

Interesse Público IP

Revista Bimestral de Direito Público


Presidente do Conselho Editorial

Prof. Juarez Freitas

Nesta edição (destaques):

- Direito individual e difuso
- Pessoas com deficiência e o direito à educação inclusiva
- Trabalho escravo, direitos humanos e exclusão social
- Uso do decreto autônomo
- Lei nº 12.732/12 e as dificuldades sobre tratamento de ciber-cr
- Fintech
- Alíquotas progressivas em contribuição previdenciária de servidores públicos
- A expressão “rendimentos pagos, a qualquer título” e sua interpretação
- Flexivação do princípio da sistematicidade
- Parâmetros éticos no direito da inovação transdisciplinar

2017

 **Fórum**
CONHECIMENTO JURÍDICO

106

© 2017 Editora Fórum Ltda.
 Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive por meio de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luis Cláudio Rodrigues Ferreira
 Presidente e Editor

Coordenador editorial: Leonardo Araújo
 Pesquisa Jurídica: Ezo Lacerda Júnior – OAB/GO 37488
 Ana Paula de Almeida Queiroz

Darlan Anonim de Abreu – OAB/GO 47.432

Editora Fórum Ltda.
 Av. Afonso Pena, 2770 - 15º andar - Savassi - Belo Horizonte - MG - Brasil
 CEP 30130-012
 Tel.: 0800 704 3737
 www.editoraforum.com.br
 E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Os acórdãos estampados na íntegra correspondem às cópias obtidas junto aos respectivos tribunais ou se originam de publicações de seus julgados.

Impressa no Brasil / Printed in Brazil
 Distribuída em todo o território nacional

R454	Interesse Público - IP - ano 9, n. 43, (maio/ jun. 2007) - Belo Horizonte: Fórum, 2007.- Bimestral ISSN 1676-8701	Publicada do ano 1, n. 1, jan./mar. 1999 ao n. 42, mar./abr. 2007 pela Editora Noadez, Porto Alegre. 1. Direito Público. 2. Direito Administrativo. 3. Direito Tributário. I. Fórum. CDD: 341 CDU: 342
------	---	---

Repositório autorizado de Jurisprudência
 Supremo Tribunal Federal: nº 28/00
 Superior Tribunal de Justiça: nº 44/00
 Tribunais Regionais Federais da 1ª e 2ª Regiões

Esta revista está catalogada em:
 • Base RVLB (Rede Virtual de Bibliotecas - Congresso Nacional)
 • Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)

Interesse Público



Colaboradores

- Ada Pellegrini Grinover
 Adão Sérgio do Nascimento Cassiano
 Adilson Abreu Dallari
 Adilson José de Oliveira
 Adirceio de Moraes Ferreira Júnior
 Adriana da Costa Ricardo Schier
 Adriano Mauano
 Adriano Sant'Ana Pereira
 Afonso de Aragão Peixoto Fortuna
 Afonso Guilherme Berger Filho
 Alcides da Fonseca Sampaio
 Aljondra Montiel Alvarez
 Alessandra Okuma
 Alex Assis de Mendonça
 Alex Cavalcante Alves
 Alexandre Aboud
 Alexandre Burmann Pereira
 Alexandre Coutinho Pagliarini
 Alexandre de Castro Nogueira
 Alexandre D. Faraco
 Alexandre Figueiredo Morato
 Alexandre Marcel Simões
 Alexandre Pasqualini
 Alexandre Pinheiro dos Santos
 Alexandre Rodrigues Oliveira Signorelli
 Alexandre Santos de Aragão
 Alexandre Schubert Cuneo
 Alexandre Zampogno
 Alice Gonzalez Borges
 Alice Mourzinto Barbosa
 Alisson José Maia Melo
 Alvaro de Oliveira
 Alzeroni Martins Ribeiro de Brito
 Amir José Finocchiaro Sarti
 Ana Carla Billaerente
 Ana Lucia Ikenaga Wanerke
 Ana Lúcia Xavier Siqueira
 Ana Lúcia Soares de Carvalho
 Ana Maria Janovik
 Ana Maria Moreira Marchesan
 Ana Paula Cardoso de Paula Patrani
 Ana Paula Coimbra Rodrigues
 Ana Paula de Barcellos
 Ana Paula Martins Albuquerque
 Ana Teresa Ribeiro da Sibeira
 Anderson Sarti Ana Pedra
 Anderson Verchinski Teixeira
 André Evangelista de Souza
 André Janikomo Rosillo
 André L. Borges Netto
 André Luiz Carvalho Estrela
 André Rosillo
 André Saddy
 Andréia Cristiane Sales Moreira
 Andreea Carla Veras Lins
 Andreea Teichmann Vizzotto
 Andreas Joachim Kriel
 Andrei Plien Veloso
 Angélica Cassia Costalheiro
 Angélica Petlan
 Angelo Braga Neto Rodrigues de Melo
 Antônio Augusto Mayer dos Santos
 Antônio Carlos Cintra do Amaral
 Antônio Carlos Flores de Moraes
 Antônio Carlos Machado Volkweis
 Antônio Joaquim Moraes Rodrigues Neto
 Antonio López Diaz
 Antônio Zeltner da Silva Junior
 Ariane Sherman
 Arovaldo dos Santos
 Armando João Pein
 Armando Moutinho Pein
 Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy
 Arno Werlang
 Arthur Moura de Souza
 Augusto Durán Martínez
 Augusto Franke Dahinen
 Aurílio Riatanga Seixas Filho
 Ayrton de Mendonça Teixeira
 Bartolomé Borba
 Benjamin Zymer
 Bernardo de Souza
 Bernardo Franke Dahinen
 Betina Trenger Gruppmacher
 Bruno Lacerda Cardoso
 Bruno José Ricci Boaventura
 Bruno Martins da Costa Silva
 Bruno Mendes Lorenzello
 Caio de Souza Loureiro
 Calisto Salomão Filho
 Cain Pedriger
 Carla Arruda Gomes
 Carlo Arturo Basílico
 Carlos Alberto Bencke
 Carlos Araújo Leonetti
 Carlos Ari Sundfeld
 Carlos Ayres Britto
 Carlos César Sousa Cintra
 Carlos E. Delpiazzo
 Carlos Eduardo Bergamini Cunha
 Carlos Eduardo Dieder Reverbél
 Carlos Eduardo Lustrata da Costa
 Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz
 Carlos Figueiredo Mourão
 Carlos Konder
 Carlos Málio da Silva Veloso
 Carlos Maurício Figueiredo
 Carlos Roberto Siqueira Castro
 Carlos Thompson Flores
 Carolina Zancaner Zockun
 Cass R. Sunstein
 Cassiana Alvim Carvalho
 Cassio Casagrande
 Cassyra L. Vuolo
 Célio Antônio Bandeira de Melo
 Cesar A. Guimarães Pereira
 César Augusto Hülbsendeger
 Cesar Brito
 Cesar Miola
 Christianne de Carvalho Stroppa
 Christopher Forsyth
 Cibele Fernandes Dias
 Cibele Garzaotiz Léger
 Cintia Esteliana Fernandes
 Cintia Schmidt
 Cirló Augusto Vargas
 Ciro Cardoso Bastiello Borges
 Claiton Renato Macedo Marques
 Cláudia Fernanda de Oliveira Pereira
 Cláudia Honorio
 Cláudio Grande Júnior
 Cláudio Renato Madureira
 Cláudio Pereira de Souza Neto
 Cleber Demetrio Oliveira da Silva
 Cláudia Aparecida Naponuceno
 Cleuson Meftim Cleve
 Cleuzo Santos Nunes
 Cleuter Barbosa das Neves
 Clóvis Bezanos
 Cristiana Fortini
 Cristiane Calafina Fagundes de Oliveira
 Cristiane da Costa Nery
 D'Albenbert Arthemus Alves dos Santos
 Darlan Charabje Cohen
 Damaris Ferreira
 Daniel Barile da Silveira
 Daniel Castanha de Freitas
 Daniel Machado da Rocha
 Daniel Silva Passos
 Daniel Uchôa Costa Couto
 Daniel Wunder Hachem
 Daniela Campos Libório Di Sarno
 Daniela Zago Gonçalves da Cândia
 Daniel A. C. Leite Faquim
 Daniele Rusci Campos
 Darli Maritins Vargas
 Debora de Carvalho Bepistola
 Debora Guimarães Togni
 Demian Guardes
 Demostenes Ties Albuquerque
 Denise Lucena Cavalcante
 Denise Schmitt Siqueira Garcia
 Diego Franzoni
 Diego Marin-Barnuero
 Dimas Macedo
 Dinorá Adelaide Musetti Grotti
 Diogenes Gasparini
 Diogo de Figueiredo Moreira Neto
 Diogo Duarte Barbosa
 Diogo Roberto Rimgenberg
 Diane Ferreira Santos
 Direcu Rodolfo de Melo Junior
 Djilana Antonio Molier Garcia
 Dominique Rousseau
 Doris T. Pinto Cordeiro de Miranda
 Coutinho
 Douglas Fischer
 Draeton Gonzaga de Souza
 Eddla Karina Gomes Pereira
 Ederson Sarin Porto
 Edgar Guimarães
 Edilberto Carlos Pontes Lima
 Edison Pereira Nobre Junior
 Edmar Vanni Marques Daudt
 Edmilson Nodesschini
 Eduardo Cambi

PRIEUR, Michel. Politiques du paysage: contribution au bien-être des citoyens européens et au développement durable: approches sociale, économique, culturelle et écologique. In: DEUXIEME CONFERENCE DES ETATS CONTRACTANTS ET SIGNATAIRES DE LA CONVENTION EUROPEENNE DU PAYSAGE. *Rapport...*. Strasbourg: Conseil de l'Europe, Palais de l'Europe, 2002.

PROJET de loi autorisant l'approbation de la convention européenne du paysage. *Sérial*. Disponível em: <https://www.senat.fr/rpj/104-361/104-361_mono.html>. Acesso em: 21 maio 2017.

ROMI, Raphaël. *Droit de l'environnement*. 9. ed. Issy-les-Moulineaux: LGDJ, 2016.

ROUSSO, Anny. Le droit du paysage: un nouveau droit pour une nouvelle politique. *Courrier de l'environnement de l'INRA*, n. 26, 2.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

MACHADO, Paulo Afonso Leme. A paisagem como direito individual e difuso. *Interesse Público* – JP, Belo Horizonte, ano 19, n. 106, p. 15-32, nov./dez. 2017.

Recebido em: 15.09.2017

Aprovado em: 24.11.2017

O direito à educação inclusiva de pessoas com deficiência em estabelecimentos de ensino particulares: análise à luz da Lei nº 13.146/2015 e da ADI nº 5.357-MC

Carlos Nelson Konder

Professor Adjunto do Departamento de Direito Civil da UERJ. Professor do Departamento de Direito da PUC-Rio. Doutor e Mestre em Direito Civil pela UERJ. Especialista em Direito Civil pela Università di Camerino (Itália).

Resumo: O presente artigo visa analisar o impacto das inovações trazidas pela Lei nº 13.146/2015, conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência ou Lei Brasileira de Inclusão, no que tange ao direito à educação inclusiva. Mais especificamente, aborda a controvérsia acerca da constitucionalidade da imposição de medidas a serem tomadas por estabelecimentos de ensino privados, como forma de garantir a eficácia de direitos fundamentais entre particulares, objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.357-MC, julgada pelo Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave: Educação inclusiva. Direito à educação. Pessoa com deficiência. Direitos fundamentais.

Sumário: Introdução – 1 A educação de pessoas com deficiência – 2 O direito à educação inclusiva no Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD) – 3 O alcance da educação inclusiva e o mínimo existencial – 4 A controvérsia por trás da ADI nº 5.357-MC – 5 As teorias e a prática da eficácia horizontal dos direitos fundamentais – 6 Os argumentos do julgamento e os critérios de ponderação – Conclusão – Referências

Introdução

A Lei nº 13.146/2015, conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência ou Lei Brasileira de Inclusão, teve enorme impacto sobre diversos ramos do ordenamento brasileiro, gerando acessos debates nas mais diversas searas. Aquela que mais rapidamente alcançou o Judiciário se deu no âmbito do direito à educação, objeto de inúmeras medidas voltadas a assegurar às pessoas com deficiência um sistema educacional efetivamente inclusivo. Essas medidas, naturalmente, envolvem custos, os quais foram expressamente alocados pela lei não apenas ao Poder Público, mas também aos estabelecimentos de ensino particulares. A constitucionalidade da imposição dessas medidas e seus ônus às pessoas jurídicas de direito privado foram objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.357-MC, que foi julgada improcedente pelo Supremo Tribunal Federal, em um debate envolvendo a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. O presente artigo visa analisar o impacto da inovação legislativa e

o embate argumentativo por trás do julgamento, bem como suas repercussões sobre a interpretação e aplicação dos dispositivos da lei.

1 A educação de pessoas com deficiência

De modo geral, a Constituição da República de 1988 (CR) assegurou em diversos pontos o direito à educação, e o Supremo Tribunal Federal por diversas vezes reconheceu a fundamentalidade desse direito, ao menos do ponto de vista teórico, como analisado em doutrina (BARCELLOS, 2011). Manifesto, nessa linha, o “senso comum ou consenso geral a respeito da importância do direito à educação para consolidação da dignidade e desenvolvimento do ser humano” (HERMANY; DIAS, 2013, p. 174). Da mesma forma, no plano internacional, esse consenso sobre a importância do direito à educação se traduziu em diversos instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos, dos quais o Brasil é signatário, entre os quais se costuma destacar a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, de 1948, a Carta Internacional Americana de Garantias Sociais de 1948, a Declaração dos Direitos da Criança de 1959, a Convenção contra a Discriminação no Campo do Ensino de 1960, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos Sociais e Culturais de 1966, o Protocolo de San Salvador de 1988, a Declaração Mundial de Educação para Todos de 1994 e a Declaração de Salamanca de 1994 (OLIVEIRA, 2014).

Entretanto, cumpre observar que, neste ponto específico, novamente a “Constituição cidadã” foi pioneira, pois pela primeira vez fez expressa menção (art. 208, III) ao direito à educação de pessoas com deficiência: “atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino” (GÔES, 2009, p. 13). Além da referência expressa à educação das pessoas com deficiência, o texto constitucional traz ainda a preferência da inclusão nas escolas regulares, apresentando a linha mestra do sistema educacional inclusivo que veio a ser incorporado pelo EPD. Ao referir ao atendimento educacional especializado (AEE), em lugar das escolas e classes especiais, o constituinte indicou a prioridade da escolarização na escola comum, em que pese reconhecer-se que, definir “como viria a ser o AEE era uma resposta ainda a ser construída” (TANNIÚS-VALADÃO; MENDES, 2016, p. 860). Antes disso, somente a legislação inferior, como a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (nº 4.024/61) recomendava que a educação das pessoas com deficiência deveria “quando possível, enquadrar-se no sistema geral de educação” (GÔES, 2009, p. 14).

Após a Constituição, a Declaração de Salamanca, de 1994, é considerada um marco no sentido de assegurar a educação para todos (NASCIMENTO; GIROTO, 2016). De fato, a ela associa-se o termo “educação inclusiva” sob uma perspectiva que preconiza uma escola que garanta a aprendizagem de todos com base na diversidade como condição humana, e refere-se:

não só às pessoas com necessidades educacionais especiais, mas também às minorias étnicas e linguísticas, às culturas nômades, enfim, a todos os que estão fora da escola, já que faz referência a alunos oriundos de grupos ou zonas desfavorecidos ou marginalizados. (GÔES, 2009, p. 35)

Entre nós, contudo, somente em 2008 houve movimento da Administração Pública no sentido de reorganizar o sistema educacional brasileiro para que a educação especial assumisse caráter complementar ao ensino regular, e o AEE tornar-se obrigatório e transversal a todas as modalidades de ensino (NASCIMENTO; GIROTO, 2016; GÔES, 2009).

A contraposição é clara frente aos paradigmas anteriores. Em primeiro lugar, ao velusto modelo da institucionalização, no qual se pretendia “a normatização das pessoas deficientes, ou seja, torná-las o mais próximas possível do padrão de vida das pessoas normais” (SOUZA, 2004, p. 43), e no qual as escolas especiais se justificam porque “a separação das crianças é considerada ação necessária e de caráter humanitário, proposto por uma pedagogia científica e racional”, guiado pelas “ideias de modernização e racionalização características do movimento industrial das sociedades capitalistas presentes nas propostas de organização educacional” (SANTOS, 2012, p. 143). Contudo, contrapõe-se mesmo ao modelo de integração, que, embora parta do pressuposto da igualdade de direitos, “tencionava mudanças no indivíduo com o objetivo declarado de torná-lo uma pessoa normal” (SOUZA, 2004, p. 45).

Essa posição ressoou definitivamente consolidada com a internalização da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, pelo Decreto nº 6.949/09, como se observa, no que tange à educação, pelo teor do seu art. 24, e que conduziu, no direito interno brasileiro, à elaboração do Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD).

2 O direito à educação inclusiva no Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD)

Inspirado na Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, que provocou “uma revolução copernicana” no tratamento das pessoas com deficiência, o EPD provocou uma “mudança paradigmática” no chamado direito protetivo (MENEZES, 2016, p. 34-35). O diploma legal trouxe transformações drásticas sobre conceitos tradicionais do direito, como as incapacidades civis, a validade dos negócios e a prescrição, as quais têm sido objeto de acessos debates. Mas algumas transformações igualmente profundas se deram sobre aspectos específicos dos direitos fundamentais.

Tendo em vista que a educação é um ponto central em qualquer tentativa de transformação social que se pretende duradoura e profunda, era inevitável que ela assumisse um papel de protagonista na sistemática do Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD) por meio do conceito de “educação inclusiva”. Nos termos da definição elaborada pelo grupo de trabalho designado pela Secretaria de Educação Especial do MEC, no âmbito da Política Nacional de Educação Especial na Perspectiva da Educação Inclusiva:

A educação inclusiva constitui um paradigma educacional fundamentado na concepção de direitos humanos, que conjuga igualdade e diferença como valores indissociáveis, e que avança em relação à ideia de equidade formal ao contextualizar as circunstâncias históricas da produção da exclusão dentro e fora da escola. (BRASIL, 2007, p. 1)

Inscrito no processo mais amplo de democratização da escola, voltado para universalização do acesso ao ensino, o sistema educacional inclusivo contrapõe-se a persistentes mecanismos de exclusão de indivíduos e grupos considerados fora dos padrões homogeneizadores da escola. De maneira ampla, as políticas inclusivas, inspiradas no direito à diferença, são indicadas como meios para empoderar indivíduos e grupos socialmente vulneráveis, em decorrência de questões de gênero, etnia, religião, deficiência, em respeito ao seu direito à diferença (PEREIRA, 2016). Funcionam, portanto, como estratégias voltadas para a universalização de direitos civis, políticos e sociais, não por meio dos insuficientes mecanismos generalizantes, mas por estratégias de focalização de direitos para determinados grupos marcados por uma diferença específica (CURY, 2005).

Passa-se, assim, no âmbito da educação, do paradigma tradicional de fixação de modelos ideais, normalização de perfis específicos de alunos e seleção dos eleitos para frequentar as escolas, para um modelo que precellua "as identidades como transitoriais e inacabadas, sendo que os alunos não devem ser reunidos e fixados em categorias que se definem por características arbitrariamente escolhidas" (SANTOS, 2012, p. 137). O modelo inclusivo parte do pressuposto de que as diferenças humanas são normais e que é o sistema de aprendizagem que deve se adaptar a elas, e não o aluno que deve moldar-se ao ritmo pré-concebido do sistema, de maneira que, em benefício de cada um e da sociedade,

todas as crianças devem aprender juntas, independentemente de qualquer diferença, sendo que as escolas devem reconhecer e responder às necessidades diversas de seus alunos, respeitando os diferentes ritmos de aprendizagem, garantindo uma educação de qualidade para todos. (SANTOS, 2012, p. 151)

Esse modelo foi consagrado no art. 27 do EPD:

Art. 27. A educação constitui direito da pessoa com deficiência, assegurados sistema educacional inclusivo 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. Parágrafo único. 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.

Nessa linha, a ideia-chave da educação inclusiva consiste em permitir o acesso, a participação e a aprendizagem dos alunos com deficiência, bem como daqueles com transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou

superdotação, nas próprias escolas regulares, com a orientação desses sistemas de ensino para promover respostas às necessidades educacionais especiais (BRASIL, 2007). Ou seja, no âmbito específico do EPD, isso se traduz na superação do entendimento de que somente a educação especial, organizada de forma paralela à educação comum, seria a forma mais apropriada para o atendimento a alunos que apresentavam deficiência, passando para a compreensão de que a educação especial integra a proposta pedagógica da escola regular (BRASIL, 2007). O atendimento educacional especializado, com a organização de recursos pedagógicos e de acessibilidade que eliminem as barreiras para a plena participação dos alunos, considerando suas necessidades específicas, deixa de ser substitutivo daquele realizado na sala de aula comum, assumindo um papel complementar da formação dos alunos, com vistas à autonomia e independência na escola e fora dela (BRASIL, 2007). Em termos práticos, pode demandar, de forma articulada com a proposta pedagógica do ensino comum, a disponibilização de programas de enriquecimento curricular, o ensino de linguagens e códigos específicos de comunicação e sinalização e tecnologia assistiva.

É necessário, contudo, sensibilidade na interpretação dos dispositivos trazidos sob esse paradigma da educação inclusiva, levando sempre em conta a necessidade de ponderação à luz das circunstâncias do caso concreto e o atendimento ao melhor interesse dos vulneráveis envolvidos. A proposta de inclusão sem as devidas adaptações poderia tornar-se opressiva ou mesmo um meio de maior segregação, se mantido o sistema competitivo entre os alunos, "em franca oposição à ideia de inclusão que é a de trazer benefícios para todos: para os deficientes e para os não deficientes" (SOUZA, 2004, p. 56). Na mesma linha, alerta-se em doughtina:

mataricar um aluno com deficiência em classe regular e deixar somente por conta do professor a administração de seu processo educativo é manter as condições de segregação do aluno com necessidades especiais e do fracasso do ensino, mascarados pelo índice quantitativo da matrícula. (ARANHA, 2004, p. 22)

A inserção dos alunos com deficiência nas escolas regulares deve ser feita de forma cuidadosa, "para movimentar a transformação da cultura e práticas vigentes" (ARANHA, 2004, p. 23).

Diante disso, não há como interpretar que o EPD aboliu as escolas especiais e que

qualquer outra forma de inserção da pessoa com deficiência na rede de ensino que não seja na escola regular inclusiva é incompatível não apenas com o texto constitucional, mas com o conjunto de declarações e convenções internacionais sobre direitos humanos. (XAVIER, 2016, p. 846)

Nesse sentido, afirma-se:

não parece correta a oposição que se tenta estabelecer entre a educação especial e a educação inclusiva, como se fossem situações mutuamente excludentes. São, acredita-se, situações complementares, onde a educação inclusiva deve ser vista como um estágio mais avançado e

aplicável apenas para uma parcela da população composta pelos portadores de deficiências, pois existem os casos limites em que só a educação especial é indicada. (SOUZA, 2004, p. 46)

Assim, parece que a interpretação mais compatível com o espírito do EPD é no sentido de promover o movimento de inclusão dos alunos com deficiência no sistema educacional regular, feitas as devidas adaptações do seu modelo para que o acolhimento desses alunos não se configure em nova forma de segregação, mas ressalvou a possibilidade da educação especial, quando pertinente. Assim, a partir da nova legislação, a regra é a inclusão da pessoa com deficiência na escola regular, a escola especial é exceção (XAVIER, 2016).

3 O alcance da educação inclusiva e o mínimo existencial

Os termos da nova legislação destacam, em diversos pontos, a amplitude do seu alcance. Ao determinar que a educação inclusiva deve ser oferecida “em todos os níveis”, bem como indicando a existência de efeitos em cada um desses níveis, aponta-se que ela não está restrita ao ensino fundamental, alcançando seus efeitos até o ensino superior. De outro lado, ao indicar que deve haver oferta de aprendizado inclusivo “ao longo de toda a vida”, o EPD revela que a modificação do sistema educacional não está restrita ao ensino infantil, abarcando também as modalidades de ensino voltadas para o público adulto. Trata-se de um corolário do reconhecimento do direito à educação como parte do chamado “mínimo existencial”,

já que influi diretamente na formação moral, científica e social das pessoas, deixando estas preparadas para além de se tornarem profissionais, trabalhadores, se tornarem cidadãos, que respeitem as normas básicas de conduta impostas no convívio comum, bem como demonstrem-se preocupados com bem estar de todos. (OLIVEIRA, 2014, p. 296)

Assim, no que tange especificamente aos alunos com deficiência, o mínimo existencial referente à educação manifesta-se, necessariamente, pela garantia de um sistema educacional inclusivo, já que o próprio constituinte indicou a inclusão como meio necessário e adequado para esse fim. Em conclusão:

a educação inclusiva para pessoas com deficiência é o meio de garantir a efetividade do direito à educação para esses indivíduos, para que possam atingir o pleno desenvolvimento de sua personalidade, afirmar sua autonomia e viabilizar sua participação na sociedade. (XAVIER, 2016, p. 846)

A caracterização da educação inclusiva como componente do mínimo existencial devido às pessoas com deficiência leva à constatação de que o direito à educação, nesses casos, abrange também todos os insumos materiais necessários à sua efetivação, tais como “programas suplementares de oferta de material escolar, transporte, saúde e alimentação”, já que

uma pessoa que não possua livros não poderá acompanhar as lições que lhe são ministradas; não possuindo recursos para custear o transporte, simplesmente não poderá comparecer à escola; estando doente, não poderá estudar e entrar em contato com outros estudantes; e,

ainda, sem alimentação não haverá como assimilar as mais convenientes lições. (GARCIA, 2006, p. 109)

Abarca ainda uma orientação para o intérprete consentânea com a tábua axiológica constitucional: a educação inclusiva dirige-se a permitir ao aluno 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”. Afasta-se, com isso, qualquer possibilidade hermenêutica de restringir a educação das pessoas com deficiência a uma visão utilitarista, de viés instrumentalizador e patrimonialista, segundo a qual o ensino se voltaria exclusivamente a capacitar a pessoa para sua inserção no mercado de trabalho. A educação inclusiva desina-se a permitir o livre desenvolvimento da personalidade, em consonância com o princípio maior da dignidade da pessoa humana (BARBOSA, 2016). Trata-se de uma clara opção por privilegiar uma orientação protetiva e humanista no sentido de reconhecer a vulnerabilidade dos sujeitos envolvidos e buscar sua tutela como um fim em si mesmo, e não um meio para atingir outros fins econômicos ou sociais. De fato, a educação desempenha um papel determinante na tutela de tais vulnerabilidades e a falta de um sistema de ensino adequado acenua essa suscetibilidade. Por exemplo, estudos indicam que pessoas com deficiência visual correm o risco de se infectarem com o vírus HIV em proporção duas vezes maior do que o restante da população, em razão especialmente da falta de políticas públicas de prevenção adaptadas às suas necessidades, o que “denota pouco respeito aos princípios éticos e epidemiológicos de saúde pública” (FRANCA, 2014, p. 130). A escolha do legislador, portanto, foi no sentido de arcar com os custos, ainda que maiores, de uma educação inclusiva de ampla abrangência, voltada para permitir o livre desenvolvimento da personalidade, distribuindo-os pelo restante da sociedade (BARBOSA, 2016).

Enfim, o dispositivo abarca ainda reflexos do direito à educação como um instrumento de defesa contra agressões e interferências, ao vedar qualquer forma de violência, negligência e discriminação. A violência no âmbito do sistema educacional seria a forma mais incisiva de agressão ao processo de inclusão, que pode dar-se de forma física ou verbal. Como é cediço, no ambiente educacional é infelizmente comum a propagação de formas de violência, como é exemplo a prática do *bullying*, combatida por meio da promulgação da Lei nº 13.185/2015. Sua incidência é corroborada pelo EPD, mas os mecanismos de coligação de tais formas de violência não estão a ela restritos, visto que deve ser feita uma interpretação ampliativa protetiva das normas cabíveis, em razão da vulnerabilidade dos envolvidos. Pela mesma razão, como já destacado, o processo de inclusão deve ser feito com sensibilidade e cuidado, de maneira a não agravar em lugar de combater os processos de exclusão e segregação existentes. A negligência, por sua vez, se caracterizará quando a exclusão for decorrente de omissão nas providências necessárias ao ensino inclusivo.

De fato, já foi identificado que, no âmbito educacional, os números relativos ao analfabetismo funcional tem como causa principal "a omissão ou a ineficiência da ação estatal na prestação dos serviços que os direitos garantidos pela Constituição demandam" e, especialmente no que tange ao atendimento educacional especializado, "parece muito pouco provável que os pais ou responsáveis de uma criança ou adolescente portadora de deficiência, dispendo de um serviço educacional adequado gratuito, deixe de utilizá-los" (BARCELLOS, 2011, p. 25-26). Enfim, a discriminação é mecanismo recorrente de exclusão e segregação, razão pela qual deve ser combatida pelo sistema educacional inclusivo em suas diversas manifestações, que, como identifica a própria Convenção:

significa qualquer diferenciação, exclusão ou restrição baseada em deficiência, com o propósito ou efeito de impedir ou impossibilitar o reconhecimento, o desfrute ou o exercício, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais nos âmbitos político, econômico, social, cultural, civil ou qualquer outro.

Assim, abarca também a chamada discriminação por impacto adverso, que

ocorre quando medidas públicas ou privadas que não são discriminatórias em sua origem nem estão imbuídas de intuito discriminatório, acabam por engajar manifesto prejuízo, normalmente em sua aplicação, a alguns grupos minoritários, cujas características físicas, psíquicas ou modos de vida escapam ao da generalidade das pessoas a quem as políticas se destinam. (MARTEL, 2011, p. 91-92)

O ponto mais controverso relativo ao alcance dos novos dispositivos, contudo, diz respeito à distribuição e coletivização dos esforços para implementar um sistema educacional inclusivo, já que eles foram determinados de forma ampla, de maneira a não restringir a responsabilidade pela sua efetivação ao Estado. Forte no princípio constitucional da solidariedade, que determina que "nos ajustes, mutuamente, a conservar a nossa humanidade porque a construção de uma sociedade livre, justa e solidária cabe a todos nós" (MORAES, 2010, p. 251), o dispositivo reconhece que é dever do Estado, da família, da comunidade escolar e da sociedade, criando uma responsabilidade coletiva pela implementação de um sistema educacional inclusivo. Mais especificamente, a abrangência subjetiva dessa responsabilidade atinge também as instituições de ensino particulares, como expressamente determina o art. 28, §1º, do EPD, cuja constitucionalidade foi objeto de questionamento no âmbito da ADI nº 5.357-MC.

4 A controvérsia por trás da ADI nº 5.357-MC

Como observado, o legislador entendeu, com inspiração no princípio constitucional da solidariedade e na eficácia dos direitos fundamentais entre particulares, que cumpria também às instituições de ensino privadas a satisfação do ônus de inclusão das pessoas com deficiência, internalizando o custo desse processo e distribuindo-o entre os demais estudantes. Assim, ao listar, no art. 28 do EPD, as diversas medidas a serem tomadas para a implementação de um

sistema de educação inclusiva, previu expressamente que a maioria delas devam ser adotadas também pelos estabelecimentos de ensino particulares.

As medidas podem ser agrupadas em seis grupos. Primeiro, medidas de caráter geral, como todas aquelas voltadas à maximização do desenvolvimento dos estudantes com deficiência nos diversos aspectos (inc. V) e a articulação intersetorial nas políticas públicas voltadas para o tema (inc. XVIII). Nesse grupo também podem ser alocados a própria implantação de um sistema educacional inclusivo, abrangendo todos os níveis de ensino e todas as idades, bem como o acesso, em igualdade de condições, ao ensino superior; profissional e técnico, indicado no inc. XIII e objeto específico do art. 30.

Segundo, as adaptações do sistema de ensino propriamente dito, como a implantação de serviços e recursos que eliminem barreiras à inclusão (inc. II), o apoio para os aspectos linguísticos, culturais, vocacionais e profissionais (inc. IX) e a implementação de projeto pedagógico e planejamento que incorpore o atendimento educacional especializado (AEE) e as adaptações razoáveis (incs. III e VII). Como observado, a orientação da educação inclusiva é que a educação especial deixe de ser substitutiva ao ensino regular e passe a funcionar como complementação, de forma transversal, bem como o uso de tecnologias assistivas que possam superar barreiras referentes às deficiências. É importante, contudo, perceber que esses mecanismos são instrumentos à inclusão do aluno com deficiência, e não fins em si mesmos, razão pela qual não exaurem as medidas de cuidado e atenção à vulnerabilidade do estudante, como tem sido relatado na priorização da "sala de recurso multifuncional", como uma espécie de "serviço tamanho único" (TANNUSVALADAO; MENDES, 2016, p. 864).

Terceiro, a formação de um corpo de profissionais habilitado para viabilizar esse processo de inclusão. Isso envolve a formação de professores (inc. X) e de outros profissionais, como tradutores e de apoio (inc. XI), além da eletiva oferta desses profissionais de apoio para viabilizar a inclusão (inc. XVII). De fato, como bem indicado em doutrina, "pensar o aluno com deficiência e seu processo de escolarização pressupõe pensar a formação docente e as ações que sustentam a prática" (MESSERSCHMIDT; CASTRO, 2016, p. 394).

Quarto, as modificações do conteúdo programático dos cursos, como mecanismo de inclusão coletiva e social entre os diversos alunos. Assim, o dispositivo prevê o ensino de libras, braile etc. para os estudantes (inc. XII), bem como a inclusão da deficiência como conteúdo programático dos cursos superiores (inc. XIV), como forma de conscientização e problematização.

Quinto, medidas referentes à vida comunitária no ambiente educacional, tais como a participação do estudante com deficiência, e de seus familiares, na comunidade escolar, de modo geral (inc. VIII), o seu acesso especificamente às atividades recreativas (inc. XV) e a adaptação do próprio ambiente escolar para garantir aos estudantes, e também aos profissionais e familiares com deficiência, condições de acessibilidade (inc. XVI).

Por último, identifica-se um sexto grupo de medidas, que são a oferta de educação bilíngue com línguas, nas escolas e classes próprias (inc. IV) e o estímulo à realização de pesquisas sobre o tema, especialmente para o desenvolvimento de tecnologia assistiva (inc. VI). Somente este último grupo de medidas é imposto exclusivamente ao Poder Público, todos os cinco grupos anteriores devem ser observados também pelos particulares.

Essa decisão do legislador, contudo, foi bastante controversa, ensejando o principal litígio judicial sobre o EPD até o momento, no qual se discutiu a constitucionalidade do §1º do art. 28 e do art. 30, *caput*, da Lei nº 13.146, de 6.7.2015, especialmente pela presença nels do adjetivo "privadas", ou seja, pela imposição do ônus de tais medidas a particulares:

No caso, a parte autora (Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino – Contenen) alegava, em síntese, que a opção do legislador afrontava o respeito à propriedade privada e sua função social, a restrição do dever de educar e de atender ao portador de necessidade especial ao Estado e à família, a liberdade de aprender e de ensinar, o pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, a coexistência de instituições públicas e privadas e a liberdade de ensino à livre iniciativa, todos reputados normas constitucionais. Aduzia que o EPD não constitui norma geral da educação nacional e que a escola particular não funciona sob o regime de concessão ou delegação, razão pela qual não poderia o Estado desvincular-se de obrigação constitucional que lhe é exclusiva, já que a propriedade privada das instituições de ensino já satisfazia sua função social e seria injusto e oneroso a todos integrantes da coletividade reparar os custos específicos e diferenciados com as previsões ao atendimento de toda e qualquer deficiência. Sustentou que as medidas teriam um impacto desastuoso nas atividades de ensino particular, pois não se poderia prever o custo de sua efetivação, já que não se tinha como estimar quantos alunos com deficiência e quais as naturezas e graus das necessidades a serem atendidas para propiciar sua inclusão, tornando impossível o planejamento pedagógico e financeiro à livre iniciativa.

Observa-se, portanto, que o cerne da controvérsia está na possibilidade de alegação de um direito fundamental em face de outro particular, hipótese especialmente delicada por se tratar de um direito social, de caráter prestacional (direito à educação), impondo ao particular um dever de conduta. O tema vem sendo objeto de exame doutrinário bastante rico.

5 As teorias e a prática da eficácia horizontal dos direitos fundamentais

O rico embate, no direito alemão, entre as diversas teorias acerca da eficácia dos direitos fundamentais entre particulares foi absorvido entre nós principalmente como um debate sobre a forma de se estabelecer essa aplicação: possivelmente pelos diversos exemplos na nossa história de opressão perpetrada por "poderes privados" – como nas relações entre consumidor e fornecedor,

empregador e empregado, marido e mulher, pais e filhos – sempre foi razoavelmente pacífica a ideia do respeito aos princípios constitucionais também nas relações privadas (SARMENTO, 2004). De toda sorte, as teorias têm o condão de revelar distintas perspectivas acerca da intensidade que o fato de se tratar de uma relação entre particulares, em que ambos são titulares de direitos fundamentais, pode implicar no resultado do processo hermenêutico (ALEXY, 1997).

Em um rápido panorama, a doutrina da *state action* é considerada a mais úmida entre as teorias, já que restringe a aplicação a duas hipóteses excepcionais: o exercício de função típica do Estado (atividades que entram na materialmente exercício de função pública) ou circunstâncias em conexão ou com implicação estatal, de maneira a permitir vincular a conduta privada a uma ação estatal (PEREIRA, 2003). No caso em exame, percebe-se essa orientação na alegação de que os estabelecimentos de ensino particulares não funcionam sob o regime de concessão ou delegação e, assim, não desempenhariam função pública que justificasse que se lhes impusesse essas obrigações.

A segunda teoria que costuma ser destacada traz uma visão intermediária, pela qual os direitos fundamentais são valores que devem ser fortemente considerados na interpretação do direito privado, mas não são direta e imediatamente aplicáveis para a solução de conflitos interprivados (MENDES, 1998). Assim, a criação de direitos subjetivos invocáveis por um particular frente ao outro exigiria uma atuação complementar, seja do legislador, ao criar normas específicas inspiradas nos direitos fundamentais, seja do juiz, ao interpretar com- ceitos e cláusulas gerais de direito privado (BILBAO UBILLOS, 2003). Em uma vertente específica, os direitos fundamentais importam ao Poder Público deveres de proteção, cabendo-lhe assegurar que não fossem violados nas relações privadas (CANARIS, 2003). Não haveria, portanto, obstáculo maior à aplicação ao caso em exame, já que a mediação pelo legislador foi feita ao promulgar o EPD, prevendo expressamente aos particulares o dever de respeitar os direitos relativos à educação inclusiva.

Enfim, a terceira teoria defende a eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, em atendimento à unidade do sistema jurídico (SARLET, 2000). Crítica recorrente a essa teoria reside na ameaça trazida aos espaços de autonomia privada e à propriedade privada, como se observa no caso em exame. Em doutrina, por outro lado, destaca-se que a autonomia privada não fica desprotegida, só é colocada no mesmo plano dos demais bens jurídicos fundamentais, a ser ponderada levando em conta se há mínimas condições materiais de liberdade, o que é obstado pela desigualdade entre as partes (SARMENTO, 2004).

Ao final, é amplamente reconhecido pelas diversas vertentes doutrinárias dedicadas ao tema que se trata menos de um traço distintivo único das relações privadas frente às públicas e mais um reconhecimento de que o processo hermenêutico deve ser sensível às peculiaridades do caso concreto, de modo que os problemas acabam por serem resolvidos pela técnica da ponderação. Trata-se,

assim, de um sopesamento, em cada caso, dos aspectos da realidade em exame que justificam certo equilíbrio entre os direitos fundamentais invocados por cada parte. Este foi o procedimento adotado no julgamento da ADI nº 5.357-MC, como se depreende de uma análise de sua fundamentação.

6 Os argumentos do julgamento e os critérios de ponderação

Na linha do debate teórico traçado, observa-se que, no julgamento da ADI nº 5.357-MC, todos os julgadores admitiram a compatibilidade da orientação do EPD, neste ponto, com a Constituição da República, com base no que o Ministro Lewandowski relatou ser a "convicção, não só nos pretórios do País, mas também nos meios acadêmicos, de que os direitos fundamentais, a sua eficácia, esparramam-se, cada vez mais, para o âmbito das relações privadas".

Um dos argumentos mais determinantes, que se depreende tanto do parecer ministerial como dos votos dos julgadores, foi de que a inclusão dos alunos com deficiência no ambiente do ensino regular é fator da mais alta importância para a educação dos alunos sem deficiência, de modo a propiciar a oportunidade de conhecer a realidade e a riqueza da experiência com pessoas distintas. O relator observou que "essa atuação não apenas diz respeito à inclusão das pessoas com deficiência, mas também, em perspectiva inversa, releve-se ao direito de todos os demais cidadãos ao acesso a uma arena democrática plural". A Ministra Rosa Weber destacou que muitas das mazelas contemporâneas decorrentes de "intolerância, de ódio, de competição, de desrespeito, de sentimento de superioridade em relação ao outro" talvez tivessem sido evitadas se presente a oportunidade de maior convivência com a diferença em um modelo educacional inclusivo. Na linha de uma educação não voltada exclusivamente para a preparação para o mercado de trabalho, mas para o livre desenvolvimento da personalidade, abordada nos comentários ao artigo anterior, destacou o Ministro Teori Zavaski:

uma escola que se preocupa em ir mais além da questão econômica, em preparar seus alunos para a vida, deve, na verdade, encetar a presença de crianças com deficiência como uma especial oportunidade de apresentar a todas as crianças, principalmente às que não têm deficiências, uma lição fundamental de humanidade, um modo de convivência sem exclusões, sem discriminações, num ambiente de solidariedade e fraternidade.

Foram rechaçados, igualmente, os argumentos relativos à função social da propriedade, que se reputou corroborar e não vulnerar a opção do legislador, e aos efeitos econômicos das medidas. O relator afirmou não ser possível "sucumbir a argumentos fatalistas que permitam uma captura da Constituição e do mundo jurídico por supostos argumentos econômicos que, em realidade, se circunscrevem ao campo retórico", já que apresentados sem "sério e prévio levantamento". A Ministra Rosa Weber, igualmente, afirmou:

a vida em coletividade pressupõe a diluição dos gastos necessários à concretização do bem comum, notadamente em se tratando de despesas imprescindíveis à realização de um direito fundamental como é o direito à educação. Assim, os custos efetuados com bens e serviços

necessários à implementação de ambiente acessível e de qualidade para todas as pessoas devem ser incorporados aos custos totais das escolas.

Entretanto, o entendimento não foi unânime. O Ministro Gilmar Mendes, embora não tenha divergido do relator para afirmar que a lei seria inconstitucional, fez questão que constasse, *obiter dictum*, que deveria o legislador ter programado uma transição entre o modelo antigo e o desejado, sob pena de se tornar uma legislação simbólica, porque não cuida da modelagem da execução, "ao fim e ao cabo, não se realiza, não se efetiva". O Ministro Marco Aurélio foi além, no sentido de acolher parcialmente o pedido:

para estabelecer-se que é constitucional a interpretação dos artigos atacados no que concernem planejamento quanto à iniciativa privada, sendo inconstitucional – daí a interpretação conforme à Carta da República sem redução do texto – a que leve a ter-se como obrigatórias as múltiplas providências, numa reavaliação integral.

Seu fundamento foi entender que são muitas as providências a serem tomadas pelos particulares, afirmando:

não se faz miágrig no campo econômico-financeiro, e não pode o Estado cumprir com o chapéu alheio; não pode o Estado, se é que vivemos sob a proteção de uma Constituição democrática, compelir a iniciativa privada a fazer o que ele não faz, porque, quanto à educação, a obrigação principal é dele.

Realmente, cumpre reconhecer que, a despeito da longa *vacatio legis*, o EPD impôs diversas medidas de grande custo econômico e operacional aos particulares em termos de adaptação. Em que pese a decisão do STF pacificar a constitucionalidade do dispositivo legal, ainda deve haver controvérsia sobre a interpretação dos seus termos e como dar-lhes eficácia adequada, em um processo que deve desenvolver-se ao longo dos próximos anos. Nesse sentido, a manifestação do Ministério Público Federal no processo é especialmente esclarecedora:

O processo de inclusão de todos os alunos não é simples nem indolor. Sabe-se que nem todos os professores estão tecnicamente capacitados a enfrentar todas as complexas situações que essa realidade pode gerar. É próprio da experiência humana, contudo, anteopor aos indivíduos situações nas quais precisam usar sua sensibilidade e inteligência. No caso de educadores – essa atividade humana tão relevante e sublime –, sua vocação e seus recursos humanísticos os auxiliarão no desafio, ainda que com ocasionais dificuldades. Nem toda a comunidade escolar saberá lidar com o respeito, a solidariedade e a empatia desejáveis, mas o processo educacional inclusivo tem em vista não só os alunos com deficiência, senão os demais e todos os envolvidos nesse processo. A maioria deles, com ou sem deficiência, entretanto, será muito com esse convívio, em benefício da coletividade e da realização dos objetivos constitucionais.

Contribui significativamente para trazer ponderação e sensibilidade a esse processo, com o vagar necessário para não transformar a inclusão em uma nova forma de segregação, mas com a firmeza exigida para não redundar a lei em letra morta, o conceito de "adaptação razoável", de que faz uso o EPD e que é definido pela Convenção como

as modificações e os ajustes necessários e adequados que não acarretem ônus desproporcional ou indevido, quando requeridos em cada caso, a fim de assegurar que as pessoas com deficiência possam gozar ou exercer, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, todos os direitos humanos e liberdades fundamentais.

Como se explica em doutrina, é um conceito que normalmente destina-se a excepcionar um ato normativo geral, ou regras gerais de entes particulares, acomodando-os às necessidades de uma pessoa, na singularidade dos obstáculos que um corpo ou uma mente enfrentam. Portanto, é um espaço no qual o órgão judicialmente poderá ser chamado a atuar sem problemas marcantes, seja pela ausência de previsões na senta legislativa ou na administrativa, seja exatamente para excepcionar os enunciados gerais oriundos dessas funções estatais. (MARTEL, 2011, p. 104)

Prossigue a autora, esclarecendo quando a adaptação demandada deixará de ser razoável, constituindo exigência de um ônus indevido:

a defesa à adaptação razoável é o ônus indevido. Em essência, o ônus será indevido quando: (g.1) adotar uma adaptação obliterar exageradamente o objetivo da medida geral, ensejando riscos à segurança, saúde, bem-estar etc.; (g.2) no balanceamento de custos e benefícios, a adaptação mostrar-se desnecessariamente custosa. Fica-se que a análise de custos e benefícios não se restringe aos elementos econômicos, nem se esgota nos sujeitos ativo e passivo especificamente implicados. (MARTEL, 2011, p. 108)

Assim, sempre que houver controvérsia sobre a extensão e o alcance das medidas a serem tomadas, deve ser estabelecido um cuidadoso juízo de ponderação para avaliar a razoabilidade da adaptação e o cabimento do ônus que ela impõe.

Conclusão

As reflexões até aqui traçadas são indicativas de que a positivação, em termos bastante específicos, de um direito à educação inclusiva das pessoas com deficiência por meio do EPD foi uma enorme conquista, não apenas no que tange à tutela desses sujeitos, mas também em nome da construção de uma sociedade mais volada à convivência com a diferença, em claro atendimento ao objetivo constitucional de construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Os imperativos de proteção de sujeitos vulneráveis e construção de um ambiente educacional de socialização, que crie condições para que os educandos se habituem desde cedo à convivência com a diferença, claramente foram fatores determinantes na ponderação que levou o Supremo Tribunal Federal a reputar constitucional a imposição de medidas de integração também aos estabelecimentos de ensino particulares.

Cumprir reconhecer, todavia, como é destacado pelos especialistas e foi ressaltado pelos próprios julgadores, que isso se trata de um ponto de partida, não de um ponto de chegada. A inovação legislativa não faz tábua rasa do contexto social a que se destina, nem deve ensejar medidas imponderadas, que pretendam transformações da noite para o dia, as quais trariam mais dano

do que benefício a todos os envolvidos. A ponderação dos interesses em jogo é necessária, como aliás é próprio de qualquer forma de eficácia de direitos fundamentais entre particulares. O EPD instaura um novo paradigma em termos de direito à educação inclusiva, cuja construção deve dar-se paulatinamente, guiado por postulados de razoabilidade e proporcionalidade, materializados na lógica da adaptação razoável.

The right to inclusive education of people with disabilities in private educational institutions: analysis in the light of Law n. 13.146/2015 and ADI n° 5.357-MC

Abstract: The present article aims to analyze the impact of the innovations brought by Law n. 13.146/2015, known as the Individuals with Disabilities Act or the Brazilian Inclusion Law, regarding the right to inclusive education. More specifically, it addresses the controversy over the constitutionality of the imposition of measures to be taken by private educational institutions, as a way of guaranteeing the effectiveness of fundamental rights among individuals, object of the ADI n° 5.357-MC, judged by the Brazilian Supreme Court (STF).

Keywords: Inclusive education. Right to education. Individuals with disabilities. Fundamental rights.

Referências

- ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- ARANHA, M. S. F. Educação inclusiva: transformação social ou retórica. In: OMOTE, Sadao (Org.). *Inclusão: intenção e realidade*. Marília: Fundepe, 2004.
- BARBOSA, Fernanda Nunes. Democracia e participação: o direito da pessoa com deficiência à educação e sua inclusão nas instituições de ensino superior. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (Org.). *Direito das pessoas com deficiência: pesquisa e intelectual nas relações jurídicas*. Rio de Janeiro: Proceso, 2016.
- BARBOZA, Heloisa Helena. Vulnerabilidade e cuidado: aspectos jurídicos. In: PEREIRA, T. S.; OLIVEIRA, G. (Coord.). *Cuidado e vulnerabilidade*. São Paulo: Atlas, 2009.
- BARCELLOS, Ana Paula de. O direito à educação e o STF. In: SAKMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. Disponível em: <<https://goo.gl/LqVbrO>>. Acesso em: 9 jan. 2017.
- BILBAO UBILLOS, Juan María. *¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?* In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- BRASIL. MEC/SEESP. *Política Nacional de Educação Especial na Perspectiva da Educação Inclusiva* – Documento elaborado pelo Grupo de Trabalho nomeado pela Portaria

- Ministerial nº 555, de 5 de junho de 2007, prorrogada pela Portaria nº 948, de 09 de outubro de 2007. Disponível em: <https://goo.gl/W5W1P8S>. Acesso em: 9 jan. 2017.
- CANARIIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- CURY, Carlos Roberto Jamil. Políticas inclusivas e compensatórias na educação básica. *Cadernos de Pesquisa*, v. 35, n. 124, p. 11-32, jan./abr. 2005.
- FRANÇA, Dalva Nazaré Ornelas. Direitos sexuais, políticas públicas e educação sexual no discurso de pessoas com cegueira. *Revista Brasileira*, v. 22, n. 1, p. 126-133, 2014.
- GARCIA, E. O direito à educação e suas perspectivas de efetividade. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 383, p. 83-112, 2006.
- GÓES, Ricardo Schers de. *O direito à educação: um estudo sobre as políticas de educação especial no Brasil (1974/2008)*. Dissertação (Mestrado) – PUC-SP, São Paulo, 2009.
- HERMANY, Ricardo; DIAS, Felipe da Veiga. O direito social à educação para crianças e adolescentes no plano municipal: desafios constitucionais para concretização dos direitos fundamentais por meio das políticas públicas. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, n. 57, p. 165-179, 2013.
- MARTEL, Leifcia de Campos Velho. Adaptação razoável: o novo conceito sob as lentes de uma gramática constitucional inclusiva. *SUR*, v. 8, n. 14, p. 89-113, jun. 2011.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais: eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas: análise da jurisprudência da Corte Constitucional alemã. In: MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. São Paulo: IBDC, 1998.
- MENEZES, Joyceane Bezerra de. Tomada de decisão apoiada: instrumento de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pela lei brasileira de inclusão (Lei nº 13.146/2015). *Revista Brasileira de Direito Civil – RBD/Civil*, v. 9, p. 31-57, jul./set. 2016.
- MESSERSCHMIDT, Danieli Wajss; CASTRO, Sabrina Fernandes de. Docência com alunos com deficiência na universidade. *JORSEN – Journal of Research in Special Educational Needs*, v. 16, n. s1, p. 394-398, 2016.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.
- NASCIMENTO, Beatriz Aparecida Barboza dos; GIROTO, Claudia Regina Mosca. Inclusão e educação infantil no Brasil. *JORSEN – Journal of Research in Special Educational Needs*, v. 16, n. s1, p. 608-613, 2016.
- OLIVEIRA, Edmundo Alves. Políticas públicas sociais: ações afirmativas como instrumento jurídico para concretização da igualdade e o acesso à educação. *Nucleus*, v. 11, n. 1, p. 221-243, abr. 2014.

- PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, L. R. (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- PEREIRA, Michelle Melina Gleica Del Pino Nicolau. Direito à educação: meninas com deficiência. *JORSEN – Journal of Research in Special Educational Needs*, v. 16, n. s1, p. 389-393, 2016.
- SANTOS, Sonia Regina dos. Políticas educacionais, educação inclusiva e direitos humanos. *Lex Humana*, Petrópolis, v. 4, n. 2, p. 135-156, 2012.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- SOUZA, José Carlos Cardoso. *Um dilema da formação jurídica: o papel das escolas de Direito frente às questões da inclusão*. Dissertação (Mestrado) – Unesp, Marília, 2004.
- TANNÚS-VALADÃO, Gabriela; MENDES, Enicéia Gonsalves. Políticas educacionais brasileiras sobre AEE. *JORSEN – Journal of Research in Special Educational Needs*, v. 16, n. s1, p. 860-864, 2016.
- XAVIER, Beatriz Rego. Direito da pessoa autista à educação inclusiva. A incidência do princípio da solidariedade no ordenamento jurídico brasileiro. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (Org.). *Direito das pessoas com deficiência jurídica e intelectual nas relações privadas*. Rio de Janeiro: Processo, 2016.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

KONDER, Carlos Nelson. O direito à educação inclusiva de pessoas com deficiência em estabelecimentos de ensino particulares: análise à luz da Lei nº 13.146/2015 e da ADI nº 5.357-MC. *Interesse Público – JP*, Belo Horizonte, ano 19, n. 106, p. 33-49, nov./dez. 2017.

Recebido em: 30.06.2017

Aprovado em: 01.12.2017