um conjunto normativo que demonstra até que ponto o sistema pode se reciclar e se retroalimentar sem que isso cause a sua inviabilidade ou o deixe não operacional, tendendo assim à materialização de suas normas.

Quando se investe no texto constitucional questões de direitos fundamentais e do Estado de Bem-Estar, as suas materializações efetivas se tornam cada vez mais importantes, uma vez que, reconhecendo a supercomplexidade da sociedade atual, os citados direitos se transformam na forma de comunicação entre os mais diversos níveis ao passo que esta nova

forma de avaliação do Estado determina a inclusão das pessoas de diferentes camadas sociais, dizendo, assim, respeito

de um lado, ao acesso, e do outro, à dependência da conduta individual a tais prestações. À medida que a inclusão é realizada, desaparecem os grupos que não participam da vida social, ou participam apenas marginalmente. A contrário sensu, pode-se designar como exclusão a manutenção persistente na marginalidade. Na sociedade contemporânea, isso significa que que amplos setores da população dependem das prestações dos diversos sistemas funcionais, mas não tem acesso a elas (NEVES, 2011, p. 76).

Importante notar neste ponto que a formação de direitos fundamentais sociais e sua implantação são imprescindíveis para a implementação efetiva de direitos fundamentais como a liberdade e a participação política (MARSHALL apud NEVES, 2011, p. 77), o que remete ao conceito de liberdade positiva tratada no título anterior, no momento que se identifica a necessidade de um ambiente adequado para que se possam efetivar as liberdades de forma plena.

Aqui nasce um dos sentidos mais negativos da visão simbólica das normas constitucionais, ou seja, a sua tendência à falta de materialização efetiva e irrestrita, deixando, assim, a margem do sistema diversas classes sociais que, mais a frente neste trabalho, serão identificados com os subintegrados. É um típico problema de desconexão entre as normas e as ações públicas, além da falta de expectativas:

O problema não se restringe à desconexão entre disposições constitucionais e comportamentos dos agentes públicos e privados, ou seja, não é uma questão simplesmente de eficácia como direcionamento normativo-constitucional da ação. Relativamente à constitucionalização simbólica, ele ganha sua relevância específica no plano da vigência social das normas constitucionais escritas, caracterizando-se por uma ausência generalizada de orientação das expectativas normativas conforme as determinações dos dispositivos das constituições. Ao texto constitucional falta, então, normatividade. Na linguagem da teoria dos sistemas, não lhe correspondem expectativas normativas congruentemente generalizadas (NEVES, 2011, p. 92).

Fica clara, a partir deste ponto, a adequação entre os conceitos de norma simbólica e constituição, chegando-se a visão da Constituição Simbólica, contendo normas para a corroboração de valores sociais, de compromisso dilatatório e a denominada “constitucionalização-álibi” (NEVES, 2011, p. 102).

Esta Constituição Simbólica difere da Legislação Simbólica por várias questões, partindo da sua colocação dentro do ordenamento e seu efeito nos valores expressos na vida social até a sua abrangência, onde se pode enxergar que a existência da segunda (legislação) pode por muitas vezes advir da primeira (constituição).

A constitucionalização simbólica vai diferenciar-se da legislação simbólica pela sua maior abrangência nas dimensões social, temporal e material. Enquanto na legislação simbólica o problema se restringe a relações jurídicas de domínios específicos, não sendo envolvido o sistema jurídico como um todo, no caso da constitucionalização simbólica esse sistema é atingido no seu núcleo, comprometendo-se toda a sua estrutura operacional (NEVES, 2011, p. 99).

A Constituição Simbólica sob este ponto de vista contamina todo o sistema, afetando diretamente os princípios sociais básicos e os direitos e garantias fundamentais, uma vez que, mesmo estando declarada diretamente a existência de todos estes direitos para todos os cidadãos, apenas parte da população deterá o efetivo acesso, os denominados integrados e sobreintegrados que se tratará mais à frente neste estudo.

Sob a forma da Democracia é construída a diferença entre os grupos sociais, afetando assim os princípios da igualdade e da liberdade, onde

o problema do funcionamento hipertroficamente político-ideológico da atividade e textos constitucionais afeta os alicerces do sistema jurídico constitucional. Isso ocorre quando as instituições constitucionais básicas – os direitos fundamentais (civis, políticos e sociais), a “separação” dos poderes e a eleição democrática – não encontram ressonância generalizada na práxis dos órgãos estatais, nem na conduta e expectativa da população (NEVES, 2011, p. 100).

Como se disse anteriormente, as mesmas classificações da legislação simbólica podem ser utilizadas nas Constituições, entretanto uma reafirmação de princípios ou uma promessa de futuro nunca realizada pode, ao final, transformar-se em verdadeiro “álibi em favor dos agentes políticos dominantes e em detrimento da concretização constitucional” (NEVES, 2011, p. 105).

A constituição álubi se converte em problema ou efetiva decorrência maléfica das outras formas de normas constitucionais simbólicas, quando os compromissos anteriores se tornam meras ilusões e, no fundo, busca-se apenas uma forma de não realização dos direitos previstos, mantendo-se o status quo de determinadas classes sociais.

### 2.2.3 *Das normas constitucionais álibis*

Ao tratar da constituição simbólica (ou mesmo da legislação simbólica), a questão básica a ser discutida é a desconexão entre o texto legal e a prática das instituições públicas e privadas e, por decorrência, seus efeitos deletérios na materialização dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Num sistema constitucional é muito comum a existência de normas programáticas, onde se busque uma direção para as ações tomadas pelo Estado, entretanto não se pode enxergar de forma habitual a existência de uma verdadeira Constituição Nominalista<sup>20</sup>.

As constituições nominalistas, apesar de conterem disposições de limitação e controle da dominação política, não teriam ressonância no processo real de poder, inexistindo suficiente concretização constitucional [...] nela há uma discrepância radical entre a práxis do poder e as disposições constitucionais, um bloqueio político da concretização constitucional, obstaculizador da autonomia operativa do sistema jurídico (LOEWENSTEIN apud NEVES, 2011, p. 107).

A norma constitucional álibi transforma a constituição em nominalista retirando desta o seu papel de junção entre o Direito e a Política, fazendo nascer um contexto, onde não há identificação direta entre a normatização infraconstitucional e a norma constitucional, apenas uma “desconexão entre a prática constitucional e as construções da dogmática jurídica e da teoria do direito sobre o texto constitucional” (NEVES, 2011, p. 154).

A norma álibi no contexto da constituição nominalista lembra o discurso da classe dos Filantropos exposta por Bourdieu (2014, pp. 468-469), uma vez que se colocam como intermediários entre dominantes e dominados, mas sem condições de impedir as imposições políticas. No fundo agem apenas como um bálsamo para tentar encobrir a dor das classes dominadas.

Aspecto, nesta linha, que merece atenção é a atuação da norma álibi no que se chama de *welfare state*, um Estado de bem-estar social, vez que este tem por base a inclusão no sistema de parcelas cada vez maiores da população.

Neste caso, a norma estudada não está associada

a um desempenho eficiente e generalizado do Estado diante das carências da população. “A lealdade política” desenvolve-se principalmente por meio de mecanismos difusos e particularistas não compatíveis com a Constituição. Mas não se trata de instituições que possibilitam de maneira generalizada a “lealdade das massas”, mas sim de forma de prestação compensatória que ensejam apenas a gratidão individual ou de grupos isolados. Portanto, a respeito, não cabe falar rigorosamente de legitimação (geral), mas antes de apoio (particularista) (NEVES, 2011, p. 123).

Ou seja, a norma constitucional álibi tem o efeito negativo de particularizar a inclusão social, criando o ambiente legal e político para ações populistas e, até mesmo, autoritárias, o que pode terminar por gerar revoltas, em virtude da irrealidade do sistema em relação ao momento social, assim

---

<sup>20</sup> A constituição nominalista se opõe à constituição normativa, uma vez que esta consegue bloquear ao máximo a influência política sobre o subsistema jurídico.

paradoxalmente, portanto, embora a constitucionalização simbólica, presente basicamente em Estados periféricos, tenha a função ideológica de promover a confiança no Estado e no governo (em sentido amplo), servindo-lhes como forma de representação retórica e alibi, ela pode converter-se, nos casos extremos de discrepância entre o texto e a realidade constitucionais, em um fator de promoção de desconfiança na própria figura do Estado (NEVES, 2011, pp. 124-125).

A manutenção de um sistema de dominação baseado em normas como esta dependem de acordos legislativos e das denominadas “regras de silêncio”, ou seja, um mecanismo pelo qual alguns assuntos sempre sejam excluídos da efetiva discussão democrática, mantendo, assim, a lealdade das massas (NEVES, 2011, p. 124).

Os limites da função ideológica da constitucionalização simbólica para a “lealdade das classes” e para as “regras de silêncio” democráticas importam a permanente possibilidade de crítica generalizada ao sistema de dominação encoberto pelo discurso constitucionalista. Como problema estruturalmente condicionado, o desgaste da constitucionalização simbólica poderá conduzir a movimentos sociais e políticos por transformações consequentes em direção a um sistema constitucional democrático efetivo (NEVES, 2011, pp. 125-126).

Entretanto, apenas uma visão pouco vinculada à realidade acreditaria que um sistema já tomado pela alopoiésis<sup>21</sup>, sem a separação de meio e forma e sem qualquer autorreferência (RODRIGUES; NEVES, 2012, pp. 27-39) e já dominado pelo sistema político não deteria formas de autodefesa. Nasce aqui a sobreintegração, partindo da instrumentalização constitucional como defesa do político contra a tentativa de liberação do jurídico.

No caso típico de “instrumentalismo constitucional”, a subordinação heteronomizante do sistema jurídico ao código primário da política, “poder superior/inferior”, sucede diretamente através do processo de estabelecimento de textos constitucionais ou de leis “supraconstitucionais” de exceção (NEVES, 2011, p. 148).

O que poderia se transformar em levante popular em direção a uma democracia efetiva, afastando as normas alibis, termina por trazer, em momentos de exceção, um sistema antidemocrático, com situações como o autoritarismo e o totalitarismo.

De toda feita, pode-se dizer que sistemas totalitários no mundo contemporâneo são exceções, caminho diferente do domínio do sistema político sobre o jurídico, que ocorre, em geral, em países com implantação ainda deficiente do Estado de bem-estar social.

Assim, pode-se dizer acerca da sobreposição do sistema político ao jurídico que

a constitucionalização simbólica não se apresenta apenas como mecanismo de bloqueio do direito pelo código-diferença primário da política, “poder superior/inferior, ou seja, não tem um sentido puramente negativo. Através do discurso constitucionalista, da referência retórica ao texto constitucional, é possível, com êxito maior ou menor, construir-se perante o público a imagem de um Estado ou de um governo identificado com os valores constitucionais, apesar

---

<sup>21</sup> O próprio Marcelo Neves faz a análise da Constitucionalização Simbólica a partir da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann.

da ausência de um mínimo de concretização das respectivas normas constitucionais (NEVES, 2011, pp. 150-151).

As normas *álibi*, desta forma, geram o que se convém denominar da subintegração, integração e sobreintegração no sistema, o que será tratado o subitem que se segue.

#### 2.2.4 *Subintegração, integração e sobreintegração a partir das Constituições Álibis*

A sistemática das Constituições *Álibis* tende a promessas que não se realizarão nunca, mais que um acordo dilatatório, são verdadeiros factoides para a manutenção do status quo de determinadas classes no sistema jurídico e político.

O reflexo material deste tipo de constituição é a formação de contingentes diferenciados de pessoas, quase castas dentro do sistema, existindo aqueles que se encontram integrados e acima (sobreintegrados), aqueles que participam do sistema (integrados) e aqueles que vivem à margem do sistema e sem maior esforço por parte da classe política para sua integração (subintegrados).

Este fenômeno se desenvolveu de forma mais clara nos países periféricos, onde houve “uma crescente e veloz complexificação social, sem que daí surgissem sistemas sociais capazes de estruturar ou determinar a adequadamente a emergente complexidade” (NEVES, 2011, p. 172).

Esta complexidade não acompanhada da integração social adequada atraiu consigo uma diferenciação de difícil transposição de capital social (BOURDIEU, 2013), com a criação de uma verdadeira barreira técnica e cultural que, envolvendo de forma invisível as pessoas, tinha como base a manutenção de um certo status quo, que, mesmo sem um determinismo efetivo, dificultou (e dificulta) a mobilidade entre as classes.

A visão da sociedade a partir dos sobreintegrados e dos subintegrados demanda uma separação daqueles que estão acima da lei de um lado e do outro os que estão à margem da lei, ou seja,

emergem, então, relações de “subintegração” e de “sobreintegração” nos diversos subsistemas sociais, bloqueando-lhes a reprodução autopoietica<sup>22</sup>. A subintegração significa dependência dos critérios do sistema (político, econômico, jurídico) sem acesso às suas prestações. A “sobreintegração” implica em acesso aos benefícios do sistema sem dependência de suas regras ou critérios (NEVES, 2011, p. 173).

---

<sup>22</sup> A reprodução autopoietica depende da autorreferência do sistema e da interação apenas por aberturas cognitivas e não de interpenetração direta de sistemas com predatismo de um em relação ao outro, ou seja, dentro do contexto da política em relação ao direito na Constitucionalização *Álibi* não há condição para a reprodução autopoietica (RODRIGUES; NEVES, 2012).

Como já exposto, as relações de subcidadania<sup>23</sup> e sobrecidadania tendem a ocorrer em Estados onde o bem-estar social ainda não se instalou de forma efetiva, os denominados países de periferia (como o Brasil), onde aspectos econômicos e políticos tentem a tornar estas relações quotidianas, onde alguns são beneficiados e outros excluídos dos direitos constitucionais básicos no que toca à sua efetivação.

A subcidadania englobará, assim, questões que se pautarão em aspectos sociais, econômicos, políticos, ou seja, uma verdadeira plêiade fará com que estes grupos fiquem à margem da sociedade, em busca do que se convém denominar de reconhecimento.

O conceito de reconhecimento será tratado de forma mais aprofundada em item posterior, mas, preliminarmente, pode-se considerar como

as lutas moralmente motivadas de grupos sociais, sua tentativa coletiva de estabelecer institucional e culturalmente formas ampliadas de reconhecimento recíproco, aquilo por meio do qual vem a se realizar a transformação normativamente gerida das sociedades (HONNETH, 2003, p. 156)

Assim, pode-se dizer que a subcidadania está diretamente vinculada à falta de reconhecimento social de determinada pessoa ou classe, o que tem como fator explícito a existência de normas e constituições álibis que, ao final, apenas fingem efetivar a inclusão dentro do Estado Social, objetivando, ao final, a manutenção do status quo.

### 2.2.5 *Prolegômenos da Constitucionalização simbólica à brasileira e a formação da ralé subcidadã/subintegrada*

Tratar da formação de uma constitucionalização simbólica à brasileira seria suficiente para se efetuar um trabalho completo e não apenas um título, motivo pelo qual propõe-se, apenas para entender a situação da efetividade de normas constitucionais no país, alguns prolegômenos, uma passagem superficial do assunto, mas suficiente em profundidade para se embasar a teoria que se desenvolve.

---

<sup>23</sup> O conceito lógico de subcidadão é utilizado a partir da explanação de Marcelo Neves, contudo este mesmo conceito já foi explorado por Jessé de Souza em seu livro “A Construção Social da Subcidadania: Para uma Sociologia Política da Modernidade Periférica” (2012), citado noutras passagens deste trabalho.

### 2.2.5.1 Explicando a formação de um povo e o seu efeito nas interferências sistêmicas

Não se pode precisar cientificamente o quanto à formação de um país pode influir nos seus sistemas sociais, mas se pode entender melhor este caminho a partir da sua história.

Tratando do Brasil, seja o analista iberista ou americanista (HOLANDA, 1995), uma coisa não se pode negar, é um objeto de estudo único no que toca à formação de um novo povo e de uma nova identidade de nação.

Encontrar o ponto diferenciador do brasileiro em relação a outras populações da terra não é tarefa fácil, uma vez que se encontram problemas a serem superados desde a formação do povo até o seu desenvolvimento e chegada nos dias atuais.

O Brasil nasceu antes de ser “descoberto”, uma vez que dividido e adquirido por Portugal no Tratado de Tordesilhas. O que ocorreu em momento histórico anterior à invasão legal das terras americanas. A conquista deste território entre os séculos XV e XVI trouxe consigo um grande problema: o que fazer com tamanha quantidade de terras? (RIBEIRO, 1995)

O medo era o da invasão do território por terceiros não contemplados pelo acordo da Igreja Católica, Portugal e Espanha e da efetivação de uma colonização por estas outras coroas ou mesmo de uma invasão de corsários ou piratas e a necessidade de pagamento de resgates.

Deste problema nasceu a necessidade de habitar aquelas grandes terras, onde, mesmo sabendo da existência de moradores nativos, restava a vontade e curiosidade dos descobridores (invasores) em enriquecer e voltar à terra natal para se refastelar com os frutos. A invasão ocorreu com alguns problemas e muitos ganhos, mesmo com a perda de vidas humanas pela antropofagia.

Convencionou-se chamar de índios os habitantes locais, em referência às Índias, que, em tese, era o destino daquelas caravelas. Os portugueses sobreviventes dos “banquetes de homens” ou aqueles que se defenderam com a pólvora terminavam por cair nas graças dos nativos que, de forma hospitaleira, ofereciam suas filhas aos visitantes para a formação de laços familiares. Nasceram os primeiros miscigenados e o instituto do cunhadismo (RIBEIRO, 1995).

O cunhadismo criava vínculos entre índios e portugueses, o que era aceito de muito bom grado por estes, uma vez que havia efetiva falta de mulheres da corte e até mesmo de prostitutas no primeiro século de dominação. O primeiro estigma da formação do brasileiro pode ser enxergado aqui, uma vez que o filho do português com a índia não fazia parte da tribo, nem da corte portuguesa, ou seja, criam-se os primeiros brasileiros, rejeitados pelos pais e

excluídos das tradições das mães. Este é o brasilíndio ou mameluco, um mestiço sem vínculos familiares com pai nem mãe (RIBEIRO, 1995).

A miscigenação não parou entre portugueses e índios, uma vez que se desenvolvia neste período um dos mercados econômicos mais lucrativos do mundo, a escravidão (HOLANDA, 1995).

Escravos eram verdadeiras “res”, mas a graça africana terminava por encantar os portugueses que, ao fim e ao cabo, terminavam por aumentar a reprodução de miscigenados. Os negros que sofriam com o banzo ainda viam suas filhas e mulheres gerarem uma nova raça, os chamados mulatos. Estes não tinham uma tribo originária no além-mar para buscar, mas já nasciam com um jeito estranho e avesso ao excesso de trabalho da produção açucareira. Bom lembrar que as “criações de negros” foram tentadas no Brasil, mas não foram rentáveis, seja pelo custo da criação, seja pela astúcia congênita que os negrinhos detinham ao nascer no Brasil ou pelos costumes que aprendiam durante sua formação (RIBEIRO, 1995).

Mas o Brasil não foi só Nordeste, bandeiras e entradas formaram uma sociedade diferente, baseada no cunhadismo e na captura de índios de outras tribos e, com a interiorização das explorações, contrapondo-se à economia meramente açucareira (RIBEIRO, 1995).

Miscelânea, estigmas, um jeito diverso e inconfundível, esta é a formação de um novo povo nas Américas chamado Brasil, que tem sua diferença observada de forma clara pelo tamanho do território. Era impossível ao brasileiro ser um povo único tendo fatores climáticos, geográficos e humanos tão distintos (HOLANDA, 1995).

Da mistura nasceram características únicas, como o cordialismo, por exemplo. Cordial não é o brasileiro hospitaleiro, mas aquele que, com um conceito arraigado de família e de proteção dos seus, termina por esquecer que a coisa pública é de todos e passa a agir de forma patrimonialista. Não disse apenas isso Sérgio Buarque de Holanda (1995), mas não se pode negar que esta é uma característica que tem efeitos devastadores na história local.

Não se chega ao extremo de considerar que o Brasil tivesse até hoje um governo oligárquico, mas é muito mais fácil negociar com o brasileiro sendo seu amigo do que sendo um grande fornecedor, este vínculo familiar é necessário ao desenvolvimento da atividade o que gera, em muitos casos, a própria corrupção.

Sendo o cordialismo uma característica do brasileiro e, por decorrência, uma aversão a avaliação imparcial dos cidadãos pelo Estado, nascem o herói pitoresco e o malandro, como forma de escapismo do povo contra o Estado que não o detinha como parente.

Formada esta base de mestiços, iniciou-se um processo de diferenciação entre os mais abastados e próximos da Coroa e a classe explorada, com o nascimento de um sentimento da coisa pública brasileira como coisa de ninguém e não de todos, uma vez que restou arraigada na população uma saudade pela riqueza e pela casa europeia que nunca, em verdade, houve (HOLANDA, 1995).

Com o findar da escravidão a diferença entre os brasileiros europeizados, brasilíndios e mulatos cresceu e formaram-se as primeiras favelas, uma vez que dispensados os mulatos, sem qualificação e sem aparência adequada, não detinham mercado de trabalho, exceto de subempregos e bicos (SOUZA, 2012).

A cordial sociedade brasileira terminou dividida em verdadeiras castas, entre brasileiros europeizados ou próximos da oligarquia que estava no Poder de um lado e brasilíndios e mulatos favelados e índios não dominados pela cultura branca. A discriminação no Brasil não se demonstrou como racial puramente, até por conta da mistura, mas social e econômica, baseada na proximidade ou não da Europa e da oligarquia que estava no poder (SOUZA, 2012).

Por formação, pode-se dizer que o brasileiro é mestiço pela mistura entre europeus, índios e negros; estigmatizado pelo desejo do europeu em voltar à sua casa, do brasilíndio ter perdido sua identidade materna e paterna e do mulato não ter conseguido afirmar uma real personalidade; cordial já que, além de hospitaleiro, trata do patrimônio público de forma como seu e distribui entre parentes e amigos; e criativo, característica que nasce da sua capacidade de adaptação às mais diversas intempéries pela inteligência.

Mesmo não se podendo afirmar que tipos ideais como estes tenham uma relação causa e efeito no que toca à alopoiése, pode-se, ao menos, encontrar pistas bastantes claras nesta formação. Partindo destes dados, o próximo item tentará desenhar a sobreposição de sistemas sociais.

#### 2.2.5.2 Constitucionalização simbólica no país do cordialismo

A constitucionalização simbólica em países de periferia já foi identificada nos itens anteriores como um problema que causa efeitos como a subintegração e a sobreintegração, uma vez que é formada, basicamente, por normas álibi que se pautam na manutenção das classes favorecidas.

No Brasil a identificação é ainda mais direta, identificando-se uma confusão “pré-agendada” entre norma programática e simbólica, onde, antes de desenhar um programa de implantação futuro (mas já definido e obrigatório), configura-se, no máximo, como norma de compromisso temporal dilatatório indefinido (NEVES, 2011, pp. 41-42). Um efeito típico da influência do subsistema político sobre o jurídico, uma verdadeira “corrupção sistêmica” (NEVES, 2012, p. 241).

Assim, num desenho do que é exposto para a sociedade brasileira

a responsabilidade pelos graves problemas sociais e políticos é, então, atribuída à Constituição, como se eles pudessem ser solucionados mediante as respectivas emendas ou revisões constitucionais. Desta maneira, não somente se desconhece que leis constitucionais não podem resolver imediatamente os problemas da sociedade, mas também se oculta o fato de que os problemas jurídicos e políticos que frequentemente se encontram na ordem do dia estão associados à deficiente concretização normativo-jurídica do texto constitucional existente, ou seja, residem antes na falta das condições sociais para a realização de uma Constituição inerente à democracia e ao Estado de direitos do que nos próprios dispositivos constitucionais (NEVES, 2011, p. 187).

A falta da concretização das normas é “vendida” como um problema da inexistência de normas especializadas o suficiente, entretanto ele está na não efetividade das já existentes ou, na verdade, na falta de vontade política de realizar estes fundamentos.

Assim a subcidadania (ou subintegração) não está necessariamente voltada à falta de normas, mas a falta de sua concretude fática de direitos já previstos na Constituição Federal para propiciar a existência de um ambiente viável ao desenvolvimento social e cultural das pessoas, evitando assim a formação do que SOUZA (2012) denomina *habitus precário*<sup>24</sup>.

Este ponto é central, posto que, se é a reprodução de um "habitus precário" a causa última da inadaptação e marginalização desses grupos, não é "meramente a cor da pele", como certas tendências empiricistas acerca da desigualdade brasileira tendem, hoje, a interpretar (SOUZA, 2012, p.159).

Fica claro, a partir deste ponto, que a questão da subintegração (subcidadania) ocorre na sociedade brasileira em virtude da nominalização constitucional, ou seja, o nascimento e a manutenção de classes subintegradas está vinculado à não materialização dos direitos fundamentais previstos na Constituição Brasileira.

---

<sup>24</sup> O *habitus precário* é interpretação de SOUZA (2012) acerca do conceito de *habitus primário* de Pierre Bourdieu, indicando um desenvolvimento incompleto do capital social e cultural da pessoa, detendo como resultado a formação de sua subcidadania.

Agora se for aposto à subintegração (subcidadania) o cordialismo, a explicação do nominalismo constitucional brasileiro se apresenta de forma muito mais fácil, uma vez que a característica primária de defender os seus em diferença ao todo gera

a função hipertroficamente simbólica do texto constitucional não se refere apenas à retórica “legitimadora” dos governantes (em sentido amplo). Também no discurso político dos críticos do sistema de dominação, a invocação aos valores proclamados no texto constitucional, desempenha relevante papel simbólico. Por exemplo, a retórica político-social dos “direitos humanos”, paradoxalmente, é tanto mais intensa, quanto menor o grau de concretização normativa do texto constitucional (NEVES, 2011, p. 186).

Em suma, aplicável a tese da constitucionalização simbólica no Brasil, uma vez que, avaliando a sua formação, a interpenetração de sistemas se demonstra clara, com sobreposição do político sobre o jurídico, onde a concretização de direitos previstos na Constituição Federal, são deixados de lado para a manutenção do antigo cordialismo descrito por HOLANDA (1995).

Identificada a tese de NEVES (2011) com a Constituição Brasileira e, por decorrência, um grande problema quanto à efetivação de liberdades positivas, no próximo capítulo será tratada a questão do direito fundamental à educação enquanto base para a integração das pessoas com deficiência.

### **3 DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA SURDA E DO DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO INCLUSIVA**

Tratar de pessoa com deficiência surda e de educação inclusiva é remontar às teses acerca do tratamento impingido a esta minoria no tempo, passando por seus diversos modelos, até se identificar a sua habilitação enquanto ser social, ao passo que tratar de sua educação é explorar o modelo de ensino na Língua Brasileira de Sinais (LIBRAS), assim, para alcançar o intuito proposto, os títulos que se seguem mostrarão estes conceitos e seus reflexos na formação do que Bourdieu (1987) denomina de Capital Cultural.

#### **3.1 DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA**

O conceito de pessoa com deficiência demanda um estudo de grande amplitude que perpassa por todas várias teorias, normalmente divididas em três blocos: dispensabilidade ou prescindência, médico e social, havendo autores que defendem um quarto método que seria voltado à questão da diversidade (GOMÉZ, 2012), assim, para uma análise mais focada, partir-se-á para de uma análise geral destes métodos para, só então, efetuar uma análise da questão a partir da revisão da visão contratual de John Hawls efetivada por Martha Nussbaum (2013) e seu *Capability Approach*.

Após estas considerações, partir-se-á para a identificação da comunidade surda e da importância da LIBRAS para sua integração no sistema de ensino, concluindo assim pela necessidade do ensino inclusivo, como se descreverá nos parágrafos que se seguem.

##### *3.1.1 A pessoa com deficiência, teorias e direitos humanos*

O primeiro contato entre pessoa humanas normalmente se dá a partir de padrões sociais, praticamente normativos – a comunicação é um destes padrões –, a partir dos quais são geradas expectativas de determinadas ações e omissões, o que se convém chamar de Identidade Social (GOFFMAN, 2013, p. 05)

Desta identidade social de geração espontânea, a relação pode progredir com maiores ou menores possibilidades harmônicas ou efetivamente fraternas, havendo a hipótese da geração de Estigmas.

O termo estigma, portanto, será usado em referência a um atributo profundamente depreciativo, mas o que é preciso, na realidade, é uma linguagem de relações e não de atributos. Um atributo que estigmatiza alguém pode confirmar a normalidade de outrem, portanto ele não é, em si mesmo, nem horroroso nem desonroso (GOFFMAN, 2013, p. 06).

Estes estigmas nascem das mais diversas fontes, desde a colocação social de uma pessoa até sua religião, mas se tornam ainda mais ressaltados (e não deveriam) quando advêm de diferenças nos aspectos físicos e sensoriais, principalmente quando são considerados como deficiências<sup>25</sup>.

As pessoas com deficiência são consideradas a “maior minoria do mundo” (ONU, 2014) e

Segundo o Censo 2000 do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, aproximadamente 25 milhões de brasileiros declararam possuir alguma deficiência, o que significou um salto de 1,41% em 1991 para 14,5% da população. A principal razão para o grande aumento no número de pessoas com deficiência é a alteração dos instrumentos de coleta de informações, incluindo o modelo social (RESENDE; VITAL, 2008, p. 18).

Materialmente, estas pessoas trazendo consigo, mesmo sendo parte relevante a população, estigmas sociais, em virtude de destoarem dos padrões gerais (GOFFMAN, 2013, pp. 04-10), tendendo a uma exclusão prévia pela sua diferença advinda de limitações físicas e/ou sensoriais.

Esta visão diferenciada da pessoa com deficiência evolui com a humanidade, sendo identificadas, em geral, três grandes fases de avaliação, quais sejam: métodos de dispensabilidade ou prescindência da pessoa com deficiência, método médico ou curativo e método social (MADRUGA, 2013, p. 58-59), havendo autores que indicam um outro modelo denominado de método da diversidade (GOMÉZ, 2012, p. 117).

O modelo da prescindência parte de que a sociedade poderia prescindir destes indivíduos e estaria autorizada, inclusive, a eliminá-los, vez que considerava a deficiência como

---

<sup>25</sup> A deficiência é apenas um padrão social. Uma pré-concepção não atendida (GOFFMAN, 2013, p. 05).

um aviso divino de descumprimento do pacto sagrado, além de considerar estas pessoas como inúteis ao seu fim social.

Confirmando esta visão da prescindência, Madruga (2013, p. 58) demonstra que:

O modelo de prescindência considerava que as causas que dão origem à deficiência possuem fundo religioso, além do que as pessoas são consideradas inúteis por não contribuírem com as necessidades da comunidade, [...] A sociedade, portanto, “prescinde” dessas pessoas, seja por intermédio da adoção de submodelos como o eugenésico, situado na antiguidade clássica, com a prática de infanticídio [...] ou mediante o submodelo de marginalização, cujo traço característico, durante a Idade Média, é a exclusão [...].

Quando se tentava integrar pessoas com deficiência no sistema da prescindência, normalmente as ações eram consideradas como dispensáveis ou, até mesmo, criticáveis, como se pode ver da passagem de Cunha (2005, p. 115) sobre a criação das escolas técnicas para sua habilitação:

[...] dizia da novidade que representou a criação, no Rio de Janeiro, de escolas profissionais para cegos (1854) e surdos-mudos (1856): “O ensino necessário à indústria tinha sido, inicialmente, destinado aos silvícolas, depois fora aplicado aos escravos em seguida aos órfãos e aos mendigos. Passaria, em breve a atender, também, a outros desgraçados.

O segundo modelo identificado é o médico/reabilitador, nascido após a Primeira Guerra Mundial em virtude das deficiências de seus feridos, onde as limitações físicas e sensoriais foram encaradas como de origem científica e o processo de reabilitação individual se tornava suficiente para fazer voltar a utilidade social das pessoas (MADRUGA, 2013, p. 58).

O modelo médico/reabilitador detinha como fundamento a verdadeira “cura” da deficiência, encarando a pessoa com deficiência como o ser que deveria se adaptar para se enquadrar nos moldes sociais pré-traçados, como um problema individual a ser tratado para o bom convívio social.

Patrícia Cuenca Gómez tratando do assunto demonstra que este sistema parte de que a deficiência é própria do indivíduo e de sua incapacidade, o que destoa do modelo social:

concebe la discapacidad como un problema centralmente individual, apartándose del modelo social que entiende que la discapacidad tiene su origen preponderantemente en causas sociales, esto es, en el diseño de la sociedad desde unos referentes que no tienen en cuenta la situación de las personas con discapacidad (GOMÉZ, 2012, p. 112).

Nasce, dentro desta evolução, o modelo denominado social, detendo por base a ideia de que, ao turno de se considerar como um “problema individual” a deficiência, como fazia o modelo médico, ela deve ser observada como uma questão eminentemente social, demonstrando que, na verdade, há uma incapacidade da sociedade em prever e ajustar-se à diversidade.

Assim se arremata que a pessoa com deficiência está localizada na sociedade e deve ser considerada como uma cidadã em igualdade de condições, detendo direito a instalações concebidas de tal modo que incorporem suas restrições. As atitudes sociais também têm de ser alteradas para que as pessoas com deficiência sejam tratadas como membros totalmente normais (MOORE, 2002, p. 416).

Colin Barnes e Geof Mercer (2012, pp.77-85) demonstram, apoiados na teoria sociológica da deficiência, que a evolução e as ações do modelo social de integração desta minoria são baseadas em políticas de reconhecimento e integração. A política social sob este aspecto demandaria o envolvimento estatal para a equiparação de grupos marginalizados.

O modelo social não foi o último passo no sistema de reconhecimento da pessoa com deficiência, existindo, nos dias atuais, uma evolução para um o denominado “modelo da diversidade” (GOMÉZ, 2012), em geral baseado na ideia do *Capability Approach*.

O *Capability Approach* tem por ponto de partida a determinação das capacidades que efetivamente cada pessoa tem a possibilidade de desenvolver, nas palavras de Martha Nussbaum:

[...] argumento que a melhor abordagem dessa ideia de um mínimo social básico é fornecida por uma explicação que se concentre nas capacidades humanas, isto é, no que as pessoas são de fato capazes de fazer e de ser, instruídas, de certa forma, pela ideia intuitiva de uma vida apropriada à dignidade do ser humano (NUSSBAUM, 2013, p. 84).

O reflexo mais forte da abordagem das capacidades<sup>26</sup> é que a análise das pessoas, com deficiência ou não, dar-se-á de forma individualizada, inexistindo grandes fórmulas para a determinação de quem está ou não capaz de praticar ato na vida civil.

Argumento, além disso, mais uma vez apoiado na ideia intuitiva de dignidade humana, que as capacidades em questão devem ser perseguidas por toda e qualquer pessoa, cada uma sendo tratada como um fim e nenhuma como mero instrumento dos fins dos outros. [...]

---

<sup>26</sup> Utilizar-se-á o termo *abordagem das capacidades* como tradução para *Capability Approach*, conforme obra de Carlos Luiz Strapazzon e Maria Helena Pinheiro Renck (2014, pp. 157-183).

Finalmente, minha abordagem emprega a ideia de um nível mínimo para cada capacidade, abaixo do qual se acredita que aos cidadãos não está sendo disponibilizado um funcionamento verdadeiramente humano. O objetivo social deve ser entendido em termos de conseguir trazer os cidadãos para cima do nível mínimo de capacidade (NUSSBAUM, 2013, p. 85).

Pode-se dizer, a partir desta visão, que as pessoas com deficiência detêm impedimentos pela incapacidade da sociedade em enxergar as suas capacidades e pela falta de adaptação que ocorre, por vezes, com o ente público.

Neste ponto, importante mencionar que Martha Nussbaum (2103) trabalha uma evolução das teorias de John Rawls (2008), uma vez que este autor enxergava com desesperança a possibilidade do descortinar do véu da ignorância no que toca à pessoa com deficiência, o que quase impediria a questão da distributividade e igualdade das oportunidades:

Todos os valores sociais – liberdade e oportunidade, renda e riqueza, bem como as bases sociais da auto-estima – devem ser distribuídos igualmente, a não ser que uma distribuição desigual de um ou de todos esses valores traga vantagens para todos (RAWLS, 2008, p. 109).

Em crítica à visão de Rawls, Amartya Sen (1999, 323) expõe que:

As motivações subjacentes à teoria de Rawls e ao enfoque da capacidade são similares, mas o tratamento da questão é diferente. O problema com respeito ao argumento rawlsiano está em que, mesmo tendo-se em vista os mesmos fins, a capacidade que as pessoas têm de converter bens primários em realizações é diferente, de tal maneira que uma comparação interpessoal baseada na disponibilidade de bens primários em geral não tem como refletir também as liberdades reais de cada pessoa para perseguir um dado objetivo, ou objetivos variáveis.

O conceito de distributividade de oportunidades/bens primários e desenvolvimento pessoal seria suficiente para a geração de uma efetiva reorganização social, entretanto, para uma efetiva integração da pessoa com deficiência ao conceito de Rawls (uma visão tipicamente contratualista), necessário seria o reconhecimento de capacidade civil destas pessoas, o que foi resolvido por Nussbaum (2013) ao tratar da abordagem das capacidades.

A visão da pessoa com deficiência a partir da abordagem de capacidades é encontrada na Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu protocolo facultativo, realizada sob os auspícios da Convenção da Organização das Nações Unidas (ONU), que tomando como diretiva a integração e proteção deste grupo, considera que:

[...] pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem

obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas. (ONU, 2006)

O artigo 12 da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência<sup>27</sup> deixa clara a sua opção pela abordagem das capacidades (*Capability Approach*), uma vez que protege o respeito às suas capacidades nos atos da vida quotidiana.

A o referido artigo da Convenção Internacional é visto por Patrícia Cuenca Gómez como:

La revisión de la teoría de los derechos que se ha propuesto en el segundo apartado de este trabajo adquiere especial importancia en la interpretación e implementación de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y, sobre todo, en la determinación del sentido y alcance de su artículo 12, que contiene las principales disposiciones de este instrumento internacional en materia de capacidad jurídica entendida como la puerta de acceso al discurso jurídico y al ejercicio de todos los derechos humanos. Este precepto reafirma que las personas con discapacidad tienen personalidad jurídica, reconoce su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás en todos los aspectos de la vida, obliga a garantizar el acceso al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de esa capacidad y establece una serie de salvaguardas en relación en la prestación de este apoyo que tienen como principal objetivo que se respete su voluntad, preferencias y derechos. Así, el artículo 12 supone una auténtica revolución respecto del tratamiento tradicional de la capacidad jurídica basado en la institución de la incapacitación y en la sustitución en la toma de decisiones (GOMÉZ, 2012, p. 133).

Assim, pode-se dizer que a pessoa com deficiência é capaz de exercer os atos da vida civil, levando-se em conta as competências que efetivamente possa exercer, o que impede a feitura de fórmulas gerais de incapacidade civil, devendo ocorrer a análise individualizada.

---

<sup>27</sup> Artigo 12 - Reconhecimento igual perante a lei

1.Os Estados Partes reafirmam que as pessoas com deficiência têm o direito de ser reconhecidas em qualquer lugar como pessoas perante a lei.

2.Os Estados Partes reconhecerão que as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida.

3.Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para prover o acesso de pessoas com deficiência ao apoio que necessitarem no exercício de sua capacidade legal.

4.Os Estados Partes assegurarão que todas as medidas relativas ao exercício da capacidade legal incluam salvaguardas apropriadas e efetivas para prevenir abusos, em conformidade com o direito internacional dos direitos humanos. Essas salvaguardas assegurarão que as medidas relativas ao exercício da capacidade legal respeitem os direitos, a vontade e as preferências da pessoa, sejam isentas de conflito de interesses e de influência indevida, sejam proporcionais e apropriadas às circunstâncias da pessoa, se apliquem pelo período mais curto possível e sejam submetidas à revisão regular por uma autoridade ou órgão judiciário competente, independente e imparcial. As salvaguardas serão proporcionais ao grau em que tais medidas afetarem os direitos e interesses da pessoa.

5.Os Estados Partes, sujeitos ao disposto neste Artigo, tomarão todas as medidas apropriadas e efetivas para assegurar às pessoas com deficiência o igual direito de possuir ou herdar bens, de controlar as próprias finanças e de ter igual acesso a empréstimos bancários, hipotecas e outras formas de crédito financeiro, e assegurarão que as pessoas com deficiência não sejam arbitrariamente destituídas de seus bens.

Importante mencionar neste ponto que, ao tratar da “razão para além da autonomia”, Ronald Dworkin faz verdadeiro escorço na demonstração de que a suposta autonomia dos “adultos dotados de competência normal” (DWORKIN, 2009, pp. 315-316) é apenas um padrão e que qualquer pessoa está passível de uma má escolha, seja aquela denominada “normal”, seja a pessoa com deficiência.

Localizada a pessoa com deficiência na teoria dos direitos humanos, far-se-á uma abordagem legislativa mais aprofundada, passando pela Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Pessoas Portadoras de Deficiência, pela Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e findando com o Estatuto da Pessoa com Deficiência.

### *3.1.2 Da Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Pessoas Portadoras de Deficiência*

A Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Pessoas Portadoras de Deficiência<sup>28</sup> foi ratificada pelo Brasil e internalizada pelo Decreto 3.956/2001, configurando-se em texto legal com 14 (quatorze) artigos, onde, entre outros termos, há determinação direta de quem é a pessoa com deficiência e o que é a discriminação. Diz o texto legal:

O termo "deficiência" significa uma restrição física, mental ou sensorial, de natureza permanente ou transitória, que limita a capacidade de exercer uma ou mais atividades essenciais da vida diária, causada ou agravada pelo ambiente econômico e social.

[...] o termo "discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência" significa toda diferenciação, exclusão ou restrição baseada em deficiência, antecedente de deficiência, consequência de deficiência anterior ou percepção de deficiência presente ou passada, que tenha o efeito ou propósito de impedir ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício por parte das pessoas portadoras de deficiência de seus direitos humanos e suas liberdades fundamentais.

[...] Não constitui discriminação a diferenciação ou preferência adotada pelo Estado Parte para promover a integração social ou o desenvolvimento pessoal dos portadores de deficiência, desde que a diferenciação ou preferência não limite em si mesma o direito à igualdade dessas pessoas e que elas não sejam obrigadas a aceitar tal diferenciação ou preferência. Nos casos em que a legislação interna preveja a declaração de interdição, quando for necessária e apropriada para o seu bem-estar, esta não constituirá discriminação.

---

<sup>28</sup> A denominação “pessoa portadora de deficiência” foi abandonada em virtude da evolução médica para o modelo social, onde se utiliza o termo “pessoa com deficiência”, demonstrando, inclusive, a visão do modelo da diversidade, conforme se pode observar da Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (SASSAKI, 2003, p. 1236).

A partir destes conceitos foi desenhado um verdadeiro subsistema dentro do Sistema Interamericano de Defesa dos Direitos Humanos<sup>29</sup>, baseado na criação e manutenção de direitos, mas, principalmente na inclusão das pessoas com deficiência.

A Convenção Interamericana sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência obriga designadamente à adopção das medidas de natureza legislativa, social, educativa e laboral ou outras que sejam necessárias para eliminar a discriminação contra estas pessoas e proporcionar a sua plena integração na sociedade, nomeadamente no nível das acessibilidades, da prevenção da deficiência, da sensibilização da população e da investigação científica e tecnológica (TAVARES, 2012, p. 78).

O sistema é adotado em forma de colaboração internacional entre os Estados que ratificaram a Convenção, tendo a sua evolução legislativa a partir de reuniões periódicas que se lastreiam na regra base de que

Nenhuma disposição desta Convenção será interpretada no sentido de restringir ou permitir que os Estados Partes limitem o gozo dos direitos das pessoas portadoras de deficiência reconhecidos pelo Direito Internacional consuetudinário ou pelos instrumentos internacionais vinculantes para um determinado Estado Parte.

Inclusive foi criada uma comissão para o acompanhamento da efetivação das normas da Convenção, composta por um membro de cada Estado parte.

Para controlar a aplicação das disposições desta convenção, foi criado um comité para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência, que examina relatórios apresentados pelos Estados Partes a cada quatro anos, enunciando as medidas adoptadas para dar cumprimento às obrigações impostas pela Convenção (TAVARES, 2012, p. 78).

Historicamente a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Pessoas Portadoras de Deficiência é um marco para os países do continente americano como forma de defesa e integração das pessoas com deficiência, entretanto, até em virtude de seu momento temporal, ainda está bastante contaminada pelo modelo médico/curativo e a busca da cura da deficiência, sem demonstrar de forma clara que este aspecto depende da vontade da pessoa (liberdade ambiental).

Assim, apontava-se neste momento para a formação de um sistema totalmente novo e passível de rápida evolução, o que, de certa forma, ocorreu com a Convenção da ONU de 2007

---

<sup>29</sup> “O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos é o que gerencia a proteção desses direitos nos Estados-membros da Organização dos Estados Americanos (OEA) da qual nosso país faz parte. Por sua vez, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos é o principal instrumento de proteção dos direitos civis e políticos já concluído no Continente Americano, e o que confere suporte axiológico e completude a todas as legislações internas dos seus Estados-partes” (GOMES, 2013, p. 16).

e com o Estatuto da Pessoa com Deficiência brasileiro de 2015, onde se observará a implantação mais direta do método social ou mesmo o da diversidade.

### *3.1.3 Da Convenção Internacional da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência*

A Convenção Internacional da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo foram concluídos em 2007, na cidade de Nova York, sendo ratificados e internalizados no Brasil, consoante o Decreto 6.949/2009.

Composta a Convenção de preâmbulo e cinquenta artigos e o Protocolo Facultativo por mais dezoito artigos, significou uma mudança impar no tratamento das pessoas com deficiência e verdadeira evolução legislativa no Brasil, inclusive por inaugurar a sistemática implantada pela Emenda Constitucional 45/2004, detendo a norma internacional status constitucional no ordenamento interno, como lembra Barroso:

Vale o registro de que a novidade já foi colocada em prática. O Congresso Nacional valeu-se do mecanismo aqui descrito para editar o Decreto Legislativo n. 186/2008 e, por meio dele, aprovar, com status de emenda, o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007. Dessa forma, o referido decreto legislativo passa a integrar o bloco de constitucionalidade, podendo ser utilizado como paradigma para o controle da validade de atos infraconstitucionais (BARROSO, 2009, p. 181).

Os títulos da Convenção são bastante gerais, tentando abranger ao máximo os direitos da pessoa com deficiência, evocando oito princípios gerais: o respeito pela dignidade inerente, a autonomia individual, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, e a independência das pessoas; a não-discriminação; a plena e efetiva participação e inclusão na sociedade; o respeito pela diferença e pela aceitação das pessoas com deficiência como parte da diversidade humana e da humanidade; a igualdade de oportunidades; a acessibilidade; a igualdade entre o homem e a mulher; o respeito pelo desenvolvimento das capacidades das crianças com deficiência e pelo direito das crianças com deficiência de preservar sua identidade.

O princípio do respeito pela dignidade inerente, a autonomia individual, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, e a independência das pessoas é um típico reflexo da dignidade da pessoa humana, trazendo consigo a visão de capacidade da pessoa com deficiência descrito por Martha Nussbaum (2013) enquanto evolução do modelo social.

O reconhecimento da dignidade da pessoa com deficiência é fundamental, por opor-se à ideia de que a deficiência rebaixa esse ser a uma condição sub-humana ou a uma anomalia que “danifica” a sua condição de pertencer à humanidade. Do meu ponto de vista, o primeiro item deveria se restringir ao reconhecimento da dignidade das pessoas com deficiência, uma vez que não há nenhuma condição que rebaixe o seu status de ser humano. É particularmente prejudicial correlacionar dignidade com independência e autonomia. Toda pessoa é digna de respeito, quer seja ou não independente e/ou autônoma. Na área da atenção às pessoas com deficiência convencionou-se usar o termo autonomia à possibilidade das pessoas realizarem suas ações sem o auxílio de terceiros, porém ainda sujeitas à criação de condições pelo meio ambiente e contexto social. Já independência designa a capacidade da pessoa realizar escolhas, sem pedir autorização de alguém ou de alguma instituição. É importante ressaltar que o processo de construção da independência e da autonomia inicia-se desde a mais tenra infância, quando a mãe respeita as primeiras manifestações da vontade do bebê (RESENDE; VITAL, 2008. p. 31).

Quanto ao princípio da não-discriminação uma diminuição dos estigmas (GOFFMAN, 2013), não se frustrando atividades da pessoa com deficiência por motivos voltados à sua condição. A não-discriminação tem por base a mudança da visão desta pessoa de uma “mal-aventurada” para alguém que tem papel social relevante e pode ajudar na construção e desenvolvimento das teias sociais.

Apesar da palavra discriminação ter adquirido o sentido negativo, ou seja, da retirada de direitos a determinados grupos sociais, a ideia de discriminar, desta vez positivamente, está na base das ações afirmativas, onde eu identifico determinados grupos para oferecer possibilidades de resgatar a dívida social para com estes. Considerando o sentido negativo adquirido pela palavra em nossa língua, considero interessante não nomear as inúmeras condições sociais geradoras de preconceito (RESENDE; VITAL, 2008. p. 31).

Quanto ao princípio da plena e efetiva participação e inclusão na sociedade, a busca é da integração social da pessoa com deficiência para que esta possa desenvolver ao máximo as suas potencialidades (GOMÉZ, 2012; NUSSBAUM, 2013) sem qualquer limitação injustificada por parte dos agentes sociais ou políticos.

Do meu ponto de vista, o princípio da busca da participação plena é particularmente importante e deve se iniciar também na família e difundir-se para todos os outros espaços sócio-culturais e políticos, inclusive nas instituições e serviços de atendimento à população. É necessário, contudo, retificar o uso da palavra inclusão. O conceito de “inclusão” refere-se ao processo de construção de uma sociedade para todos e, portanto, os alvos de transformação são os ambientes sociais e não a pessoa. Assim, o termo inclusão não deve ser usado como sinônimo de inserção ou integração (RESENDE; VITAL, 2008. p. 32).

O princípio do respeito pela diferença e pela aceitação das pessoas com deficiência como parte da diversidade humana e da humanidade busca deixar clara a posição da pessoa com deficiência como humana, preservando a sua individualidade, um verdadeiro “pertencimento à espécie” nas palavras de Martha Nussbaum (2013) ao tratar de cuidado e

compaixão ou mesmo ao nomear seu livro “Fronteiras da Justiça: deficiência, nacionalidade e pertencimento à espécie”.

Pode ser enxergado também como decorrência lógica da dignidade da pessoa humana e mesmo dos princípios da não-discriminação e da inclusão social.

Julgo fundamental estabelecer as origens das diferenças humanas porque há aquelas inerentes à natureza do ser humano, as diferenças ecológicas e as diferenças criadas pelo homem, a saber, as diferenças sócio-culturais e as de natureza política. Assim, nem todas as “diferenças” devem ser respeitadas. Aquelas originadas pela má distribuição de renda, pela opressão política, pela corrupção devem ser combatidas. Se não estabelecermos estas distinções, estaremos incorrendo no erro da despolitização do discurso e dos movimentos sociais (RESENDE; VITAL, 2008. p. 32).

Quanto à igualdade de oportunidades volta-se à questão de liberdade ambiental que se trabalha no primeiro capítulo deste estudo, uma vez que se deve dar a possibilidade de integração para as pessoas com deficiência, não se podendo, por exemplo, impor um método curativo. A igualdade de oportunidades neste sentido é a existência de um ambiente adequado onde as pessoas com deficiência possam desenvolver suas capacidades em parceria com as outras pessoas.

O conceito de igualdade de oportunidades é contemporâneo ao Plano da Ação Mundial e está intimamente relacionado à questão das diferenças. É necessário eliminar os mecanismos de produção da desigualdade e os meios mais eficazes para fazê-lo são a politização da discussão e a busca da igualdade de oportunidades. Tornar as oportunidades iguais significa criar condições diversificadas, respeitando-se as necessidades de cada pessoa. A principal área onde a igualdade de oportunidades gera transformações sociais é a da educação. Se entendermos educação não como mero serviço, e sim como direito inerente a todo ser humano, aí sim, estaremos construindo as bases de uma sociedade inclusiva (RESENDE; VITAL, 2008. p. 32).

Quando se trata da acessibilidade, está-se diante de uma das maiores garantias que se pode promover para uma pessoa com deficiência, pois, antes de tratar apenas de locomoção, trata de verdadeiro acesso ao convívio social, com reflexos em materiais e formatos adequados, comunicação possível e ambiente saudável para o desenvolvimento das potencialidades, ou seja, a “acessibilidade aqui precisa ser compreendida em seu sentido amplo, como ingresso e permanência aos meios físicos e aos de comunicação (desenho universal) e aos sistemas, políticas, serviços e programas implementados pela comunidade” (RESENDE; VITAL, 2008. p. 32).

Quanto à igualdade entre homem e mulher, por mais dispensável que viesse a parecer este princípio dentro da questão da pessoa com deficiência, torna-se de importância ímpar, uma

vez que, em determinadas sociedades a mulher se apresenta com estigmas (GOFFMAN, 2013) ainda não superados, o que torna a sua situação da mulher portadora de deficiência ainda mais complicada, ou seja, “uma vez que na área das deficiências a condição feminina torna a mulher com deficiência particularmente vulnerável e em condições de desvantagem social, havendo uma sobre-marginalização” (RESENDE; VITAL, 2008. p. 32).

O último princípio é o do respeito pelo desenvolvimento das capacidades das crianças com deficiência e pelo direito das crianças com deficiência de preservar sua identidade, que se consubstancia em momento primário da proteção da infância e na formação de um adulto com deficiência saudável nas suas relações sociais.

Outra condição de vulnerabilidade que é oportunamente destacada é o respeito que todas as crianças com deficiência possuem de ter as suas capacidades desenvolvidas. Um exemplo de desrespeito é quando, nas avaliações clínicas e pedagógicas, enfatiza-se os déficits e não as potencialidades. Não acredito que as pessoas com deficiência constituam-se em um grupo homogêneo, diferente dos demais, como é o caso da identidade do negro, esta sim, baseada em uma etnia e cultura próprias. Apesar de existirem grupos que tendem a considerar que a deficiência constitui-se em uma identidade própria, como por exemplo, a comunidade surda, não creio que a influência da presença de uma deficiência determine uma classe específica de pessoas (RESENDE; VITAL, 2008. p. 33).

Os princípios demonstrados, além de nortear todo o sistema das pessoas com deficiência, são guardados e acompanhados no que toca à implantação de direitos previstos na Convenção pelo Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, com número final de 18 membros (peritos), eleitos a partir de lista designada pelos Estados Parte, demonstrando que a cooperação mundial é a base desta norma internacional.

Importante lembrar que para além dos princípios existem direitos efetivamente deferidos ao grupo das pessoas com deficiência, dentre os quais se pode mencionar, por exemplo: o direito à igualdade e não-discriminação, à proteção das mulheres e crianças com deficiência, à conscientização, à acessibilidade, à vida, à defesa em situações de risco e humanitárias, à igualdade perante à lei, ao acesso à justiça, à liberdade e segurança, à prevenção contra tortura ou tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, à prevenção contra a exploração, a violência e o abuso, à proteção da integridade da pessoa e à liberdade de movimentação e nacionalidade.

Como o presente estudo tem recorte na questão do direito à educação, a partir deste parágrafo se assentará o estudo da Convenção neste assunto, constante do artigo 24 e de seus cinco itens.

O direito à educação previsto na Convenção, antes de tudo, tem natureza inclusiva, o que significa que o Estado Parte tem obrigação na sua implantação em todos os níveis e sem discriminação, mantendo, assim, a igualdade de oportunidades a partir do desenvolvimento de capacidades (NUSSBAUM, 2013).

A inclusão escolar é o processo de adequação da escola para que todos os alunos possam receber uma educação de qualidade, cada um a partir da realidade com que ele chega à escola, independentemente de raça, etnia, gênero, situação socioeconômica, deficiências etc. É a escola que deve ser capaz de acolher todo tipo de aluno e de lhe oferecer uma educação de qualidade, ou seja, respostas educativas compatíveis com as suas habilidades, necessidades e expectativas. Por sua vez, a integração escolar é o processo tradicional de adequação do aluno às estruturas física, administrativa, curricular, pedagógica e política da escola. A integração trabalha com o pressuposto de que todos os alunos precisam ser capazes de aprender no nível pré-estabelecido pelo sistema de ensino. No caso de alunos com deficiência (intelectual, auditiva, visual, física ou múltipla), a escola comum condicionava a matrícula a uma certa prontidão que somente as escolas especiais (e, em alguns casos, as classes especiais) conseguiriam produzir (RESENDE; VITAL, 2008. p. 84).

Deve-se deixar claro ainda o princípio não discriminação que se torna patente no item 2, “a” do artigo 24, ao determinar que: “as pessoas com deficiência não sejam excluídas do sistema educacional geral sob alegação de deficiência e que as crianças com deficiência não sejam excluídas do ensino primário gratuito e compulsório ou do ensino secundário, sob alegação de deficiência”.

Ainda são obrigações os Estados Parte assegurar

[...] às pessoas com deficiência a possibilidade de adquirir as competências práticas e sociais necessárias de modo a facilitar às pessoas com deficiência sua plena e igual participação no sistema de ensino e na vida em comunidade. Para tanto, os Estados Partes tomarão medidas apropriadas, incluindo:

- a) Facilitação do aprendizado do braille, escrita alternativa, modos, meios e formatos de comunicação aumentativa e alternativa, e habilidades de orientação e mobilidade, além de facilitação do apoio e aconselhamento de pares;
- b) Facilitação do aprendizado da língua de sinais e promoção da identidade lingüística da comunidade surda;
- c) Garantia de que a educação de pessoas, em particular crianças cegas, surdocegas e surdas, seja ministrada nas línguas e nos modos e meios de comunicação mais adequados ao indivíduo e em ambientes que favoreçam ao máximo seu desenvolvimento acadêmico e social.

Assim, chega-se a um novo modelo de ensino e, por decorrência a uma nova escola, onde todas as pessoas poderão interagir livremente com a possível diminuição de estigmas suposta com a liberdade ambiental do capítulo anterior.

A Convenção defende um sistema educacional inclusivo em todos os níveis [§ 5]. Em suas linhas, percebemos que a educação inclusiva é o conjunto de princípios e procedimentos implementados pelos sistemas de ensino para adequar a realidade das escolas à realidade do alunado que, por sua vez, deve representar toda a diversidade humana. Nenhum tipo de aluno

poderá ser rejeitado pelas escolas [§ 2, “a”]. As escolas passam a ser chamadas inclusivas no momento em que decidem aprender com os alunos o que deve ser eliminado, modificado, substituído ou acrescentado no sistema escolar para que ele se torne totalmente acessível [§ 1º; § 2º, “b” e “c”; § 5º]. Isto permite que cada aluno possa aprender mediante seu estilo de aprendizagem e com o uso de todas as suas inteligências [§ 1º, “b”]. Portanto, a escola inclusiva percebe o aluno como um ser único e ajuda-o a aprender como uma pessoa por inteiro [§ 1º, “a”]. Para a Convenção, um dos objetivos da educação é a participação efetiva das pessoas com deficiência em uma sociedade livre [§ 1º, “c”; § 3º], o que exige a construção de escolas capazes de garantir o desenvolvimento integral de todos os alunos, sem exceção (RESENDE; VITAL, 2008. p. 85).

Arremata, por fim a Convenção, demonstrando a aplicação do *Capability Approach* (NUSSBAUM, 2013), que:

Os Estados Partes assegurarão que as pessoas com deficiência possam ter acesso ao ensino superior em geral, treinamento profissional de acordo com sua vocação, educação para adultos e formação continuada, sem discriminação e em igualdade de condições. Para tanto, os Estados Partes assegurarão a provisão de adaptações razoáveis para pessoas com deficiência.

Com a internalização da Convenção como norma constitucional brasileira, resta claro o direito fundamental à educação inclusiva para a pessoa com deficiência, não devendo sofrer limitações ao desenvolvimento de suas capacidades estudantis.

### 3.1.4 Do Estatuto da Pessoa com Deficiência

Sob os auspícios da Convenção Internacional da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência de 2007, o Brasil editou a Lei 13.146/2015, denominada de Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência ou Estatuto da Pessoa com Deficiência<sup>30</sup>, constando de cento e vinte e sete artigos, dividida em dois livros (parte geral e especial), onde se tentou compreender todas as adaptações legais necessárias para o pleno desenvolvimento dos destinatários dos direitos.

A legislação se mostra extensa em virtude dos muitos princípios e direitos a serem abordados, modificando a legislação pátria desde o Código Civil até a Lei de benefícios da previdência social.

---

<sup>30</sup> O Estatuto da Pessoa com Deficiência entrará em vigor a partir de janeiro de 2016, uma vez que sua *vacatio legis* é de 180 dias e sua publicação ocorreu em 06 de julho de 2015.

Como explorar tamanho campo legal extrapolaria por muito o intuito do presente trabalho, a linha guia que se utilizará está voltada as mudanças na capacidade da pessoa com deficiência advindas da norma e a regulamentação do direito à educação inclusiva.

No que toca à capacidade, fica clara sua esteira junto à não-discriminação no momento que o artigo 6º do referido Estatuto expõe que:

A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para:

I - casar-se e constituir união estável;

II - exercer direitos sexuais e reprodutivos;

III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar;

IV - conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória;

V - exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e

VI - exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

Inclusive houve a revogação de alguns artigos da parte geral da lei 10.406/2002 (Código Civil) no sentido de modificar as regras de capacidade civil, retirando os incisos II e III do artigo 3º, que consideravam os enfermos e deficientes mentais que não detivessem discernimento ou não pudessem exprimir sua vontade livremente como absolutamente incapazes e os incisos I, III e V do artigo 4º que tratavam da parcial incapacidade, entre outros, de pródigos e os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo.

Ainda foi criado o instituto da decisão apoiada, baseado no exercício das habilidades possíveis da pessoa com deficiência, sob os seguintes termos:

A tomada de decisão apoiada é o processo pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos 2 (duas) pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade.

A decisão apoiada é o instituto do *Capability Approach* materializado, uma vez que dá a possibilidade de decisão para a pessoa com deficiência que pode eleger para ajudá-la, quando for o caso, duas pessoas de sua confiança, ou seja, toda a capacidade de desenvolvimento possível para a pessoa com deficiência será dada no sentido de que ela tome as decisões necessárias à sua vida civil.

Assim, pode-se dizer que houve verdadeira revolução no que toca à capacidade da pessoa com deficiência, primordialmente pelo reconhecimento de suas capacidades e pela sua não discriminação.

Deve-se ainda, até para manter a linha proposta no estudo, tratar-se do título relativo à educação, constante do Capítulo V, nos artigos 27, 28, 29 e 30.

A educação da pessoa com deficiência presente no Estatuto é baseada no ensino inclusivo e na responsabilidade de todos no desenvolvimento de suas capacidades, uma vez que ressalta que é “dever do Estado, da família, da comunidade escolar e da sociedade assegurar educação de qualidade à pessoa com deficiência, colocando-a a salvo de toda forma de violência, negligência e discriminação”.

É de se ver também que a inclusão da pessoa com deficiência deve ocorrer “em todos os níveis e aprendizado ao longo de toda a vida, de forma a alcançar o máximo desenvolvimento possível de seus talentos e habilidades físicas, sensoriais, intelectuais e sociais, segundo suas características, interesses e necessidades de aprendizagem” (artigo 27, *caput*), o que demonstra o gozo da educação como liberdade ambiental, sob os auspícios do *Capability Approach*.

Ainda quanto ao direito à educação das pessoas com deficiência, avanço importante foi a imposição às instituições privadas de qualquer nível e modalidade de ensino, com vedação de valores adicionais na matrícula, mensalidades ou anuidades, de assegurar, criar, desenvolver, implementar, incentivar, acompanhar e avaliar um programa pedagógico completo e inclusivo, constando de níveis e modalidades de aprendizado que englobem o aprendizado por toda a vida destas pessoas, além de “oferta de ensino da Libras, do Sistema Braille e de uso de recursos de tecnologia assistiva, de forma a ampliar habilidades funcionais dos estudantes, promovendo sua autonomia e participação”<sup>31</sup>.

Aqui se demonstra ainda mais clara a educação inclusiva como liberdade positiva (ambiental) deferida pelo Estado e por norma constitucional para as pessoas com deficiência, inclusive quanto à sua linguagem como o Braile e a Libras.

---

<sup>31</sup> Como se verá no capítulo III deste trabalho, há ação direta de inconstitucionalidade (ADI 5357) contra a o parágrafo primeiro do artigo 28 do Estatuto da Pessoa com Deficiência, ou seja, contra a obrigatoriedade do ensino inclusivo por parte Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (Confenen), sob o argumento de que esta obrigação inviabilizaria o ensino privado no Brasil.

### 3.1.5 Da LIBRAS

A linguagem de sinais nem sempre foi bem vista como forma de comunicação na história das sociedades, muito ao seu turno, durante muito tempo foi considerada como um mal. Lulkin cita que:

Em todas as instituições onde se deseja sincera e eficazmente introduzir o verdadeiro método da palavra, devemos inicialmente, separando os iniciantes dos outros alunos, e por todos os meios possíveis, desenraizar a erva daninha da língua de sinais (LULKIN, 2000, p. 67).

No Brasil também houve críticas ao sistema de ensino por sinais, onde se tencionava em extinguir este tipo de estudo. Paula Botelho em seu trabalho sobre a linguagem de sinais lembra que:

Assim é traçado o desenho do Oralismo, abordagem cujo discurso propõe a superação da surdez e a aceitação social do surdo por meio da oralização, banindo desde então a língua de sinais dos modelos educacionais. (...) O ensino da fala passa a ocupar centralidade máxima, e converte-se em meio e fim da educação do surdo (BOTELHO, 1998, p. 21).

A virada da linguagem de sinais começa a ocorrer com a qualificação do surdo como sujeito de direitos e colocado dentro do estreito grupo das pessoas com deficiência, assim se começou a respeitar a possibilidade de existência de uma língua e de uma nova cultura. Pensando no método social e intercultural de enxergar a pessoa surda, notou-se que a surdez foi inventada pelos ouvintes, como diz Skliar:

De um lado estariam as formas de narrar aos surdos por parte dos ouvintes, a invenção ouvinte da surdez. De outro lado, as narrações dos surdos sobre eles mesmos. Dar lugar às narrações surdas sobre a surdez constitui, dessa forma, um processo de desouvintização (SKLIAR, 1999, p. 24).

A partir desta visão forja-se a Língua Brasileira de Sinais (LIBRAS) como ponto de integração da comunidade surda e dela com os ouvintes e se desenvolve como verdadeiro idioma brasileiro regulamentada pela lei 10.436/2002, sendo reconhecida como meio legal de comunicação e expressão.

A compreensão da LIBRAS como uma língua diferente do português traz consigo diversos efeitos práticos, dentre os quais o reconhecimento de uma cultura diferenciada no contexto brasileiro, ou seja, a cultura surda.

Quando um pesquisador propõe determinadas abordagens para lidar com a surdez, não consegue ser imparcial, pois sua proposta sempre refletirá uma concepção própria de surdez. Tal concepção resulta do modo que cada estudioso encara a surdez, seja como deficiência ou diferença...Em linhas gerais, essas soluções tem duas bases: uma oferecida pelas ciências biológicas, que geralmente vêem o surdo, como deficiente e, portanto, buscam a normalidade e fala, dispendo de avanços tecnológicos (próteses ou implantes) para oferecer ao surdo a

possibilidade de ouvir e falar, outra sustentada pelas ciências humanas, que comumente a Língua de Sinais como diferente e defendem do surdo é a idéia de uma cultura surda, direcionando o debate para uma questão de ordem ideológica...se, por um lado, normalizar implica fazer falar, por outro, implica assumir o estatuto dos gestos como Língua diferente, afirmado que aqui há uma língua, uma língua diferente, como nós (SANTANA, 2007, p. 21).

Ao turno do que se pensa, a LIBRAS não é apenas um conjunto de sinais no ar, mas um estudo aprofundado e sistemático, já que se trata de uma nova língua, uma vez que

A modalidade gestual-visual espacial pela qual a LIBRAS é produzida e percebida pelos surdos leva, muitas vezes, as pessoas a pensarem que todos os sinais são o desenho no ar referente ao que representam. É claro que, por decorrência de sua natureza linguística, a realização de um sinal pode ser motivada pelas características do dado da realidade a que se refere, mas isso não é uma regra. Portanto, necessita de um aprendizado sistemático, preferencialmente ensinada por surdos (STROBEL; FERNANDES, 1998, p. 25).

Por fim, é de lembrar que a LIBRAS é uma linguagem local, ou seja, é aplicada no Brasil e detém diferenças regionais, demonstrando ainda mais o seu aspecto cultural.

Partindo deste ponto, os subitens que seguem propõem a análise de forma geral da comunidade surda, identificando sua língua, LIBRAS, como diferenciadora, concluindo pela importância de seu ensino e sua visão enquanto necessária à aumentar o capital desta comunidade, constituindo-se em verdadeira liberdade positiva ambiental.

#### 3.1.5.1. Da Comunidade Surda

A comunidade surda traz consigo uma formação social primariamente advinda de sua comunicação, o que termina por afastá-la do público ouvinte, o que não é de estranhar, uma vez que “a parte social da linguagem, exterior ao indivíduo, que, por si só, não pode nem criá-la nem modificá-la; não existe senão em virtude duma espécie de contrato estabelecido entre os membros da comunidade” (SAUSSURE, 1979, p. 22).

A formação de uma comunidade depende da identidade de seus membros, o que termina por ocorrer por diversos fatores diferentes. Stuart Hall, ao tratar do assunto elabora que:

a identidade é formada na “interação” entre o eu e a sociedade. o sujeito ainda tem um núcleo ou essência interior que é o “eu real”, mas este é formado e modificado num diálogo contínuo com os mundos culturais “exteriores” e as identidades que esses mundos oferecem. A identidade, nessa concepção sociológica, preenche o espaço entre o “interior” e o “exterior” – entre o mundo pessoal e o mundo público. O fato de que projetamos a “nós próprios” nessas identidades culturais, ao mesmo tempo que internalizamos seus significados e valores, tornando-os “parte de nós”, contribui para alinhar nossos sentimentos subjetivos com os lugares objetivos que ocupamos no mundo social e cultural. [...] o sujeito, previamente vivido como tendo uma identidade unificada e estável, está-se tornando fragmentado; composto não de uma única, mas de várias identidades (HALL, 2006, pp. 11-12).

Tratando da identidade de grupos Joseph Raz expõe que:

Eles também têm uma identidade que é determinada por suas ações e tradições; uma identidade definida pela sua cultura, pela sua memória coletiva e pelas suas responsabilidades comuns, as quais advém delas. As identidades coletivas, assim como os caracteres individuais, tendem a ser uma mistura do bom, do ruim e do indiferente (RAZ, 2009, pp. 33-34).

Quando se pensa, a partir destes dados, na formação e identidade da comunidade surda, busca-se a sua forma de interação com o mundo e com o que o cerca. Karin Strobel estudando o assunto arrematou que:

Cultura surda é o jeito de o sujeito surdo entender o mundo e de modificá-lo a fim de torná-lo acessível e habitável ajustando-o com as suas percepções visuais, que contribuem para a definição das identidades surdas e das “almas” das comunidades surdas. Isto significa que abrange a língua, as ideias, as crenças, os costumes e os hábitos do povo surdo. [...] o essencial é entendermos que cultura surda é como algo que penetra na pele do povo que participa das comunidades surdas, que compartilha algo que tem em comum, seu conjunto de normas, valores e comportamentos. (STROBEL, 2009, p. 27).

Com a formação de um novo “jeito de ser” dentro de uma mesma região e país a partir de uma língua e da interação com a comunidade, podemos alcançar o que se convém chamar de interculturalidade.

Como se trata de trabalho eminentemente jurídico e sabendo que a previsão do respeito à cultura surda com o ensino de LIBRAS é constitucional, nada mais justo que tratar da visão do constitucionalismo intercultural tratado por Bruno Galindo (2006), onde, separando constitucionalismo intercultural de interculturalidade constitucional, demonstra que:

Para a preservação da multiplicidade cultural e dos princípios fundamentais da vida em sociedade no ocidente, o constitucionalismo precisa ser intercultural, ou seja, a constituição deve ser um espaço de diálogo entre as diferentes culturas sociais. O respeito às minorias culturais sedimenta-se neste tipo de constitucionalismo, acarretando a inclusão integrativa até de comunidades indígenas ou aborígenes, outrora consideradas “selvagens” e “não civilizadas” (GALINDO, 2006, p. 115).

Fica clara, neste ponto, a proteção constitucional que deve ser dada à comunidade surda, o que pode ser encontrado numa visão diferenciada nas palavras de Gladis Perlin, ao demonstrar que:

é preciso manter estratégias para a cultura surda dominante de não reforçar as posições de poder e privilégio. É necessário manter uma posição intercultural mesmo que seja de riscos. A identidade surda se constrói dentro de uma cultura visual. Essa diferença precisa ser entendida, não como uma construção isolada, mas como construção multicultural (PERLIN, 2001, p. 58).

Assim, pode-se dizer que a comunidade surda se destaca das outras e forma sua identidade a partir a sua comunicação diferenciada e do entendimento visual do mundo, pois sem os sons e a transmissão das ideias a partir da fala o entendimento se dá pela diferença e pelo orgulho de fazer parte daquela sociedade, sendo este ponto o maior individualizar na formação do que comumente se chama de sociedade surda ou cultura surda.

### 3.1.5.2. De Regulamentação Legal da LIBRAS

O principal marco legal da LIBRAS é a lei 10.436/2002 que a reconhece como meio formal de comunicação e expressão no Brasil, o que faz a língua deter valor de verdadeira língua oficial brasileira, mesmo sabendo que não se pode substituir diretamente o português.

Formalmente a LIBRAS é

a forma de comunicação e expressão, em que o sistema linguístico de natureza visual-motora, com estrutura gramatical própria, constituem um sistema linguístico de transmissão de ideias e fatos, oriundos de comunidades de pessoas surdas do Brasil.

A lei de LIBRAS foi regulamentada pelo Decreto 5.626/2005 que trouxe consigo, em seus 31 artigos, uma verdadeira revolução para a inclusão destas pessoas.

Inicialmente diferenciou o surdo do deficiente auditivo, sob os seguintes termos:

[...] a pessoa surda aquela que, por ter perda auditiva, compreende e interage com o mundo por meio de experiências visuais, manifestando sua cultura principalmente pelo uso da Língua Brasileira de Sinais - Libras.

[...]

Considera-se deficiência auditiva a perda bilateral, parcial ou total, de quarenta e um decibéis (dB) ou mais, aferida por audiograma nas frequências de 500Hz, 1.000Hz, 2.000Hz e 3.000Hz.

Após as definições, determinou a inclusão da língua como disciplina curricular, regulou a formação de professores e instrutores, além de tradutores e interpretes para o português, demandou o ensino conjunto das duas línguas (português e LIBRAS) para que os surdos tivessem um melhor acesso à educação, além de regular o direito à saúde dos surdos e determinar ao Poder Público, as empresas concessionárias de serviços públicos e os órgãos da administração pública federal, direta e indireta o dever de garantir às pessoas surdas o tratamento diferenciado, por meio do uso e difusão de Libras e da tradução e interpretação de Libras - Língua Portuguesa.

Merece destaque a norma voltada à educação inclusiva constante do artigo 3º do referido Decreto, com a seguinte redação:

[...] A Libras deve ser inserida como disciplina curricular obrigatória nos cursos de formação de professores para o exercício do magistério, em nível médio e superior, e nos cursos de Fonoaudiologia, de instituições de ensino, públicas e privadas, do sistema federal de ensino e dos sistemas de ensino dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

[...] Todos os cursos de licenciatura, nas diferentes áreas do conhecimento, o curso normal de nível médio, o curso normal superior, o curso de Pedagogia e o curso de Educação Especial são considerados cursos de formação de professores e profissionais da educação para o exercício do magistério.

Assim, todos os cursos de formação de professores detêm a disciplina como obrigatória como forma a facilitar a inserção da pessoa surda nos mais diversos graus de ensino.

Outro reflexo da Lei de LIBRAS foi a regulamentação da profissão de Tradutor e Intérprete da Língua Brasileira de Sinais, com a Lei 12.319/2010, onde se determinou que o “tradutor e intérprete terá competência para realizar interpretação das 2 (duas) línguas de maneira simultânea ou consecutiva e proficiência em tradução e interpretação da Libras e da Língua Portuguesa” (art. 2º), além de determinar à União o dever de, diretamente ou por intermédio de credenciadas, promover, anualmente, exame nacional de proficiência em Tradução e Interpretação de Libras - Língua Portuguesa (art. 5º).

Além destes instrumentos legais, o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015) contemplou a LIBRAS em seu artigo 28, XI e XII, além dos parágrafos primeiro e segundo do mesmo artigo, que detém a seguinte redação:

Art. 28. Incumbe ao poder público assegurar, criar, desenvolver, implementar, incentivar, acompanhar e avaliar:

[..]

XI - formação e disponibilização de professores para o atendimento educacional especializado, de tradutores e intérpretes da Libras, de guias intérpretes e de profissionais de apoio;

XII - oferta de ensino da Libras, do Sistema Braille e de uso de recursos de tecnologia assistiva, de forma a ampliar habilidades funcionais dos estudantes, promovendo sua autonomia e participação;

[...]

§ 1º Às instituições privadas, de qualquer nível e modalidade de ensino, aplica-se obrigatoriamente o disposto nos incisos I, II, III, V, VII, VIII, IX, X, XI, XII, XIII, XIV, XV, XVI, XVII e XVIII do caput deste artigo, sendo vedada a cobrança de valores adicionais de qualquer natureza em suas mensalidades, anuidades e matrículas no cumprimento dessas determinações<sup>32</sup>.

§ 2º Na disponibilização de tradutores e intérpretes da Libras a que se refere o inciso XI do caput deste artigo, deve-se observar o seguinte<sup>33</sup>:

<sup>32</sup> Conforme já exposto, há ação direta de inconstitucionalidade (ADI 5357) contra este parágrafo.

<sup>33</sup> A *vacatio legis* deste parágrafo e de seus incisos é de 48 (quarenta e oito) meses e não de 180 (cento e oitenta) dias.

- I - os tradutores e intérpretes da Libras atuantes na educação básica devem, no mínimo, possuir ensino médio completo e certificado de proficiência na Libras;
- II - os tradutores e intérpretes da Libras, quando direcionados à tarefa de interpretar nas salas de aula dos cursos de graduação e pós-graduação, devem possuir nível superior, com habilitação, prioritariamente, em Tradução e Interpretação em Libras.

Assim resta clara a necessidade de implantação da LIBRAS nas instituições públicas e privadas, o que resulta no dever o ensino inclusivo ter aspecto de responsabilidade de toda a sociedade e não apenas do poder público, mesmo sabendo que, primordialmente, o atendimento às pessoas com deficiência surdas está sob seus auspícios gerais.

### 3.1.5.3. Do Ensino Inclusivo em LIBRAS

A educação é direito fundamental dos cidadãos brasileiros, configurando-se em elemento essencial para a formação de uma pessoa, Edgar Morin ao tratar do assunto explica que

A educação deve contribuir para a formação da pessoa (ensinar a assumir a condição humana, ensinar e viver) e ensinar como se tornar cidadão. Um cidadão é definido, em uma democracia, por sua solidariedade e sua responsabilidade em relação à sua pátria (MORIN, 2014, p. 65).

A capacidade de um cidadão em transformar o quadro social pela sua formação é lembrada por Istaván Mészáros ao mencionar que:

Poucos negariam hoje que os processos educacionais e os processos mais abrangentes de reprodução estão intimamente ligados. Consequentemente, uma reforma significativa da educação é inconcebível sem a correspondente transformação no quadro social no qual as práticas educacionais da sociedade devem cumprir as suas vitais e historicamente importantes funções de mudança (MÉSZARÓS, 2008, p. 25).

O quadro social pode ser modificado pela educação, mas as pessoas têm necessidades diferentes, o que faz a integração educacional atingir um elemento maior que a mera existência de vagas, necessita da inclusão adequada das pessoas.

A chamada Educação Inclusiva não surgiu por acaso, nem é missão exclusiva da Escola. É um produto histórico de uma época e de realidades educacionais contemporâneas, uma época que requer que abandonemos muitos dos nossos estereótipos e preconceitos, que se exige que se transforma a “escola estatal” em pública – uma escola que a todos acolha e a cada qual dê oportunidades de ser e aprender (PACHECO, 2012, p. 11).

Ainda quanto à educação efetivada para a diversidade humana e, por decorrência, inclusiva, Anna Padilha e Ivone Oliveira ressaltam que:

dadas as diferentes condições de existência, o desenvolvimento cultural que surge do processo de apropriação de modos de ser, de sentir e de agir, circunscritos num dado contexto cultural produz inexoravelmente singularidades no desenvolvimento que se fazem presentes no contexto escolar, interferindo na maneira pela qual os alunos interpretam as relações sociais institucionalmente marcadas e as práticas sociais em curso nesse espaço (PADILHA; OLIVEIRA, 2013, p. 51).

O envolvimento e a apropriação dos modos de ser, sentir e agir são as grandes bases onde repousa a educação inclusiva, uma vez que se transforma em rito acolhedor do humano. Goffman (2011) toca na questão ao ressaltar que:

É claro que o indivíduo, como uma criança ou um animal, pode ficar espontaneamente envolvido em tarefas solitárias não sociáveis. Quando isto ocorre, a tarefa se torna ao mesmo tempo leve e pesada, dando ao seu realizador um senso firme de realidade. Entretanto, enquanto um foco principal de atenção a conversa é algo único, pois ela cria para o participante um mundo e uma realidade que tem outros participantes nela. O envolvimento conjunto espontâneo é uma *unio mystico*, um transe socializado (GOFFMAN, 2011, p. 110).

Assim, o conceito de educação inclusiva está voltado a uma ação de inclusão a partir da diversidade, cuidando para que as pessoas possam desenvolver ao máximo os seus potenciais, o que é reconhecido pelo artigo 24 da Convenção Internacional da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, norma reconhecida como de status constitucional no ordenamento brasileiro.

Não se pode esquecer que a educação inclusiva não se confunde com a educação especial, uma vez que esta volta-se ao método, enquanto àquela ao ambiente de convivência entre pessoas com necessidades diferentes.

A escola inclusiva é entendida como um espaço de consenso, de tolerância para com os diferentes. A experiência escolar cotidiana, ao lado dos colegas normais seria, assim, vista como um elemento integrador. É como se para esses alunos fosse mais importante a convivência com os colegas normais do que a própria aquisição do conhecimento mínimo necessário para a sua, aí sim, possibilidade de inserção social (FRANCO, 1999, p.216).

Tratando do aspecto inclusivo para os surdos da escola Behares (1993) demonstra que:

Nos primeiros anos de vida, a criança surda não tem acesso à comunidade através da língua, a não ser no caso em que seja objeto de uma terapia muito precoce da fala. Sua relação com os pais se estabelece mediante mecanismos não verbais de interação, limitados, nos níveis conceituais, às incipientes convencionalizações gestuais, que podem estabelecer com os mesmos. [...] A escola é “doadora universal” de linguagem em suas múltiplas formas (BEHARES, 1993, p. 20).

A integração prevista em lei para os surdos pelo ensino de LIBRAS tem em vista que estas pessoas venham a “alcançar o máximo desenvolvimento possível de seus talentos e habilidades físicas, sensoriais, intelectuais e sociais, segundo suas características, interesses e

necessidades de aprendizagem” (Artigos 28 a 30 da Lei 13.146/2015), convertendo-se em verdadeira liberdade positiva.

Pode-se dizer que, além da questão integrativa deste tipo de educação, há importância ímpar no aumento do capital social/capital cultural da pessoa com deficiência surda, o que pode facilitar, em última análise, a sua integração social.

Não se esqueça que tratar de capital social é remontar a já mencionada teoria de BOURDIEU sobre o *habitus*, que é explicado pelo autor nos seguintes termos:

Por que ir buscar esta velha palavra? Porque esta noção de habitus permite enunciar algo que se aparenta àquilo que evoca a noção de hábito, distinguindo-se desta num ponto essencial. O habitus, como diz a palavra, é aquilo que se adquiriu, mas que se encarnou no corpo de forma durável sob a forma de disposições permanentes. (BOURDIEU, 1983a, p. 104)

O *habitus* pode ser enxergado assim como aquilo que é adicionado pouco a pouco nas pessoas formando o seu capital social, pois é formado “de disposições sobrepostas em camadas que agrava, armazena e prolonga a influência dos diversos ambientes sucessivamente encontrados na vida de uma pessoa” (WACQUANT, 2004).

O Capital social, por sua vez, consoante a doutrina de BOURDIEU pode ser enxergado como:

o conjunto dos recursos reais ou potenciais que estão ligados à posse de uma rede durável de relações mais ou menos institucionalizadas de interconhecimento e de inter-reconhecimento mútuos, ou, em outros termos, à vinculação a um grupo, como o conjunto de agentes que não somente são dotados de propriedades comuns (passíveis de serem percebidas pelo observador, pelos outros e por eles mesmos), mas também que são unidos por ligações permanentes e úteis. (BOURDIEU, 1998, p. 67)

Ainda tratando do Capital social, mas especificando para o capital cultural, diz o autor:

o mundo social pode ser concebido como um espaço multi-dimensional construído empiricamente pela identificação dos principais fatores de diferenciação que são responsáveis por diferenças observadas num dado universo social ou, em outros planos, pela descoberta dos poderes ou formas de capital que podem vir a atuar, como azes num jogo de cartas neste universo específico que é a luta (ou competição) pela apropriação de bens escassos... os poderes sociais fundamentais são: em primeiro lugar o capital econômico, em suas diversas formas; em segundo lugar o capital cultural, ou melhor, o capital informacional também em suas diversas formas; em terceiro lugar, duas formas de capital que estão altamente correlacionadas: o capital social, que consiste de recursos baseados em contatos e participação em grupos e o capital simbólico que é a forma com que os diferentes tipos de capital se tornam percebidos e reconhecidos como legítimos<sup>34</sup>. (BOURDIEU, 1987, p.4).

---

<sup>34</sup> Tradução livre do inglês.

A educação inclusiva, sob este aspecto, tem o potencial de aumentar o capital cultural (informacional) da pessoa com deficiência surda, tendo efeitos significativos no capital social, uma vez que aumentará a participação nos grupos sociais pelo convívio social na formação destes grupos, redundando, por efeito multiplicativo, numa prática que inaugura um novo capital simbólico (enquanto legitimação), tendo aspecto fundado e fundante nesta ação.

Traduzindo em poucas palavras, a criação do ambiente adequado pelo ensino inclusivo tem efeitos de aumento do capital social das pessoas surdas no momento que tem efeito integrativo ao aumentar o convívio entre as pessoas, diminuindo estigmas, viabilizando o capital cultural e, principalmente, criando o capital simbólico que pode ser traduzido como reconhecimento<sup>35</sup>.

### 3.2 DA EDUCAÇÃO INCLUSIVA EM LIBRAS ENQUANTO LIBERDADE POSITIVA AMBIENTAL

Demonstrada a educação inclusiva em libras como meio adequado ao desenvolvimento do capital social e cultural das pessoas surdas, necessária é a identificação deste ensino como uma liberdade positiva a ser efetivada pelo Estado.

Tratando-se de liberdade ambiental no capítulo anterior se chegou ao consenso que se tratava de uma liberdade que detém como base o desenvolvimento na sociedade de uma visão integrativa, a partir da igualdade na tomada, proteção e participação de seus direitos fundamentais.

Ao tratar sobre direitos fundamentais, houve uma análise enquanto “liberdade constitucionalizada”, ou seja, direitos deferidos ao administrado no texto constitucional ou com *status* constitucional.

Pois bem, analisando diretamente o direito à educação inclusiva, vê-se que tal se encontra na Convenção Internacional da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que foi recebida no Brasil com *status* de norma constitucional, ou seja, é norma que deve ser interpretada como verdadeiro direito fundamental.

---

<sup>35</sup> Reconhecimento é utilizado como a capacidade de integração efetiva de um grupo antes discriminado dentro do contexto social amplo, ultrapassando o mero conceito de tolerância e assumindo uma colocação de efetiva participação da vida estatal, ou seja, traduzindo a subintegração em integração, o subcidadão em cidadão.

Ainda nesta análise, ficou clara a existência do ensino de LIBRAS como forma de integração do público surdo na educação regular, seja para o aumento do seu capital cultural, uma vez que aumentaria o seu entendimento técnico, seja no que toca ao aumento do seu capital interacional, no momento em que o fará interagir com as outras pessoas, fazendo, em tese, diminuir os estigmas que traz consigo pela limitação sensorial<sup>36</sup>.

Por fim, mas não menos importante, deve ser lembrada a lição de Martha Nussbaum (2013) no sentido de que a pessoa com deficiência, inclusive a surda, deve ser enxergada dentro de suas potencialidades e daquilo que seu convívio pode representar de evolução para a sociedade.

Consolidando todas estas lições em texto conciso, pode-se dizer que a escola inclusiva é verdadeira liberdade positiva ambiental para a pessoa surda, no momento em que o ensino bilíngue em LIBRAS em companhia ao português fará esta pessoa transitar entre a cultura surda e a cultura ouvinte.

A escola inclusiva, não se deve esquecer, não é apenas um lugar onde os surdos poderão aprender LIBRAS e português, entretanto um local onde, em virtude da interação, surdos e ouvintes poderão partilhar de ambas as linguagens, aumentando as formas de interação e integração entre as pessoas.

O *Capability Approach* (NUSSBAUM, 2013), a partir da escola inclusiva, poderá aumentar o capital social de todos os conviventes, ouvintes ou surdos, uma vez que e a liberdade positiva proposta pode tomar a visão de Rawls (2002, p. 95), com adaptações para a inclusão da pessoa com deficiência, no sentido de que “se existem instituições justas no contexto social e todas dispõem de um índice equitativo de bens primários (como exigem os princípios de justiça), os cidadãos são capazes de ajustar seus objetivos e suas ambições em função daquilo que podem razoavelmente esperar”, inclusive quanto às oportunidades reais da vida<sup>37</sup> (SEN, 2011, p. 275).

---

<sup>36</sup> Importante lembrar que, conforme já se disse no texto, a limitação sensorial é uma visão dentro da cultura ouvinte, uma vez que, para a cultura surda, esta limitação foi criada pela cultura dominante, dentro de uma visão multiculturalista.

<sup>37</sup> A visão de Rawls deve ser avaliada levando em conta questões para além da distribuição, uma vez que “a distribuição feita de acordo com a necessidade não garante satisfazer a necessidade” (SCHMIDTZ, 2009, p. 248), ou seja, a crítica está em que distribuição não garante satisfação ou reconhecimento.

Não se pode, entretanto, esquecer do risco, mesmo com diversas normas, inclusive de *status* constitucional, tratando desta integração, da existência da pré-falada constitucionalização simbólica, ou seja, de toda a legislação exposta não se configurar em mais do que mera letra vazia, em mera norma *álibi*<sup>38</sup> ou de promessa de futuro<sup>39</sup>.

O desenho legal mostrado deixa claro o direito das pessoas com deficiência, em especial o público surdo, ao ensino inclusivo, entretanto o risco da não materialização das normas é algo que deve ser levado em conta, motivo pelo qual, no capítulo seguinte, buscar-se-á a análise judicial da implantação do ensino bilíngue (Português/LIBRAS) nas escolas brasileiras a partir do Decreto 5.626/2005, que foi o instrumento legal que efetivamente regulamentou a norma.

Apenas para justificar preliminarmente o estudo junto ao Poder judiciário, tal se dá por se convolar no maior confirmador de direitos fundamentais não materializados pelo Poder Executivo, descortinando ao máximo as normas *álibi* e transformando-as em verdadeiras normas aplicadas. O judiciário tem o poder de transformar o cidadão com direitos formais em pessoa com direitos efetivos

---

<sup>38</sup> Tentativa de dar aparência de uma solução dos respectivos problemas sociais ou, no mínimo, da pretensão de convencer o público das boas intenções do legislador (NEVES, 2011, p. 39).

<sup>39</sup> Lembrando que, consoante Neves (2011), as promessas de futuro nas sociedades que ainda não conseguiram instalar a contento o Estado Social, tendem a ser para um futuro não determinado.

#### **4 PODER JUDICIÁRIO E AS DECISÕES SOBRE EDUCAÇÃO INCLUSIVA EM LIBRAS**

Os Poderes Públicos e a sociedade são os principais atores na implantação dos direitos das pessoas com deficiência, inclusive para se manterem cumpridores dos ditames constitucionais, como visto nos capítulos anteriores, entretanto ainda falta efetivo amadurecimento de ambos no Brasil para a aceitação da diversidade e o implemento de sua integração social e aproveitamento de seus potenciais (PIOVESAN, 2014, pp. 465-485).

A implementação por parte dos entes públicos encontra maior dificuldade no Poder Executivo, que, mesmo detendo diversos projetos de integração, não consegue implantá-los, em geral, por questões mais políticas e econômicas que jurídicas, transmudando-se o Poder Judiciário, “com sua força vinculante um importante meio para fazer com que o Poder Executivo cumpra com as obrigações constitucionais e internacionais às quais está adstrito” (PIOVESAN, 2014, p. 485).

Quando se especializa o enfoque para a questão da educação inclusiva em LIBRAS, a efetividade das normas constitucionais e internacionais apresentam ainda menor expressão, uma vez que há grande dificuldade na implantação pública e fiscalização deste direito junto à iniciativa privada, restando, como antes mencionado, ao Poder Judiciário a intervenção nas questões para a proteção das pessoas com deficiência surdas.

Bom ressaltar neste momento que a busca de atuação judicial terá enfoque tipicamente constitucional, atraindo, possivelmente, não só julgamento de Recursos Extraordinários, como Reclamações Constitucionais, ações de controle de constitucionalidade e de convencionalidade (MAZZUOLI, 2009), mas sem esquecer também da análise infralegal.

Mesmo não sendo o escopo do presente trabalho tratar das ações em si, merece comentário o Controle de Convencionalidade, uma vez que uma das normas mais importantes do sistema jurídico brasileiro sobre pessoa com deficiência é a Convenção Internacional da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo foram concluídos em 2007, na cidade de Nova York, recebidos como norma de status constitucional.

Leciona Valério Mazzuoli que:

À medida que os tratados de direitos humanos ou são materialmente constitucionais (art. 5o, § 2o) ou material e formalmente constitucionais (art. 5o, § 3o), é lícito entender que, para além do clássico “controle de constitucionalidade”, deve ainda existir (doravante) um “controle de convencionalidade” das leis, que é a compatibilização da produção normativa doméstica com os tratados de direitos humanos ratificados pelo governo e em vigor no país (MAZZUOLI, 2009, p. 114).

O controle de convencionalidade vem ganhando espaço, uma vez que os sistemas jurídicos interno e internacional<sup>40</sup> estão cada vez mais interligados, principalmente quando o assunto é voltado à Direitos Humanos, onde há a formação de um efetivo sistema internacional de proteção.

Retrato acabado da internacionalização da temática dos Direitos Humanos é a crescente adesão dos Estados a mecanismos internacionais judiciais ou quase-judiciais, que analisam petições de vítimas de violação de Direitos Humanos, interpretam o direito envolvido e determinam reparações adequadas, que devem ser cumpridas pelo Estado (RAMOS, 2009, p. 247).

Ressalte-se, contudo, que caberá o controle apenas para os tratados internacionais que adentrem ao ordenamento brasileiro com status de norma constitucional, inclusive sua proposição se dará apenas pelos habilitados pelo artigo 103 da Constituição Federal de 1988, pois os tratados em geral, recebidos como norma ordinária, apenas servirão para base do controle de legalidade.

Quanto aos tratados internacionais comuns, temos como certo que eles servem de paradigma de controle de legalidade das normas infraconstitucionais, de sorte que a incompatibilidade destas com os preceitos contidos naqueles invalida a disposição legislativa em causa em benefício da aplicação do tratado (MAZZUOLI, 2009, p. 137).

Em poucas palavras, além de observar as questões voltadas à legalidade e à constitucionalidade das normas acerca do ensino inclusivo em LIBRAS para as pessoas surdas, também necessária será a sua avaliação quanto ao aspecto da convencionalidade.

Um alerta quanto ao Controle de Convencionalidade é levantado por Cançado Trindade ao mencionar que:

---

<sup>40</sup> A questão do monismo ou dualismo do Ordenamento jurídico não foi enfrentada neste trabalho, assim, a utilização dos termos “sistema jurídico interno e externo” não deve ser encarada como linha doutrinária.

No Brasil, assim como na maioria dos países que têm ratificado os tratados de direitos humanos, até o presente lamentavelmente ainda não parece haver se formado uma consciência da natureza e do amplo alcance das obrigações convencionais contraídas em matéria de proteção dos direitos humanos (TRINDADE, 2000, p. 137).

Na mesma linha de crítica André Felipe Barbosa de Menezes, em tese de doutorado, afirma que:

No Brasil, tem sido uma constante a recalcitrância das autoridades constituídas em não aplicar as normas de direito internacional, inclusive por parte dos magistrados, chegando-se até a negar o reconhecimento à aplicabilidade direta e imediata dos instrumentos normativos internacionais de proteção aos direitos humanos (DE MENEZES, 2009, p.11).

Mesmo com estes alertas, mas partindo dos aspectos gerais apresentados, o presente capítulo deterá por base a avaliação da participação do judiciário na efetivação das normas simbólicas e integração de populações subintegradas, concluindo com a análise de alguns julgados sobre a implantação do ensino de LIBRAS dos Tribunais Regionais Federais, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, além de avaliar de passagem a Ação Direta de Inconstitucionalidade 5357 e seus efeitos no futuro da educação inclusiva no Brasil.

#### 4.1 O JUDICIÁRIO E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA.

Fazendo uma busca na jurisprudência unificada do Supremo Tribunal Federal (STF), Superior Tribunal de Justiça (STJ) e dos Tribunais Regionais Federais (TRF1, TRF2, TRF3, TRF4 e TRF5) no sítio do Conselho da Justiça Federal<sup>41</sup> e nos sítios dos próprios Tribunais<sup>42</sup>, encontra-se a expressão “constitucionalização simbólica” apenas 1 (uma) vez, no processo de Reclamação 4374/PE, junto ao STF, que deteve como relator o Ministro Gilmar Mendes e partes envolvidas o Instituto Nacional de Seguro Social (INSS) – Reclamante – e a Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais do Estado de Pernambuco – Reclamada – com julgamento em 18/04/2013, onde se tratou da questão do requisito objetivo de renda *per capita*

---

<sup>41</sup> [www.cjf.jus.br](http://www.cjf.jus.br)

<sup>42</sup> [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br) e [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)

familiar máxima de  $\frac{1}{4}$  (um quarto) de salário mínimo, presente no artigo 20, §3º, da Lei 8.742/93, para o deferimento do benefício assistencial de prestação continuada para idosos e pessoas com deficiência.

A Reclamação interposta pelo órgão previdenciário foi julgada improcedente, mantendo-se a possibilidade de deferimento do benefício em condições mais amplas que a da Lei 8.742/93, em vista do que se chamou de

inconstitucionalização decorrente de notórias mudanças fáticas (políticas, econômicas e sociais) e jurídicas (sucessivas modificações legislativas dos patamares econômicos utilizados como critérios de concessão de outros benefícios assistenciais por parte do Estado brasileiro) (STF, 2013, p. 3).

Neste contexto é que foi mencionada a constitucionalização simbólica, onde se utilizou a seguinte redação:

[...] Uma vez positivadas no texto constitucional, essas esperanças deixaram de ser meramente promessas e se converterem em um verdadeiro projeto de ação. Não se pode olvidar, nessa perspectiva, o papel positivo cumprido por este constitucionalismo por alguns denominado de “simbólico” (Neves, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994), ao impor ao Estado uma incessante busca pela efetiva implementação de anseios sociais básicos. A Constituição de 1988 proclama a assistência social como um programa de ação positiva do Estado brasileiro. Não há mais espaço para considerações de tipo político e econômico sobre a conveniência da concessão do benefício assistencial ou sobre o valor desse benefício (um salário mínimo). O benefício e seu correspondente valor estão consagrados na Constituição e assim ficam protegidos contra qualquer tentativa de reforma (STF, 2013, pp. 36-37).

Note-se que se encontra ressalvado o papel do judiciário na materialização das normas constitucionais simbólicas, uma vez que as promessas se transformaram em projetos que, constantes da norma, devem ser materializadas, afastando, assim, a norma constitucional álibi e de promessa de futuro tão arraigada na visão da Marcelo Neves (2011) e a descrença da população, pois este tipo de norma

quanto mais for empregada, tanto mais frequentemente fracassará. Isso porque o emprego abusivo da legislação-álibi leva à descrença no próprio sistema jurídico, transtorna persistentemente a consciência jurídica. Tornando-se abertamente reconhecível que a legislação não contribui para a positivação das normas jurídicas, o direito como sistema garantidor de expectativas normativas e regulador de condutas cai em descrédito; disso resulta que o público se sente enganado e os atores políticos tornam-se cínicos (NEVES, 2011, pp. 40-41)

Importante expressão também buscada na mesma pesquisa<sup>43</sup> foi “erosão da consciência constitucional”<sup>44</sup>, presente em 05 (cinco) menções de processos do Supremo Tribunal Federal: AI-ED 598212, Relator: Celso de Melo, Data: 25.03.2014; ARE-AgR 639337, Relator: Celso de Melo, Data: 23.08.2011; MI 470, Relator: Celso de Melo, Data: 20.08.01; MI 472, Relator: Celso de Melo, Data: 17.09.08; MI 542, Relator: Celso de Melo, Data: 09.01.03. Todos estes processos, entretanto, fazem menção à ADI 1.484-DF, cuja relatoria também é do Ministro Celso Melo, com julgamento ocorrido em 28.01.2001, em que se julgou a inconstitucionalidade por omissão por parte do Congresso Nacional ao não elaborar lei necessária à efetivação de direito previsto na Constituição Federal, terminando extinta a ação por perda superveniente do objeto.

A expressão demonstra relevância, uma vez que traz consigo a análise do desrespeito das normas constitucionais pelo Poderes Legislativo e Executivo, restando ao judiciário o papel de guardião da materialização das normas. Nas palavras do Ministro Celso de Melo:

O desprestígio da Constituição - por inércia de órgãos meramente constituídos - representa um dos mais graves aspectos da patologia constitucional, pois reflete inaceitável desprezo, por parte das instituições governamentais, da autoridade suprema da Lei Fundamental do Estado. Essa constatação, feita por KARL LOEWENSTEIN ("Teoría de la Constitución", p. 222, 1983, Ariel, Barcelona), coloca em pauta o fenômeno da erosão da consciência constitucional, motivado pela instauração, no âmbito do Estado, de um preocupante processo de desvalorização funcional da Constituição escrita. (STF, 2001, p. 5)

Tratando um pouco de Karl Loewenstein, importante é sua visão de discrepância entre os direitos expostos na Constituição e a visão do homem médio a partir disso, ao demonstrar que:

Del abismo existente entre el mecanismo constitucional y la realidad de la vida diaria de los destinatarios del poder, se deducen dos conclusiones poco satisfactorias. Por doquier, con excepción del pequeño número de las citadas democracias occidentales dotadas de estabilidad, la masa de la población es extraña a los detentadores del poder instituidos; desconfía de los gobiernos y de sus pretenciosas burocracias, de los parlamentos y de sus litigiosos y egoístas partidos, de los tribunales y de sus jueces y, con todos ellos, de la constitución misma. Por otra parte, la desarmonía entre las pretensiones ideológicas proclamadas en la constitución y las insuficiencias de la vida diaria de la masa de destinatarios del poder, incrementa en éstos la tentación de escapar de la <libertad> de un orden constitucional que no puede satisfacer sus necesidades para caer en las panaceas escatológicas de las flautas mágicas de los caladores de ratas. La crisis de la constitución

<sup>43</sup> [www.cjf.jus.br](http://www.cjf.jus.br)

<sup>44</sup> Esta expressão foi talhada por Karl Loewenstein (1979, pp. 226-231).

escrita se refleja de esa manera em la crisis del Estado democrático constitucional del futuro (LOEWENSTEIN, 1979, p. 230).

O papel do judiciário neste contexto é o de materialização dos direitos constantes das normas, evitando, assim, as normas álibis e de promessa de futuro e, por decorrência, a erosão da consciência constitucional por questões metajurídicas.

Não se esquece, entretanto, sobre as decisões, que, “a despeito de sua fundamentação jurídica, entendemos que – em determinadas questões – é difícil separar o jurídico do político, mormente em temas de direito público” (ZAIDAN FILHO, 2015), entretanto não se pode perder o padrão jurídico sob pena de abandonar o Judiciário o seu papel técnico.

Observe-se aqui que não se quer buscar no judiciário um poder prevalente, pois a expansão da jurisdição não pode significar “que o subsistema jurídico venha a assumir as funções específicas da política” (TEIXEIRA, 2009, p. 323), mas apenas utilizar de sua função fiscalizadora do cumprimento dos deveres constitucionais pelos outros responsáveis na gestão do Estado, agindo com uma verdadeira *violência simbólica*, cuja resistência, nas palavras de Pierre Bourdieu, “é muito mais difícil, pois é algo que se absorve como o ar, algo pelo qual o sujeito não se sente pressionado; está em toda parte e em lugar nenhum, e é muito difícil escapar dela” (BOURDIEU e EAGLETON, 2007, p. 270).

Tércio Sampaio Ferraz (2008, p. 242) deixa bem clara a questão da fiscalização e da violência simbólica ao doutrinar que:

Não se trata de coação, pois pelo poder da violência simbólica, o emissor não co-age, isto é não se substitui ao outro. Quem age é o receptor. Poder aqui é controle. Para que haja controle é preciso que o receptor conserve suas possibilidades de ação, mas aja conforme o sentido, isto é, o esquema de ação do emissor: por isso, ao controlar, o emissor não elimina as alternativas de ação do receptor, mas as neutraliza. Controlar é neutralizar, fazer com que, embora conservadas como possíveis, certas alternativas não contem, não sejam levadas em consideração.

Esta fiscalização e o cumprimento das normas, principalmente constitucionais, a partir do texto brasileiro, faz com que o judiciário se transforme num órgão de redistribuição e reconhecimento materiais. Deixe-se bem claro que não se está trabalhando o ativismo judicial

em si, mas as decisões que demandam a materialização das normas jurídicas já editadas e regulamentadas.

Nancy Fraser (2006, pp. 231-239) demonstra a necessidade de redistribuição e reconhecimento a partir dos conceitos de injustiça socioeconômica e de injustiça cultural ou simbólica, onde o primeiro seria voltado a um “compromisso com o igualitarismo” (FRASER, 2006, p. 232) e o segundo

se radica nos padrões sociais de representação, interpretação e comunicação. Seus exemplos incluem a dominação cultural (ser submetido a padrões de interpretação e comunicação associados a outra cultura, alheios e/ou hostis à sua própria); o ocultamento (tornar-se invisível por efeito das práticas comunicativas, interpretativas e representacionais autorizadas da própria cultura); e o desrespeito (ser difamado ou desqualificado rotineiramente nas representações culturais públicas estereotipadas e/ou nas interações da vida cotidiana) (FRASER, 2006, p. 232).

Partindo disso, o Poder Judiciário é ente de extrema importância para a integração das minorias utilizando do seu atributo da fiscalização do texto constitucional, onde, mesmo não se imiscuindo no efetivo aspecto da política, toma para si, com certa violência simbólica, a materialização dos textos legais a partir de suas decisões e interpretações de caráter vinculante em relação aos outros Poderes da República Brasileira.

Na linha do presente estudo, a avaliação proposta, como já dito, é do poder fiscalizador do judiciária na efetivação do direito da educação inclusiva por LIBRAS da população surda, a partir da já existe legislação tratando do tema, principalmente a partir de 2005 (edição do Decreto 5.626/2005, que regulamentou a LIBRAS) o que se observará nos itens posteriores a partir da coleta de julgados do Supremo Tribunal Federal do Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais.

#### 4.2 DA COLETA DE DADOS – DECISÕES JUDICIAIS DO STJ, STF, TRFs

Uma vez observadas as questões teóricas gerais e justificados os motivos da avaliação do Poder Judiciário como órgão de materialização do direito à educação inclusiva por LIBRAS da população surda, chega o momento da busca de dados para avaliação.

Para esta análise levar-se-á em conta os resultados apurados nos sítios do Supremo Tribunal Federal (STF), Superior Tribunal de Justiça (STJ) e Conselho de Justiça Federal (Jurisprudência consolidada), este último para a pesquisa junto ao TRF1, TRF2, TRF3, TRF4 e TRF5, a partir das palavras-chave “surdo”, “educação inclusiva” e “LIBRAS”.

As palavras-chave foram escolhidas a partir da forma como a comunidade gosta de ser mencionada (“surdo”), pelo objeto da pesquisa (“educação inclusiva”) e pela língua que se pesquisou a implementação (“LIBRAS”).

Utilizando as 03 (três) palavras-chave de uma só vez, nenhum resultado foi encontrado nos sítios propostos, resultado idêntico ao encontrado ao utilizar “surdo” e “educação inclusiva”.

Quando o parâmetro foi mudado para “educação inclusiva” e “LIBRAS”, encontrou-se um acórdão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região -Apelação Cível – 1581941 – datada de 01/10/2015 (NERY JÚNIOR, TRF3, 2015) e uma decisão monocrática do Superior Tribunal de Justiça – REsp Nº 1.453.241 - SC (2014/0108079-6) – datada de 20/05/2014 (MARTINS, STJ, 2015).

Avaliando os julgados encontrados, observou-se tratarem-se de Ações Civis Públicas, propostas, respectivamente, pelo Ministério Público Federal (MPF) e o Ministério Público do Estado de Santa Catarina, onde se reconheceu o direito à educação inclusiva em LIBRAS, mesmo sabendo que a decisão do primeiro caso anulou acórdão do Tribunal de Santa Catarina para avaliar os embargos de declaração opostos pelo MPF.

Importante salientar que o primeiro caso trata da contratação de intérpretes de LIBRAS por parte de uma instituição de ensino superior privada, enquanto o segundo de contratação destes profissionais para o ensino público municipal e instalação de setor especializado em educação especial pelo Município.

Por fim, observe-se que o argumento judicial no primeiro caso se cingiu aos artigos 206, 208 e 209 da Constituição Federal de 1988 (acesso à educação) e nos artigos 14 e 23 do Decreto

nº 5.626, de 22 de dezembro de 2005, que regulamenta a Lei no 10.436, de 24 de abril de 2002 e o art. 18 da Lei no 10.098, de 19 de dezembro de 2000, ou seja, a regulamentação legal da LIBRAS no Brasil.

No segundo caso, o argumento centrou-se no artigo 58, § 1º, da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, ou seja, a determinação de acesso pela educação inclusiva.

Quando o parâmetro foi mudado para “educação inclusiva” apenas, encontrou-se, além dos julgados já trabalhados, 04 (quatro) decisões monocráticas no STF, 02 (duas) relativas à gratificação pelo exercício de docência com alunos portadores de necessidades especiais, que fogem ao presente estudo e 02 (duas) relativas à Ação Direta de Inconstitucionalidade 5357/DF, ajuizada em 2015, a primeira tratando da habilitação de *amicus curie* e a segunda do pleito liminar da Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (CONFENEN) para suspender a aplicabilidade do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Aplicando a mesma palavra-chave em relação ao STJ, além da decisão exposta anteriormente, foram encontradas 05 (cinco) decisões, entretanto nenhuma delas se adequa ao estudo proposto, uma vez que não tratam de pessoas com deficiência auditiva. O mesmo ocorreu em relação aos Tribunais Regionais Federais que, mesmo com 01 (uma) ocorrência no TRF1, além da já descrita, 01 (uma) no TRF3 e 01 (uma) no TRF5, nenhuma atendia ao parâmetro da pesquisa.

O argumento jurídico da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5357/DF, da lavra do Ministro Edson Fachin, que negou o pleito liminar da CONFENEN, estava embasado na Constituição Federal, principalmente os artigos 7º, XXXI, 23, II, 24, XIV, 37, VIII, 40, § 4º, I, 201, § 1º, 203, IV e V, 208, III, 227, § 1º, II, e § 2º, além do artigo 24 da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e o Decreto nº 6.949/2009, que internalizou a convenção no ordenamento interno.

Quando o parâmetro foi mudado para “surdo” e “LIBRAS”, apareceram 02 (duas) decisões monocráticas no STF (RE 871744 / SP e AI 728316 / SC), 04 (quatro) decisões monocráticas no STJ (REsp 1010034/SC, Ag 1260482/SP, REsp 1180591/SP e Ag

1050463/SC), 03 (três) acórdãos do TRF1 (Apelação Cível – 00050687520144013200, Apelação Cível – 00071043920094013500, Agravo de Instrumento – 00264143120044010000) e 01 (um) acórdão do TRF5 (Apelação Cível – 541699).

Destes, apenas o Ag 1260482/SP e seu referente REsp 1180591/SP e o Agravo de Instrumento – 00264143120044010000, inclusive este anterior ao Decreto nº 5.626, de 22 de dezembro de 2005, que regulamenta a LIBRAS interessavam à pesquisa.

Constata-se, de logo, que todos os julgados advêm de ações civis públicas, sendo que, no STJ tratava-se de Ministério Público Estadual, ao passo que no TRF1 tratava-se do Ministério Público Federal.

Quanto ao mérito, no STJ não houve efetivo julgamento por questões técnicas, ao passo que no TRF1 o julgamento foi negativo sob o argumento de que

[...] não se afigura razoável exigir que a Agravante contrate, em prazo exíguo, sob pena de multa diária, intérpretes para os seus alunos com deficiência, especialmente considerando que a Lei 10.172/2001, que aprovou o Plano Nacional de Educação, estabeleceu o prazo de cinco anos para implantar, e dez anos para generalizar, o ensino da LIBRAS para os alunos surdos (RODRIGUES, TRF1, 2005).

Mudando o parâmetro para “surdo”, encontram-se 10 (dez) julgados no STF, 130 (cento e trinta) julgados no STJ e 20 (vinte) julgados nos TRF1, 22 (vinte e dois) no TRF2, 21 (vinte e um) no TRF3, 13 (treze) no TRF4 e 109 (cento e nove) no TRF5.

Exceto as decisões já citadas, nenhuma das decisões do STF, do STJ, do TRF1, do TRF2, do TRF, do TRF4 e do TRF5 se adequaram ao tema abordado na pesquisa.

Mudando o parâmetro para “LIBRAS”, encontram-se 22 (vinte e dois) julgados no STF, 84 (oitenta e quatro) julgados no STJ e 15 (quinze) julgados nos TRF1, 3 (três) no TRF2, 12 (doze) no TRF3, 02 (dois) no TRF4 e 18 (dezoito) no TRF5.

Nos julgados do STF, além dos já vistos, destacam-se o RE 860979/DF, o RE 915665/DF, ARE 847001/SP, ao passo que no STJ tem-se em destaque os julgados do AgRg no REsp 1207683/RS, do REsp nº 1515299/DF e do AgRg no REsp Nº 529.516/SP.

Quanto ao RE 860979/DF, ele é advindo de Ação Civil Pública promovida pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios contra o Distrito Federal para a contratação de profissionais de LIBRAS, onde se demonstrou o “inadimplemento estatal de políticas públicas com previsão constitucional” e a possibilidade de “intervenção excepcional do Judiciário”, concluindo pela obrigação da contratação dos professores.

Quanto ao RE 915665/DF, parte de Ação de Obrigação de fazer ajuizada de forma individual contra Instituição de Ensino Superior Privada, tendo como causídicos a Defensoria Pública do Distrito Federal e Territórios, tendo sido julgada procedente no mérito, reconhecendo a obrigação por parte da instituição de custear o profissional de LIBRAS, entretanto não houve efetiva análise do mérito em virtude de se tratar a agressão apenas reflexa da Constituição Federal.

No que toca ao ARE 847001/SP, tem-se que é advindo de Ação Civil Pública promovida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo para a contratação de profissionais de LIBRAS, o recurso não foi avaliado pela turma, uma vez que o relator negou seguimento, inclusive ao agravo.

O AgRg no REsp 1207683/RS por sua vez nasce de uma Ação Civil Pública promovida pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul para a contratação de profissionais de LIBRAS para educação infantil, com julgamento favorável à contratação levando em conta que deve existir prevalência dos “direitos fundamentais de crianças e adolescentes (arts. 227 da CF e 4º do ECA), no caso, o direito à efetiva educação, deve sobrepor-se a eventual embaraço orçamentário apregoado pelo Estado, mesmo que em causa o direito de uma única criança” (KUKINA, STJ, 2015).

O REsp nº 1515299/DF parte de Ação de Obrigação de fazer ajuizada de forma individual contra Instituição de Ensino Superior Privada, tendo como causídicos a Defensoria Pública do Distrito Federal e Territórios, tendo sido julgada procedente no mérito, reconhecendo a obrigação por parte da instituição de custear o profissional de LIBRAS,

entretanto não houve efetiva análise do mérito em virtude do recurso não se adequar às hipóteses legais para o Recurso Especial.

O AgRg no REsp N° 529.516/SP, por sua vez, parte de uma Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo com o intuito de forçar a Fazenda Pública de São Paulo “à obrigação de contratar profissionais habilitados a elaborar projeto pedagógico para o atendimento aos portadores de necessidades especiais nas escolas da rede estadual, bem como professores especializados na Língua Brasileira de Sinais (LIBRAS)” (MARTINS, STJ, 2014a). O pleito foi julgado procedente contra a Fazenda Pública, mas a decisão do STJ se embasou em questões técnicas (falta de pré-questionamento e impossibilidade de revisão de questão de fato) não existindo uma efetiva avaliação do mérito.

Por parte dos Tribunais Regionais Federais, no TRF1 se tem a Apelação em Mandado de Segurança – 00007520820094014101, a Remessa *Ex Officio* em Mandado de Segurança – 00024663220114014101, a Apelação Cível – 00070329120064013812, a Remessa *Ex Officio* em Mandado de Segurança – 00127963120054013800 e a Apelação em Mandado de Segurança – 00533178620034013800.

Além dos já pesquisados, não há julgados interessantes ao parâmetro no TRF2 e no TRF3. No TRF4 encontra-se a APELREEX 200870000173655 e no TRF5 a Apelação Cível – 553768 e a Apelação Cível – 474219.

Quanto à Apelação em Mandado de Segurança – 00007520820094014101, o Mandado de Segurança foi impetrado de forma individual contra uma Instituição de Ensino Superior para a contratação de profissional de LIBRAS para acompanhamento de aluno surdo, julgado procedente o pleito do Mandado de Segurança, fundamentado no artigo 208, III da Constituição Federal e no artigo 58, §1º, da Lei n. 9.394/96.

Quanto à Remessa *Ex Officio* em Mandado de Segurança – 00024663220114014101, o Mandado de Segurança foi impetrado de forma individual contra uma Instituição de Ensino Superior para a contratação de profissional de LIBRAS para acompanhamento de aluno surdo,

julgado procedente o pleito do Mandado de Segurança, fundamentado no artigo 208, III da Constituição Federal e nos artigos 4º, III e 58, §1º, da Lei n. 9.394/96.

Quanto à Apelação Cível – 00070329120064013812, trata-se de Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público Federal em desfavor de uma Instituição de Ensino Superior para a contratação de profissional de LIBRAS para acompanhamento de aluno surdo, julgada procedente em primeira instância e mantida em segunda instância, com fundamento no art. 29 do Decreto nº 3.298/99, no Decreto nº 5.626/2005, que regulamenta a LIBRAS interessavam à pesquisa. e no art. 2º, parágrafo único, "b", da Portaria ME nº 1.679/99 (posteriormente revogada pela Portaria MEC Nº 3.284/2003), além do art. 208, III, da Constituição Federal e nos artigos 4º, III, e 58, § 1º da Lei nº 9.394/96.

Quanto à Remessa *Ex Officio* em Mandado de Segurança – 00127963120054013800, o Mandado de Segurança foi impetrado de forma individual contra uma Instituição de Ensino Superior para a contratação de profissional de LIBRAS para acompanhamento de aluno surdo, com apoio do Ministério Público Federal, julgado procedente o pleito do Mandado de Segurança, fundamentado no artigo 208, III da Constituição Federal, no artigo 58, §1º, da Lei nº 9.394/96, na Portaria do MEC 3.284/03.

Quanto à Apelação em Mandado de Segurança – 00533178620034013800, o Mandado de Segurança foi impetrado de forma individual contra uma Instituição de Ensino Superior para a contratação de profissional de LIBRAS para acompanhamento de aluno surdo, julgado procedente o pleito mandamental, fundamentado no artigo 208, III da Constituição Federal, no artigo 58, §1º, da Lei nº 9.394/96, na Portaria do MEC 1.679/99.

Quanto à APELREEX 200870000173655, trata-se de Mandado de Segurança individual impetrado contra Universidade Federal para a disponibilização de interprete de LIBRAS, com segurança concedida e mantida na instância recursal com base no artigo 205 da Constituição Federal de 1988, na Lei 10.098/2000 e no Decreto 5.626/05.

No que toca à Apelação Cível – 553768, trata-se de Ação Civil Pública ajuizada pela Defensoria Pública da União contra Universidade Federal para a disponibilização de interprete

de LIBRAS e compra de material audiovisual adequado, julgada procedente e mantida na instância recursal com base no artigo 208 da Constituição Federal de 1988, no artigo 58, §1º, da Lei nº 9.394/96, no artigo 2º, da Portaria nº 3.284/2003-MEC, e no artigo 27, do Decreto nº 3.298/99.

Quanto à Apelação Cível – 474219, trata-se em origem de Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público Federal contra Instituição de Ensino Superior para a contratação de profissional de LIBRAS julgada procedente em primeira instância e mantida em grau recursal com base nos artigos 27 e 29 do Decreto nº 3.298/99, no artigo 2º, parágrafo único, "b", da Portaria MEC nº 1.679/99, além do artigo 2º da Portaria do MEC nº 3.284/2003.

Colhidos os dados passar-se-á no próximo item a traçar um perfil médio das decisões sobre contratação de profissionais de LIBRAS como forma de efetivar o ensino inclusivo no Brasil.

#### 4.3 ELABORANDO UM PERFIL DAS DECISÕES DO STF, STJ E DOS TRIBUNAIS REGIONAIS FEDERAIS

Em virtude das palavras-chave escolhidas foram pesquisadas um total de 510 (quinhentas e dez) decisões judiciais entre o STF, o STJ e os Tribunais Regionais Federais, entretanto, destas, apenas 20 (vinte) julgados tratavam da necessidade de ensino inclusivo a partir da contratação de profissionais em LIBRAS para o auxílio da comunidade surda.

Mesmo não se tratando a presente pesquisa de análise quantitativa, importam destacar os seguintes números:

- a) Ações por Tribunal: 04 (quatro) decisões do STF, 06 (seis) decisões do STJ, 06 (seis) decisões do TRF1, nenhuma decisão do TRF2, 01 (uma) decisão do TRF3, 01 (uma) decisão do TRF4 e 02 (duas) decisões do TRF5;

- b) Espécies de ações: 12 (doze) Ações Cíveis Públicas, 05 (cinco) Mandados de Segurança Individuais, 02 (duas) Ações Ordinárias e 01 (uma) Ação Direta de Inconstitucionalidade;
- c) Autores: 07 (sete) casos ajuizados pelos Ministérios Públicos Estaduais, 05 (cinco) pelo Ministério Público Federal, 04 (quatro) pelos particulares, 03 (três) pelas Defensorias Públicas e 01 (uma) por entidade de classe, esta a Ação Direta de Inconstitucionalidade;
- d) Réus: 10 (dez) Instituições de Ensino Superior Privadas, 07 (sete) contra Estados e Município, 02 (duas) contra Universidades Públicas e 01 (uma) outros (trata-se da Ação Direta de Inconstitucionalidade);
- e) Grau de ensino: 12 (doze) para o Nível Superior, 07 (sete) para a educação básica e 01 (uma) para a educação privada em geral.
- f) Resultado das ações: 19 (dezenove) julgamentos favoráveis ao ensino inclusivo por LIBRAS e 01 (um) contrário;

Assim, adstrito a este estudo, pode-se traçar um perfil básico das ações como Ações Cíveis Públicas ajuizadas pelo Ministério Público Estadual contra Instituições de Ensino Superior Privadas julgadas favoráveis e com recurso até o Superior Tribunal de Justiça.

Algumas constatações partem dos números e do perfil apresentados, quais sejam:

- a) O número de ações (20) ainda é muito baixo para a cerca de 9,7 (nove inteiros e sete décimos) milhões de pessoas com deficiência auditiva e 344,2 (trezentos e quarenta e quatro inteiros e dois décimos), consoante o Censo 2010 do IBGE (IBGE, 2010);
- b) Que os Ministérios Públicos da União e dos Estados e Distrito Federal tem se envolvido de forma direta nos casos, defendendo, assim, os direitos desta minoria, o que se demonstra de forma bastante patente ao se observar que, dos 20 (vinte) casos apresentados, em 12 (doze) houve atuação direta por parte do órgão ministerial;
- c) Que, em geral, as ações são coletivas (Ações Cíveis Públicas), ou seja, beneficiam grande número de pessoas, baseadas no direito à educação inclusiva da comunidade surda (direitos difusos ou coletivos), o que se torna mais patente quando se observa que 07 (sete) das ações foram propostas contra Estados e Municípios;

- d) Que a maior parte das ações foi ajuizada para o ensino superior, o que demonstra que, quanto maior o grau de escolaridade, maior a capacidade de buscar a proteção dos direitos junto ao judiciário;
- e) Que o judiciário tem se mostrado como Poder atuante na fiscalização da legislação constitucional e infralegal, mas que ainda não incorporou os Tratados Internacionais como base para suas decisões, salvo raríssimas exceções como a da decisão do STF na ADI 5357, entretanto este tópico será desenvolvido de forma mais ampla em item posterior da dissertação.

Nesta análise prefacial alguns pontos foram levantados e merecem abordagem direcionada dentro do arcabouço doutrinário desenvolvido durante todo o trabalho, o que será efetuado no item que se segue.

#### 4.4 ANALISANDO QUALITATIVAMENTE O FUNDAMENTOS DAS DECISÕES COLETADAS

Como se tem trabalhado até este ponto, o texto trata da liberdade positiva da comunidade surda em deter o acesso à educação em salas inclusivas com intérprete em LIBRAS, a consideração das dificuldades do Executivo em materializar esta política pública em razão de questões políticas, transformando normas internacionais, constitucionais e infraconstitucionais em normas álibi ou de promessa de futuro e o papel do judiciário na fiscalização das ações do executivo e na materialização destes direitos humanos.

O judiciário tem efetuado o seu papel de fiscal apoiado na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional, aparecendo, normalmente, em suas decisões os seguintes fundamentos:

- a) O direito fundamental à educação constante do artigo 205 e 208 da Constituição Federal de 1988, principalmente em relação ao inciso III, onde a interpretação concedida é que o ensino regular não é necessariamente público, tornando-se papel

também do ensino privado a integração das pessoas com deficiência, com a existência de salas inclusivas, lembrando as palavras de Valdemar Capeletti:

O direito à educação está, na Constituição Federal de 1988, entre os direitos fundamentais do Homem (José Afonso da Silva), pois que, nos termos do art. 205, é direito de todos. Por outra via, é igualmente dever do Estado, o qual tem o dever de prestação quanto ao direito social em tela. Assim, há de se dar a maior efetividade possível a esse direito fundamental, com o qual devem estar em harmonia as normas infraconstitucionais, para que todos possam exercê-lo, principalmente os desfavorecidos que mais necessitam do Estado social. O direito constitucional à educação é norma plenamente eficaz, de aplicabilidade imediata, e exigível judicialmente (CAPELETTI, 2009).

- b) O artigo 209 da Constituição Federal que, tratando da livre iniciativa para o ensino privado, impõe que sejam respeitadas as normas gerais da educação nacional, onde se encontra fundamentada a obrigação por parte do prestador de ensino privado em agir de forma inclusiva, aceitando alunos que detenham deficiências sem qualquer discriminação. Importantes as palavras de Nery Júnior sobre a questão:

Ademais, a par da existência de normas legais atinentes à matéria em exame, a Constituição Federal de 1988 já garantia em seus artigos 206, 208 e 209 o acesso à educação, em igualdade de condições, bem como estabelecia expressamente condições no que alude à liberdade de ensino na iniciativa privada. Dessa forma, vale ressaltar, ao contrário do que alegou a apelante nas razões de apelação, que a pretensão veiculada na presente ação obriga não só as instituições de ensino públicas, mas também as instituições privadas de ensino, as quais compreendem o sistema federal de ensino superior, nos termos dos mencionados diplomas legais, estando a autorização para funcionamento da instituição particular condicionada ao cumprimento das normas gerais da educação nacional, bem como à avaliação de qualidade pelo Poder Público, estando compreendido nesse quesito o dever de promover o acesso à educação em igualdade de condições ao portador de deficiência auditiva, como no caso em tela (NERY JÚNIOR, 2015).

- c) O artigo 207, da Constituição Federal de 1988, em especial em seu §1º, II, com o texto da Emenda Constitucional 65/2010, ao demandar a

criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação.

- d) A existência de direito à atendimento especial para pessoas com deficiência, constante do artigo 58 e seus §§ 1º e 2º, da Lei 9.394/96, sempre que possível em sala comum, sendo efetuadas salas especiais apenas em caso de especificidades por parte da pessoa que impeçam o convívio comum com a apreensão adequada do conteúdo;

- e) Na regulamentação da LIBRAS como forma oficial de comunicação e expressão brasileira, a partir da Lei 10.098/2000 e do Decreto nº 5.626, de 22 de dezembro de 2005, demonstrando que há obrigação por parte do prestador de serviços educacionais em deter interprete para a integração do público surdo, sob pena de ser prejudicado o ensino da pessoa surda, não podendo haver valor adicional na mensalidade. Observe-se a transcrição de parte do acórdão abaixo:

A exigência de contraprestação financeira do estudante, além da mensalidade universitária, para a contratação de um profissional destinado a atender ao deficiente constituiria um óbice posto pela Apelante para a integração do aluno na universidade, prejudicando seu desempenho escolar, em violação ao art. 17 da Lei nº 10.098/2000 (APOLIANO, 2012).

- f) Os artigos 27 e 29 do Decreto nº 3.298/99, que regulamenta a “Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência<sup>45</sup>”, onde fica clara a necessidade da entidade de educação, inclusive de nível superior, em adaptar a estrutura, corpo docente e de apoio e material pedagógico para a efetiva integração da pessoa com deficiência, mesmo que seja para apenas uma pessoa. Veja-se o texto abaixo:

Desde que a pretensão postulada seja no sentido do cumprimento, pela instituição de ensino promovida, da legislação pertinente aos portadores de deficiência, mais especificamente do disposto no art. 29 do Decreto nº 3.298/99 e no art. 2º, parágrafo único, "b", da Portaria ME nº 1.679/99 (posteriormente revogada pela Portaria MEC Nº 3.284/2003), para que a referida instituição torne disponível, para todo o corpo discente que o necessitar, os serviços de um intérprete de Língua Brasileira de Sinais - LIBRAS, o atendimento dessa pretensão em relação a apenas um dos alunos, por força de decisão judicial proferida nos autos de outra ação, não tem o condão de caracterizar ausência de interesse de agir (PRUDENTE, 2008).

- g) As Portarias do MEC nº 1.679/99 e 3.284/2003 que tratam da acessibilidade por parte da pessoa com deficiência e o cumprimento por parte dos prestadores de ensino, públicos e privados, para a garantia da existência do ensino inclusivo.

Observando, a partir destes pontos, os fundamentos das decisões estudadas, duas conclusões restam claras: a primeira que o problema da materialização deste direito fundamental não parte de falta legislativa, judiciária ou mesmo do órgão ministerial, mas precipuamente do Poder Executivo e dos prestadores de serviços educacionais privados; a

---

<sup>45</sup> O termo “Portador de deficiência” não é mais utilizado, entretanto no momento da feitura de política nacional ainda era a nomenclatura mais aceita.

segunda que o judiciário brasileiro ainda não está adaptado para a utilização da legislação internacional, mesmo quando internalizada, o que se observa facilmente ao notar que apenas o Supremo Tribunal Federal utilizou em suas decisões a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e o Decreto nº 6.949/2009, que a internalizou com força de norma constitucional.

Note-se que as críticas efetuadas por Cançado Trindade (2000, p. 137) e André Felipe Barbosa de Menezes (2009, p.11) permanecem bastante atuais, entretanto se enxerga aos poucos um movimento pela utilização dos Tratados e Convenções Internacionais por parte do judiciário ou, ao menos, por parte do Supremo Tribunal Federal.

Importante ainda mencionar que as decisões estudadas, em geral, prendem-se à repetição legal<sup>46</sup> ou de decisões de instâncias superiores, restando aos Tribunais com o STF e o STJ a feitura de uma decisão com maior aprofundamento teórico e visão global do ordenamento pátrio. Exemplo do descrito são vários, entretanto o voto da Apelação Cível 553768 deixa esta constatação ainda mais clara:

Bem se vê, pelos dispositivos supracitados, que a contratação do intérprete de LIBRAS, bem assim a implementação de condições materiais objetivando o acolhimento do aluno portador de deficiência auditiva em todos os níveis de ensino, encontra amparo no nosso ordenamento jurídico, de modo a amparar a pretensão autoral (DE FARIA, 2013).

Parte boa da repetição legal é que a legislação brasileira sobre o tema é completa, complexa, adequada e atualizada, mas deixa-se claro o risco da repetição sem uma visão mais global do sistema.

Traçando um padrão dos fundamentos jurídicos das decisões judiciais e de sua adequação às teorias levantadas para a fundamentação teórica do trabalho, encontra-se o seguinte:

---

<sup>46</sup> Mesmo não se tendo esta abordagem na fundamentação teórica do trabalho, pode-se dizer que a mera repetição de normas por parte do Poder Judiciário encontra sua origem na Revolução Francesa, pois, havia “vedação de exercício do controle de constitucionalidade a pretexto de constituir-se em ingerência em assuntos próprios do legislativo” (PINTO, 2008, p. 112). Esta herança francesa ainda se mostra como presente nos tribunais brasileiros.

- a) As decisões dos Tribunais estudados demonstram a tendência do Poder Executivo brasileiro, tanto em sua atuação direta, quanto fiscalizadora, a manter a educação inclusiva como norma álibi ou de promessa de futuro (NEVES, 2011), uma vez que não implantou as salas inclusivas com intérpretes especializados em LIBRAS, nem efetivou a fiscalização adequada nos prestadores de serviços privados, restando esta atividade para os órgãos ministeriais e para o Judiciário que, no uso de sua violência simbólica (BOURDIEU; EAGLETON, 2007), impôs, quando solicitado, a feitura destas ações, evitando, assim, a erosão da consciência constitucional (LOEWENSTEIN, 1979) pela população;
- b) Com o acesso judicial aos intérpretes especializados em LIBRAS, mesmo que para apenas um aluno (PRUDENTE, 2008), principalmente por ações coletivas, há facilitação do acesso da comunidade surda ao aumento de seu capital cultural ou informacional (BOURDIEU, 1987), o que facilita a sua entrada no mercado de trabalho, diminuindo, por decorrência, a subintegração social destas pessoas;
- c) O deferimento do ensino em salas inclusivas com intérprete especializado em LIBRAS, por sua vez, aumenta o capital social (BOURDIEU, 1983a; WACQUANT, 2004), tende a diminuir os estigmas (GOFFMAN, 2011) e a melhorar a forma com que o surdo se enxerga, ou seja, o seu Self (TAYLOR, 2013);
- d) Por fim, as decisões se mostraram voltadas à manutenção da individualidade da pessoa com deficiência, importando-se com cada uma delas, na busca de desenvolver e as capacidades e habilidades, ou seja, estão alinhadas com *Capability Approach* (NUSSBAUM, 2013) e com as mais atualizadas linhas de tratamento das pessoas com deficiência.

De forma direta, encontram-se nos fundamentos das decisões judiciais brasileiras a intenção de integração da comunidade surda a partir da educação inclusiva em LIBRAS.

#### 4.5 UM CONTRAPONTO

Mesmo se estudando as decisões e encontrando uma visão de integração educacional por LIBRAS da pessoa surda, durante a pesquisa se encontrou 01 (uma) decisão contrária que, para uma verdadeira análise científica, deve ser avaliada.

A decisão está assim ementada:

ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTRATAÇÃO DE INTÉRPRETES PARA AUXILIAR ALUNOS COM DEFICIÊNCIA AUDITIVA EM ESTABELECIMENTO DE ENSINO SUPERIOR. 1. Embora não haja dúvidas de que os estabelecimentos de ensino superior devem oferecer serviço de apoio especializado aos portadores de deficiência auditiva, sendo claro o art. 59 da Lei 9.394/96 ao dispor, em seu inciso III, que "os sistemas de ensino assegurarão aos educandos com necessidades especiais professores com especialização adequada em nível médio ou superior, para atendimento especializado", não há exigência, na legislação que rege a matéria, de que ofereçam a esses alunos intérpretes em tempo integral, mesmo sem requerimento do interessado. 2. Não se afigura razoável exigir que a Agravante contrate, em prazo exíguo, sob pena de multa diária, intérpretes para os seus alunos com deficiência, especialmente considerando que a Lei 10.172/2001, que aprovou o Plano Nacional de Educação, estabeleceu o prazo de cinco anos para implantar, e dez anos para generalizar, o ensino da LIBRAS para os alunos surdos e, sempre que possível, para seus familiares e para o pessoal da unidade escolar, mediante programa de formação de monitores, em parceria com organizações não-governamentais. 3. Agravo de instrumento ao qual se dá parcial provimento (RODRIGUES, 2005).

Numa análise rápida da decisão, nota-se que não se trata, em si, de uma decisão contrária ao ensino inclusivo em LIBRAS, mas da questão do seu prazo para a implantação, uma vez que há necessidade de lapso temporal para a implantação de novas políticas públicas por parte do Poder Executivo.

Em pesquisa do voto emitido pela Desembargadora Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues, observou-se que a decisão de primeira instância fixou prazo de 15 (quinze) dias para a contratação dos profissionais, como se pode presumir do texto abaixo:

Assevera, também, que a Lei 10.172/2001 fixou prazo razoável, de 5 a 10 anos, para a implementação de medidas que visam a conferir acessibilidade à educação aos alunos portadores de deficiência auditiva, e que a liminar deferida não teria observado esse prazo, determinando que tudo fosse feito em 15 dias, afrontando, assim, o princípio do devido processo legal substantivo (RODRIGUES, 2005).

A decisão ainda traz em seu conteúdo:

[...] que não há necessidade de o intérprete acompanhar os alunos deficientes em todas as aulas que frequentam, mas apenas, mediante prévia e expressa solicitação, auxiliá-los em

suas necessidades e na realização de provas, quando for preciso complementar avaliação expressa em texto escrito, ou quando esse não tenha expressado o real conhecimento do aluno, tal como previsto na Portaria MEC 3.284/03.

Mais um detalhe tem que ser apontado, a decisão é anterior ao Decreto nº 5.626, de 22 de dezembro de 2005, ou seja, antes de ser a LIBRAS considerada forma de comunicação e expressão oficial no Brasil.

Partindo diretamente para a decisão nota-se que há certo fundamento na questão do exíguo tempo concedido pela instância primária (15 dias), entretanto, considerar como prazo razoável para a implementação de 5 a 10 anos é condenar uma geração inteira de pessoas surdas à exclusão social, transmudando-se a decisão, como se criticou no item anterior, em mera repetição das normas infraconstitucionais, sem levar em conta os direitos constitucionalmente protegidos, nem, sequer, uma interpretação global e integrativa do ordenamento que, naquele momento, já detinha normas voltadas à integração destes cidadãos.

O mesmo se pode dizer da repetição textual da Portaria MEC 3.284/03 no sentido de não ser acompanhado o aluno surdo pelo intérprete em todas as aulas, dependendo a presença deste de prévia e expressa solicitação, o que se mostra contraproducente para o aproveitamento do conteúdo pelo aluno, uma vez que a necessidade de acompanhamento, por vezes, ocorre em momento não esperados, transmudando-se em improvável a adequada menção temporal da presença do intérprete.

Em poucas palavras, a decisão apontada como contraponto, na verdade, é apenas parcialmente contrária ao que se observou das outras decisões estudadas, uma vez que é favorável ao ensino inclusivo em LIBRAS, entretanto, por se encontrar presa à legislação infraconstitucional, terminou por prorrogar o prazo para a contratação dos profissionais e vinculou, por respeito à norma infralegal, a presença do profissional à prévia e expressa solicitação, o que, se não detém caráter ilegal, no mínimo demonstrou uma visão muito fechada do sistema constitucional brasileiro.

#### 4.6 POSFÁCIO: A ADI 5357 E O FUTURO DA EDUCAÇÃO INCLUSIVA

Mesmo não sendo o objeto precípua do presente trabalho, não se pode passar ao largo da avaliação da ADI 5357, uma vez que seu julgamento terá repercussões em todo o sistema de ensino inclusivo no país, seja para o reafirmar, seja para o negar.

Utiliza-se a palavra posfácio de forma inadequada, uma vez que antes das considerações finais, uma vez que não se terá o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade antes do findar deste trabalho científico, assim, far-se-á uma análise dos argumentos dos autores e da decisão negativa de liminar já proferida dos autos, apenas como advertência.

A ADI 5357 foi ajuizada pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (CONFENEN) em 04 de agosto de 2015, tendo por alvo a declaração de inconstitucionalidade do § 1º do artigo 28 e artigo 30, *caput*, da Lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), primordialmente no que toca ao adjetivo “privada”, termos legais de detém a seguinte redação:

Art. 28. Incumbe ao poder público assegurar, criar, desenvolver, implementar, incentivar, acompanhar e avaliar:

[...]

§ 1o Às instituições privadas, de qualquer nível e modalidade de ensino, aplica-se obrigatoriamente o disposto nos incisos I, II, III, V, VII, VIII, IX, X, XI, XII, XIII, XIV, XV, XVI, XVII e XVIII do *caput* deste artigo, sendo vedada a cobrança de valores adicionais de qualquer natureza em suas mensalidades, anuidades e matrículas no cumprimento dessas determinações.

[...]

Art. 30. Nos processos seletivos para ingresso e permanência nos cursos oferecidos pelas instituições de ensino superior e de educação profissional e tecnológica, públicas e privadas, devem ser adotadas as seguintes medidas:

A alegada inconstitucionalidade nasceria da violação aos artigos 5º, *caput*, incisos XXII, XXIII, LIV, 170, incisos II e III, além dos artigos 205, 206, *caput*, incisos II e III, do artigo 208, *caput*, inciso III, 209, 227, *caput*, § 1º, inciso II, todos da Constituição Federal de 1988.

Reduzindo os argumentos em poucas linhas, poderia se dizer que a alegação básica é que a educação das pessoas com deficiência é de obrigação apenas do Estado, não podendo a

nova legislação impor situação gravosa aos estabelecimentos de ensino privados, sob pena de ferimento do princípio da igualdade e da livre iniciativa.

Avaliando tais argumento para o deferimento ou não de Medida Cautelar para suspensão dos artigos, o Ministro Edson Fachin negou o pleito com julgamento ementado da seguinte forma:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA CAUTELAR. LEI 13.146/2015. ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. ENSINO INCLUSIVO. CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. INDEFERIMENTO. 1. A Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência concretiza o princípio da igualdade como fundamento de uma sociedade democrática que respeita a dignidade humana. 2. À luz da Convenção e, por consequência, da própria Constituição da República, o ensino inclusivo em todos os níveis de educação não é realidade estranha ao ordenamento jurídico pátrio, mas sim imperativo que se põe mediante regra explícita. 3. A Lei nº 13.146/2015 indica assumir o compromisso ético de acolhimento e pluralidade democrática adotados pela Constituição ao exigir que não apenas as escolas públicas, mas também as particulares deverão pautar sua atuação educacional a partir de todas as facetas e potencialidades que o direito fundamental à educação possui e que são densificadas em seu Capítulo IV. 4. Medida cautelar indeferida (FACHIN, 2015).

Em seu voto o ministro ainda destacou que:

A atuação do Estado na inclusão das pessoas com deficiência, quer mediante o seu braço Executivo ou Legislativo, pressupõe a maturação do entendimento de que se trata de ação positiva em uma dupla via.

Explico: essa atuação não apenas diz respeito à inclusão das pessoas com deficiência, mas também, em perspectiva inversa, refere-se ao direito de todos os demais cidadãos ao acesso a uma arena democrática plural. A pluralidade - de pessoas, credos, ideologias, etc. - é elemento essencial da democracia e da vida democrática em comunidade (FACHIN, 2015).

O que, em outras palavras, justifica as liberdades individuais como o tecido que faz possível a convivência em sociedade no mundo contemporâneo e, por reflexo, demonstra que a inclusão é uma via de mão dupla, já que base para a arena democrática plural. Ainda sobre as liberdades, faz menção à sua espécie positiva ao lembrar que:

Pluralidade e igualdade são duas faces da mesma moeda. O respeito à pluralidade não prescinde do respeito ao princípio da igualdade. E na atual quadra histórica, uma leitura focada tão somente em seu aspecto formal não satisfaz a completude que exige o princípio. Assim, a igualdade não se esgota com a previsão normativa de acesso igualitário a bens jurídicos, mas engloba também a previsão normativa de medidas que efetivamente possibilitem tal acesso e sua efetivação concreta (FACHIN, 2015).

Onde faz lembrar Nancy Fraser (2006), pois demonstra que a medida traz a redistribuição e o reconhecimento das pessoas com deficiência, além da norma estar inserida

num contexto maior, no Sistema Internacional de Direitos Humanos, recebido no ordenamento pátrio com força de norma constitucional.

Posta a questão nestes termos, foi promulgada pelo Decreto nº 6.949/2009 a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, dotada do propósito de promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência, promovendo o respeito pela sua inerente dignidade (art. 1º) (FACHIN, 2015).

Continua na demonstração de seus argumentos no sentido da educação inclusiva como regra já existente no ordenamento interno:

Ou seja, à luz da Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, e, por consequência, da própria Constituição da República, o ensino inclusivo em todos os níveis de educação não é realidade estranha ao ordenamento jurídico pátrio. Ao contrário, é imperativo que se põe mediante regra explícita.

Mais do que isso, dispositivos de status constitucional estabelecem a meta de inclusão plena, ao mesmo tempo em que se veda a exclusão das pessoas com deficiência do sistema educacional geral sob o pretexto de sua deficiência (FACHIN, 2015).

Destaca ainda que a livre iniciativa no serviço de educação encontra limites no poder regulador do Estado ao demonstra que “não obstante o serviço público de educação ser livre à iniciativa privada, ou seja, independentemente de concessão ou permissão, isso não significa que os agentes econômicos que o prestam o possam fazê-lo ilimitadamente ou sem responsabilidade” (FACHIN, 2015).

Ressalta, ainda, que o convívio intercultural (GALINDO, 2006) é base para uma sociedade verdadeiramente democrática:

É somente com o convívio com a diferença e com o seu necessário acolhimento que pode haver a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, em que o bem de todos seja promovido sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (Art. 3º, I e IV, CRFB) (FACHIN, 2015).

Arremata considerando que a educação inclusiva, além de incorporada ao texto constitucional brasileiro, demanda aspecto ambiental a ser respeitado pelas escolas públicas e privadas:

O ensino inclusivo é política pública estável, desenhada, amadurecida e depurada ao longo do tempo em espaços deliberativos nacionais e internacionais dos quais o Brasil faz parte. Não bastasse isso, foi incorporado à Constituição da República como regra.

[...]

Como é sabido, as instituições privadas de ensino exercem atividade econômica e, enquanto tal, devem se adaptar para acolher as pessoas com deficiência, prestando serviços educacionais que não enfoquem a questão da deficiência limitada à perspectiva médica, mas também ambiental.

Esta última deve ser pensada a partir dos espaços, ambientes e recursos adequados à superação de barreiras – as verdadeiras deficiências de nossa sociedade (FACHIN, 2015).

E, como não poderia deixar de ser, como conclusão lógica, negou a medida cautelar pleiteada pelos autores.

Mesmo se esperando que esta linha seja seguida pelos outros ministros da Corte Constitucional, importante é lembrar do papel fiscalizatório do judiciário no que toca à guarda da democracia brasileira, impondo, como já se demonstrou anteriormente, por verdadeira violência simbólica (BOURDIEU; EAGLETON, 2007), a manutenção da educação inclusiva como forma de preservar internamente a crença das pessoas no Estado de Direito e a participação no Sistema Internacional de Direitos Humanos.

Apenas por observação, note-se que, mesmo tratando de Convenção Internacional internalizada no Brasil com força de norma constitucional, em nenhum momento houve qualquer menção ao controle de convencionalidade, o que se espera ocorra quando do julgamento do mérito de referente ação de inconstitucionalidade.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As considerações finais de um estudo informam os efetivos resultados que foram encontrados ao término do árduo caminho percorrido numa pesquisa, configurando-se num apanhado do que se agregou sobre um determinado tema, findando com as possíveis respostas à pergunta de pesquisa que norteou o trabalho.

Quando o caminho científico foi iniciado, buscava-se uma fotografia de como o Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça e os Tribunais Regionais Federais tratavam o direito à educação inclusiva por LIBRAS para a população surda, a partir da contratação de intérpretes para o ensino bilíngue.

Para responder esta questão outros problemas apareceram, iniciando com o mais básico, ou seja, existe um direito à educação inclusiva? Para responder este questionamento buscou-se a teoria das liberdades e toda a sua evolução, passando por teóricos como Bobbio (1997; 2000; 2004) e Isaiah Berlin (2002) e concluindo que, dentro do que se convém chamar de liberdades positivas, havia o direito à educação inclusiva como materialização de uma liberdade integrativa que se resolveu denominar de “ambiental”, uma vez que se tratava da criação de um ambiente adequado ao desenvolvimento de suas potencialidades.

Respondido este questionamento chegou-se imediatamente a outro: se existe o direito, qual o motivo de buscar no judiciário? Esta resposta se transformou em complexa, uma vez que se estava diante do fenômeno da não materialização dos direitos previstos em normas constitucionais, onde havia toda uma explicação por parte de Marcelo Neves (2011) e a sua constitucionalização simbólica, momento em que se tornou clara que, às vezes, há normas constitucionais ou mesmo infraconstitucionais que, mesmo existindo, não detém efetividade, como seriam as normas álibi, de promessa de futuro ou de reafirmação de direitos, e que as duas primeiras eram típicas de países em desenvolvimento com grandes contingentes subintegrados como o Brasil. A busca do judiciário, por sua vez, advém do seu poder fiscalizador em relação aos outros poderes e aos particulares, o que Bourdieu e Eagleton (2007) decidiram denominar de violência simbólica.

Quando tudo aparentava estar resolvido, surgiram novas dúvidas e estas se focaram em quem é a pessoa surda e o que é ensino inclusivo em LIBRAS? Para chegar na pessoa com deficiência surda, primeiro se buscou a formação de uma pessoa com deficiência, onde se analisou um pouco a formação de seu self por Taylor (2013) e de seus estigmas por Goffman (2013), passando, a partir daí, pelos sistemas de reconhecimento das pessoas com deficiência, desde a dispensabilidade, passando pelo sistema médico e o modelo social, merecendo atenção os estudos de Colin Barnes e Geof Mercer (2012). Como a resposta até ali encontrada não se mostrava suficiente, buscou-se o modelo da diversidade (GOMÉZ, 2012), que se baseava no *Capability Approach* de Martha Nussbaum (2013).

Mesmo com estas respostas faltava ainda a questão da legislação sobre a pessoa com deficiência e se encontrou que esta é uma “restrição física, mental ou sensorial, de natureza permanente ou transitória, que limita a capacidade de exercer uma ou mais atividades essenciais da vida diária, causada ou agravada pelo ambiente econômico e social” (Decreto 3.956/2001).

Mas, quem é a pessoa surda? Faltava responder a pergunta. A resposta veio após um estudo aprofundado da comunidade, onde se observou que esta comunidade se destaca das outras e forma sua identidade a partir da sua comunicação diferenciada e do entendimento visual do mundo, pois sem os sons e a transmissão das ideias a partir da fala o entendimento se dá pela diferença e pelo orgulho de fazer parte daquela sociedade, sendo este ponto o maior individualizar na formação do que comumente se chama de sociedade surda ou cultura surda.

E, por decorrência, o que é a LIBRAS? A resposta veio com a Lei 10. 436/2002 que a expôs como

a forma de comunicação e expressão, em que o sistema linguístico de natureza visual-motora, com estrutura gramatical própria, constituem um sistema linguístico de transmissão de ideias e fatos, oriundos de comunidades de pessoas surdas do Brasil.

Mas para que ocorre o ensino inclusivo em LIBRAS? Para a pessoa surda “alcançar o máximo desenvolvimento possível de seus talentos e habilidades físicas, sensoriais, intelectuais e sociais, segundo suas características, interesses e necessidades de aprendizagem” (os artigos 28 a 30 da Lei 13.146/2015).

Chegando neste ponto, nasceu um questionamento que poderia pôr fim a toda a pesquisa, ou seja, qual o motivo do ensino inclusivo em LIBRAS para a comunidade surda? A resposta veio com a análise de Pierre Bourdieu (1987; 1998) e Martha Nussbaum (2013), onde se constatou que a integração efetiva da pessoa surda como cidadã depende da formação de seu *habitus*, do seu capital cultural e social, além da mudança da visão da sociedade, onde, avaliada por suas potencialidades, a pessoa surda começa a ser enxergada e a se enxergar como útil e um dos pilares para este fim é a educação integrada à vida social.

Quando se pensou que todas as respostas haviam sido encontradas, voltou o questionamento básico do trabalho: como o Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais tratavam o direito à educação inclusiva por LIBRAS para a população surda?

Para responder a questão obedecendo a um método científico foram elaborados padrões de pesquisa:

- a) Que a pesquisa se daria pela internet, levando em conta os acervos dos sítios do STF, STJ e da pesquisa unificada de jurisprudência do Conselho da Justiça Federal, para conseguir as decisões dos Tribunais Regionais Federais;
- b) Utilizar-se-iam as palavras-chave “surdo”, “educação inclusiva” e “LIBRAS”.

Iniciada a pesquisa foram pré-selecionadas 510 (quinhentos e dez) decisões, entretanto apenas 20 (vinte) julgados tratavam da educação inclusiva a partir da contratação de profissionais em LIBRAS para o auxílio da comunidade surda e ensino bilíngue, onde, mesmo não detendo o estudo característica quantitativa, traçou-se o perfil médio das ações como “Ações Civis Públicas ajuizadas pelo Ministério Público Estadual contra Instituições de Ensino Superior Privadas com julgamentos favoráveis à educação inclusiva e com recurso até o Superior Tribunal de Justiça”.

Após esta etapa, buscou-se um perfil qualitativo dos argumentos utilizados nas decisões judiciais, onde, mesmo ressaltando que as ações se prendem bastante em repetir a legislação ou as decisões de tribunais superiores, chegou-se aos seguintes parâmetros:

- a) As decisões dos Tribunais estudados demonstram a tendência do Poder Executivo brasileiro, tanto em sua atuação direta, quanto fiscalizadora, a manter a educação inclusiva como norma álibi ou de promessa de futuro (NEVES, 2011), uma vez que não implantou as salas inclusivas com intérpretes especializados em LIBRAS, nem efetivou a fiscalização adequada nos prestadores de serviços privados, restando esta atividade para os órgãos ministeriais e para o Judiciário que, no uso de sua violência simbólica (BOURDIEU; EAGLETON, 2007), impõe, quando solicitado, a feitura destas ações, evitando, assim, a erosão da consciência constitucional (LOEWENSTEIN, 1979) pela população e protegendo direito fundamental constante em normas internas e internacionais ;
- b) Com o acesso judicial aos intérpretes especializados em LIBRAS, mesmo que para apenas um aluno (PRUDENTE, 2008), principalmente por ações coletivas, há facilitação do acesso da comunidade surda ao aumento de seu capital cultural ou informacional (BOURDIEU, 1987), o que facilita a sua entrada no mercado de trabalho, diminuindo, por decorrência, a subintegração social destas pessoas, configurando-se, assim, a intervenção judicial como meio externo para integração destas pessoas;
- c) O deferimento do ensino em salas inclusivas com intérprete especializado em LIBRAS, por sua vez, aumenta o capital social (BOURDIEU, 1983a; WACQUANT, 2004), tende a diminuir os estigmas (GOFFMAN, 2011) e a melhorar a forma com que o surdo se enxerga, ou seja, melhorando o seu *Self* (TAYLOR, 2013), abrindo a possibilidade de sua integração efetiva ao contexto social;
- d) Por fim, as decisões se mostraram voltadas à manutenção da individualidade da pessoa com deficiência, importando-se com cada uma delas, na busca de desenvolver e as capacidades e habilidades, ou seja, estão alinhadas com *Capability Approach* (NUSSBAUM, 2013) e com as mais atualizadas linhas de tratamento das pessoas com deficiência, inclusive com a Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência que, como já exposto, foi internalizada no Brasil com status de norma constitucional.

Levantou-se ainda, apenas como aviso, a questão da ADI 5357 e o perigo que ela traz para a manutenção do ensino inclusivo dentro do ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que

a declaração de inconstitucionalidade requerida no processo afastaria a necessidade de educação inclusiva de pessoas com deficiência em todo o ensino privado brasileiro, sob o manto da livre iniciativa.

Tomado o caminho e condensado o que se encontrou na pesquisa, conclui-se que o judiciário, quando acionado para a defesa da comunidade surda no que toca à contratação de profissionais de LIBRAS, seja para a iniciativa pública ou privada, em nível básico, médio ou superior, tem efetivado as normas internacionais e internas, evitando as normas álibi e de promessa de futuro, reafirmando o dever no cumprimento dos direitos fundamentais das pessoas com deficiência surdas. Alerta-se apenas para o risco de as decisões tenderem à repetição dos instrumentos legais, pois uma simples mudança no texto com caráter menos inclusivo pode findar com a proteção da minoria.

Assim, mesmo com as limitações advindas de uma pesquisa com este escopo, chega-se ao seu apogeu com um retrato do recorte social proposto no reflexo do Poder Judiciário na vida e integração pela educação inclusiva por LIBRAS da comunidade surda, restando como sugestão para uma pesquisa futura a possível vinculação entre a dificuldade de entrada no mercado de trabalho dos surda pela falta do ensino inclusivo e o maior número de Benefícios de Prestação Continuada da Assistência Social deferidos para a pessoas não integradas.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2011.
- ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. São Paulo: Companhia das letras, 2012.
- BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BARNES, Colin; MERCER, Geof. *Exploring disability*. Cambridge: Polity, 2011.
- BEHARES, L. E. Nuevas corrientes en la educación del sordo: de los enfoques clínicos a los culturales. In: *Cadernos de Educação Especial*. Universidade Federal de Santa Maria. N° 4, 1993.
- BERLIN, Isaiah. Dois conceitos de liberdade. In: *Estudos sobre a humanidade: uma antologia de ensaios*. Trad. Rosaura Eichenberg. Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 2002.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 2004.
- \_\_\_\_\_. *Liberalismo e democracia*. São Paulo: Brasiliense, 2000.
- \_\_\_\_\_. *Igualdade e liberdade*. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.
- \_\_\_\_\_. *Estado, governo e sociedade: para uma teoria geral da política*. Rio de Janeiro: Campus, 1986.
- BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1986.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2013.
- BOTELHO, Paula. *Segredos e silêncios na educação dos surdos*. Belo Horizonte: Autêntica, 1998.
- BOURDIEU, Pierre. *Sobre o estado*. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.
- \_\_\_\_\_. *A distinção: crítica social do julgamento*. Porto Alegre: Editora Zouk, 2013.
- \_\_\_\_\_. O capital social – notas provisórias. In: CATANI, A. & NOGUEIRA, M. A. (Orgs.) *Escritos de Educação*. Petrópolis: Vozes, 1998.
- \_\_\_\_\_. *What makes a social class? On the theoretical and practical existence of groups*. Berkeley Journal of Sociology, n. 32, p. 1-49, 1987.
- \_\_\_\_\_. *Sociologia*. São Paulo: Ática, 1983.
- \_\_\_\_\_. *Questões de sociologia*. Rio de Janeiro: Marco Zero, 1983a.
- BOURDIEU, P.; EAGLETON, T. A doxa e a vida cotidiana: uma entrevista. In: *Um mapa da ideologia*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2007, pp. 265-278.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processo: 201001506365. Relator: Ministro KUKINA, Sérgio. **stj.jus.br**. Decisão em 2015. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201001506365&dt\\_publicacao=11/12/2015](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201001506365&dt_publicacao=11/12/2015)>. Acessado em 17-12-2015.
- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Processo: ADI 5357. Relator: Ministro FACHIN, Edson. **stf.jus.br**. Decisão em 2015a. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+5357%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/qj8615c>>. Acessado em 17-12-2015.
- \_\_\_\_\_. Tribunal Regional da 3ª Região. Processo: 4656914. Relator: Desembargador JÚNIOR, Nery. **trf3.jus.br e cjf.jus.br**. Decisão em 2015b. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoGedpro/4656914>>. Acessado em 15-12-2015.
- \_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Processo: 201401080796. Relator: Ministro MARTINS, Humberto. **stj.jus.br**. Decisão em 2014. Disponível em:

<[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=35439664&num\\_registro=201401080796&data=20140520&tipo=0](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=35439664&num_registro=201401080796&data=20140520&tipo=0)>. Acessado em 17-12-2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Processo: 201401316299. Relator: Ministro MARTINS, Humberto. **stj.jus.br**. Decisão em 2014a. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=37599693&num\\_registro=201401316299&data=20140815&tipo=0](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=37599693&num_registro=201401316299&data=20140815&tipo=0)>. Acessado em 17-12-2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Processo: Reclamação 4374. Relator: Ministro MENDES, Gilmar. **stf.jus.br**. Decisão em 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4439489>>. Acessado em 17-12-2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional da 5ª Região. Processo: 00017496720124058500. Relator: Desembargador DE FARIA, Luiz Alberto Gurgel. **trf5.jus.br e cjf.jus.br**. Decisão em 2013. Disponível em: <[http://www.trf5.jus.br/data/2013/08/00017496720124058500\\_20130827\\_5058039.pdf](http://www.trf5.jus.br/data/2013/08/00017496720124058500_20130827_5058039.pdf)>. Acessado em 15-12-2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional da 5ª Região. Processo: 200883000120820. Relator: Desembargador APOLIANO, Geraldo. **trf5.jus.br e cjf.jus.br**. Decisão em 2012. Disponível em: <[http://www.trf5.jus.br/data/2012/01/200883000120820\\_20120111\\_3156699.pdf](http://www.trf5.jus.br/data/2012/01/200883000120820_20120111_3156699.pdf)>. Acessado em 15-12-2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional da 4ª Região. Processo: 2955411. Relator: Desembargador CAPELETTI, Valdemar. **trf4.jus.br e cjf.jus.br**. Decisão em 2009. Disponível em: <[http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro\\_teor.php?orgao=1&documento=2955411](http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=2955411)>. Acessado em 15-12-2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional da 1ª Região. Processo: 00070329120064013812. Relator: Desembargador PRUDENTE, Souza. **trf1.jus.br e cjf.jus.br**. Decisão em 2008. Disponível em: <[http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?trf1\\_captcha\\_id=1b7c5cfc3f7561f0384ee5be1cd4750b&trf1\\_captcha=vmhb&enviar=Pesquisar&proc=00070329120064013812&secao=TRF1](http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?trf1_captcha_id=1b7c5cfc3f7561f0384ee5be1cd4750b&trf1_captcha=vmhb&enviar=Pesquisar&proc=00070329120064013812&secao=TRF1)>. Acessado em 15-12-2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional da 1ª Região. Processo: 200401000370945. Relator: Desembargadora GALLOTTI, Maria Isabel. **trf1.jus.br e cjf.jus.br**. Decisão em 2005. Disponível em: <<http://arquivo.trf1.jus.br/PesquisaMenuArquivo.asp?p1=200401000370945&pA=200401000370945&pN=264143120044010000>>. Acessado em 15-12-2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Processo: ADI 1.484. Relator: Ministro MELO, Celso. Decisão em 2001. **stf.jus.br**. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000044289&base=baseMonocraticas>>. Acessado em 17-12-2015.

CUNHA, Luiz Antônio. *Ensino de ofícios artesanais e manufactureiros no Brasil escravocrata*. São Paulo: UNESP, 2005.

DA SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2002.

DE MENEZES, André Felipe Barbosa. Controle de convencionalidade no sistema interamericano de direitos humanos. **Repositório UFPE**, 2009. Tese de Doutorado. - Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco. Recife, (s/d). Disponível em

<[http://www.repositorio.ufpe.br/bitstream/handle/123456789/4162/arquivo6336\\_1.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://www.repositorio.ufpe.br/bitstream/handle/123456789/4162/arquivo6336_1.pdf?sequence=1&isAllowed=y)> Acesso em 20 de dezembro de 2015.

DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

- DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- \_\_\_\_\_. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 2008.
- FRANCO, M. Currículo & emancipação. In SKLIAR, C. (org). *Atualidade da educação bilíngue para surdos*. Porto Alegre: Mediação, 1999.
- FRASER, Nancy. Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça numa era “pós-socialista”. In: *Cadernos do campo*. São Paulo, n. 14/15, p. 231-239, 2006.
- GALINDO, Bruno. *Teoria intercultural da constituição: a transformação do paradigma da constituição diante da integração interestatal na união europeia e no mercosul*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- GOFFMAN, Erving. *Estigma – notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*. São Paulo: LTC, 2013.
- \_\_\_\_\_. *Ritual de interação: ensaios sobre o comportamento face a face*. São Paulo: Editora Vozes, 2011.
- GOMES, Luiz Flávio. *Comentários à convenção americana sobre direitos humanos: pacto de san José da Costa Rica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- GOMÉZ, Patricia Cuenca. Sobre la inclusión de la discapacidad en la teoría de los derechos humanos. In: *Revista de estudios políticos (nueva época)*. Núm. 158, octubre-diciembre, pp. 103-137, 2012.
- HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Dp&A, 2006.
- HOBBS, Thomas. *Do cidadão*. São Paulo: Martin Claret, 2006.
- HOLANDA, Sérgio Buarque. *Raízes do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- HONNETH, Axel. *Luta pelo reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. São Paulo: Editora 34, 2003.
- HUNT, Lynn. *A invenção dos direitos humanos: uma história*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.
- LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.
- LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão; LEITE, Glauco Salomão; VALENÇA FERRAZ, Carolina (orgs.). *Manual dos direitos das pessoas com deficiência*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la contituición*. Barcelona: Publicaciones del seminario de derecho político de la universidad de Barcelona, 1979.
- LULKIN, Sergio Andrés. O Silêncio Disciplinado: a invenção dos surdos a partir das representações ouvintes. **Repositório digital Lume (UFRGS)** Dissertação de Mestrado - Programa de Pós-graduação e Educação, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2000. Disponível em Disponível em <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/83551/000270785pdf?sequence=1>> Acesso em 14 de setembro de 2015.
- MADRUGA, Sidney. *Pessoas com deficiência e direitos humanos: ótica da diferença e ações afirmativas*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a. 46 n. 181 jan./mar. 2009, pp. 113-139.
- MERCIER, Pascal. *Trem noturno para Lisboa*. Rio de Janeiro: Record, 2013.
- MÉSZARÓS, István. *A educação para além do capital*. São Paulo: Boitempo, 2008.
- MOORE, Stephen. *Social Welfare Alive!* United Kingdom: Stanley Thornes, 2002.

- MORIN, Edgar. *A cabeça bem-feita: repensar a reforma e reformar o pensamento*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2014.
- NEVES, Marcelo. *Entre têmis e leviatã: uma difícil relação*. São Paulo: Martins Fontes, 2012.
- \_\_\_\_\_. *A constitucionalização simbólica*. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- NOBRE, Marcos. *Lukács e os limites da reificação: um estudo sobre história e consciência de classe*. São Paulo: Editora 34, 2001.
- NUSBAUM, Martha. *Fronteiras da justiça: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie*. São Paulo: Martins Fontes, 2013.
- PACHECO, José. *Inclusão não rima com solidão*. Rio de Janeiro: Wak Editora, 2012.
- PADILHA, Anna Maria Lunardi; OLIVEIRA, Ivone Martins. *Educação para todos: as muitas faces da inclusão escolar*. São Paulo: Papirus, 2013.
- PERLIN, Gladis. Identidades surdas. In: SKLIAR, Carlos (org.). *A surdez: um olhar sobre as diferenças*. Porto Alegre: Mediação, 2001. p. 51-73.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- \_\_\_\_\_. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- RAMOS, André de Carvalho. Supremo tribunal federal brasileiro e o controle de convencionalidade: levando a sério os tratados de direitos humanos. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. Volume 104, jan./dez. 2009, pp. 241-286.
- RAWLS, John. *Justiça e democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- \_\_\_\_\_. *Uma teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- RESENDE, Ana Paula Crosara; VITAL, Flávia Maria de Paiva. *A convenção sobre direitos das pessoas com deficiência comentada*. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2008.
- RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- RODRIGUES, Leo Peixoto; NEVES, Fabrício Monteiro. *Niklas Luhmann: A sociedade como sistema*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2012.
- SANTANA, Ana Paula. *Surdez e linguagem – aspectos e implicações neolinguísticas*, São Paulo: Plexus, 2007.
- SASSAKI, Romeu Kazumi. Vida independente: história, movimento, liderança, conceito, reabilitação, emprego e terminologia. In: *Revista Nacional de Reabilitação*. (s/n). (s/e). São Paulo: 2003, pp. 1210-1245.
- SAUSSURE, Ferdinand de. *Curso de linguística geral*. São Paulo: Cultrix, 1979.
- SCHMIDTZ, David. *Os elementos da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- SEN, Amartya. *Sobre Ética e Economia*. São Paulo: Companhia das Letras. 1999.
- \_\_\_\_\_. *A ideia de justiça*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.
- SKLIAR, Carlos. A invenção e a exclusão da alteridade deficiente a partir dos significados na normalidade. In: *Educação e Realidade*. Porto Alegre, v. 24, n 2, jul./dez. 1999, pp.15-32.
- SMITH, Adam. *A riqueza das nações: investigação sobre sua natureza e suas causas*. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1996.
- SOUZA, Jessé. *A construção social da subcidadania: para uma sociologia política de modernidade periférica*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012.
- STRAPAZZON, Carlos Luiz; RENCK, Maria Helena Pinheiro. Direitos humanos fundamentais das pessoas com deficiência: the capability approach in *Revista da AJURIS*. V. 41. nº 33.Mar-2014. pp. 157-183, 2014.
- STROBEL, Karin. *As imagens do outro sobre a cultura surda*. Florianópolis: Editora UFSC, 2009.

- STROBEL, Karin; FERNANDES, S. *Aspectos linguísticos da língua brasileira de sinais*. Curitiba: SEED/SUED/DEE. 1998.
- TAVARES, Raquel. *Direitos Humanos - De onde vêm, o que são e para que servem?* Brasília: Imprensa Nacional, 2012.
- TAYLOR, Charles. *As fontes do self: construção da identidade moderna*. São Paulo: Edições Loyola, 2013.
- TEIXEIRA, João Paulo Allain. Direito e política na teoria dos sistemas. *In: Sociedade, direito e decisão em Niklas Luhmann: Congresso internacional em homenagem a Cláudio Souto*. Recife, (s/v), (s/n), 2009, pp. 313-324. Disponível em <[https://www.ufpe.br/moinhojuridico/images/documentos/moinho\\_luhmann.pdf](https://www.ufpe.br/moinhojuridico/images/documentos/moinho_luhmann.pdf)>. Acesso em 15 de dezembro de 2015.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- ZAIDAN FILHO, Michel. *Manicômio Judiciário*, 2015. Disponível em: <<http://www.pt.org.br/michel-zaidan-manicomio-judiciario>> Acesso em 15 de dezembro de 2015.
- WACQUANT, Loic. *Esclarecer o habitus*. 2004. Disponível em: <[http://sociology.berkeley.edu/faculty/wacquant/wacquant\\_pdf/ESCLARECEROHABITUS](http://sociology.berkeley.edu/faculty/wacquant/wacquant_pdf/ESCLARECEROHABITUS)>. Acesso em: 16 de julho 2015.