

*Raquel Bellini Salles
Aline Araújo Passos
Juliana Gomes Lage
(Organizadoras)*

**DIREITO, VULNERABILIDADE
E PESSOA COM DEFICIÊNCIA**

EDITORA
PROCESSO
Rio de Janeiro
2019

**NÚCLEO DE DIREITOS
DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA**

Editora Processo
Tels: (21) 3128-5531 / (21) 3889-8181 / (21) 2209-0401

www.editoraprocesso.com.br
www.catalivros.com.br
Distribuição exclusiva da Catalivros Distribuidora Comércio Ltda ME

Copyright © 2019 Raquel Bellini Salles, Aline Araújo Passos, Juliana Gomes Lage

Todos os direitos reservados.

Conselho Editorial

Maria Célia Bodin de Moraes (*Presidente*)
Luiz Edson Fachin
Ana Carolina Brochado Teixeira
Ana Fração
Antônio Augusto Cançado Trindade
Antônio Celso Alves Pereira
Caitlin Sampiao Mulholland
Carla Adriana Comitre Gibertoni
Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho
Cleyson de Moraes Melo
Eneas de Oliveira Matos
Eugênio Facchini Neto
Fernando de Almeida Pedroso
Helio do Vale Pereira
Joyceane Bezerra de Menezes
Marco Aurélio Lagrega Casamasso
Marco Aurélio Perí Guedes
Marcos Eihhardt Jr.
Maria Cristina De Cicco
Mariana Pinto
Marrônio Mont' Alverne Barreto Lima
Maurício Moreira Menezes
Melhim Naimen Chalhoub
Ricardo Calderón
Sergio Campinho
Zeno Veloso

Formatação: Mariana Carvalho

CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

D346s SALLÉS, Raquel Bellini, Aline Araújo Passos, Juliana Gomes Lage
Direito, vulnerabilidade e pessoa com deficiência / Raquel Bellini Salles,
Aline Araújo Passos, Juliana Gomes Lage. - Rio de Janeiro: Processo, 2019

757. ; 23cm. ISBN 978-85-93741-47-0

1. Direito da pessoa com deficiência 2. Brasil. I. Título.

CDD 343.810922

Proibida a reprodução (Lei 9,610/98)
Impresso no Brasil
Printed in Brazil

APRESENTAÇÃO e AGRADECIMENTOS

A presente obra é fruto das atividades desenvolvidas desde 2017 pelo Núcleo de Direitos das Pessoas com Deficiência, projeto de extensão da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, sob nossa coordenação. Reúne trabalhos apresentados no Seminário “Direito, Vulnerabilidade e Pessoa com Deficiência”, realizado em abril de 2018, que contou com a participação de professores e alunos de diversas instituições de ensino e áreas do conhecimento, representantes de órgãos públicos e entidades privadas, bem como com pessoas com deficiência e suas famílias, e teve como objetivo a difusão de informação, conhecimento e discussão sobre as principais mudanças determinadas pela Convenção das Nações Unidas de 2007 e pela Lei Brasileira de Inclusão de 2015. Agregaram-se ao conjunto, também, diversas outras contribuições de estudiosos do tema.

A obra está dividida em oito capítulos, sistematizados conforme a afinidade temática entre os vinte e cinco trabalhos que a compõem, os quais enfrentam, em perspectiva interdisciplinar, os principais desafios para a efetivação dos direitos das pessoas com deficiência, favorecendo o diálogo profícuo entre o Direito e outras áreas, entra elas as de Comunicação, Jornalismo, Letras, Educação e Arquitetura. A ampla temática da vulnerabilidade permeia, em alguma medida, todos os trabalhos, que apontam conquistas, dificuldades, desafios e caminhos a trilhar para a construção de uma sociedade verdadeiramente inclusiva.

Uma obra de dimensão tão relevante como esta jamais teria sido concretizada sem o engajamento de todos os envolvidos neste projeto acadêmico, igualmente comprometidos com o propósito de mobilizar concretas transformações sociais em prol da dignidade da pessoa humana e da diversidade. Registramos, assim, nossa gratidão a cada um dos autores, que dedicaram suas pesquisas, suas reflexões e seu tempo para, de algum modo, poderem fazer diferença no mundo em que vivemos. A

COASE, R. H. (1937). The nature of the firm. In: WILLIAMSON, O. & WINTER, S. (eds.) (1991). The nature of the firm: origin, evolution and development. Oxford: Oxford University Press.

COELHO, Fábio Ulhoa. Manual de direito comercial: direito de empresa, 28. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MADRUGA, Sidney. Pessoas com deficiência e direitos humanos. São Paulo: Saraiva, 2016.

MENDONÇA, Bruna de Lima. Proteção, liberdade e responsabilidade: uma interpretação axiológico-sistemática da (in)capacidade de agir e da instituição curatela. In: BARBOZA, Heloisa Helena; MENDONÇA, Bruna de Lima; ALMEIDA, Vitor (Coord.). O Código Civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência. Rio de Janeiro: Processo, 2017.

MENEZES, Joyceane Bezerra de; CAMINHA, Uinie. Revista de Direito Econômico e Socioambiental, Curitiba, v. 8, n. 2, p.411-442, maio/ago. 2017. doi: 10.7213/rev.dir.econ.soc.v8i2.16652.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A Caminho de um Direito Civil Constitucional. Revista Estado, Direito e Sociedade, vol. 1, PUC-Rio, 1991.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. v. 1. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TARTUCE, Flávio. Direito civil: lei de introdução e parte geral. 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016.

TOMAZETTE, Marlon. Curso de Direito Empresarial - Teoria Geral e Direito Societário. Vol. 1. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

O DIREITO À EDUCAÇÃO INCLUSIVA DE PESSOAS COM DEFICIÊNCIA EM ESTABELECIMENTOS DE ENSINO PARTICULARES: ANÁLISE À LUZ DA LEI N. 13.146/2015 E DA ADI 5357-MC

Carlos Nelson Konder¹

Sumário: 1. Introdução; 2. A educação de pessoas com deficiência; 3. O direito à educação inclusiva no Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD); 4. O alcance da educação inclusiva e o mínimo existencial; 5. A controvérsia por trás da ADI 5357-MC; 6. As teorias e a prática da eficácia horizontal dos direitos fundamentais; 7. Os argumentos do julgamento e os critérios de ponderação; 8. Conclusão; Referências.

1. Introdução

A Lei n. 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. Aquele 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 para o Poder Público, mas também aos estabelecimentos de ensino particulares. A constitucionalidade da imposição dessas medidas e seus ônus às pessoas jurídicas de direito privado foi objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5357-MC, que foi julgada improcedente pelo

¹ 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).

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.

2. 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 fundamentabilidade desse direito, ao menos do ponto de vista teórico, como analisado em doutrina.² Manifestou, 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”.³ 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 1994.⁴

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”.⁵ 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”.⁶ Antes disso, somente a legislação inferior, como a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (n. 4024/61) recomendava que a educação das pessoas com deficiência deveria “quando possível, enquadrar-se no sistema geral de educação”.⁷

Após a Constituição, a Declaração de Salamanca, de 1994, é considerada um marco no sentido de assegurar a educação para todos.⁸ 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, refere-se “não

⁴ 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, abr. 2014, p. 234.

⁵ GOES, Ricardo Schers de. O direito à educação: um estudo sobre as políticas de educação especial no Brasil (1974/2008). Dissertação. São Paulo: PUC-SP, 2009, p. 13.

⁶ TANNÚS-VALADÃO, Gabriela; MENDES, Enicéia Gonsalves. JORSEN - *Journal of Research in Special Educational Needs*, vol. 16, n. s1, 2016, p. 860.

⁷ GOES, Ricardo Schers de. O direito à educação: um estudo sobre as políticas de educação especial no Brasil (1974/2008). Dissertação. São Paulo: PUC-SP, 2009, p. 14.

⁸ NASCIMENTO, Beatriz Aparecida Barboza do; GIROTO, Claudia Regina Mosca. Inclusão e educação infantil no Brasil. *JORSEN - Journal of Research in Special Educational Needs*, vol. 16, n. s1, 2016, p. 608.

² BARCELLOS, Ana Paula de. O direito à educação e o STF. In: SARMENTO, 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 09 jan. 2017, p. 9.

³ 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*, n. 57, Curitiba, 2013, p. 174.

só às pessoas com necessidades educativas 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”.⁹ 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.¹⁰

A contraposição é clara frente aos paradigmas anteriores. Em primeiro lugar, ao vetusto modelo da institucionalização, no qual se pretendia “a normalização das pessoas deficientes, ou seja, torná-las o mais próximas possível do padrão de vida das pessoas normais”,¹¹ 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”.¹² 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”.¹³

⁹ GÔES, Ricardo Schers de. *O direito à educação: um estudo sobre as políticas de educação especial no Brasil (1974/2008)*. Dissertação. São Paulo: PUC-SP, 2009, p. 35.

¹⁰ NASCIMENTO, Beatriz Aparecida Barboza do; GIROTO, Claudia Regina Mosca. *Inclusão e educação infantil no Brasil*. JORSEN - Journal of Research in Special Educational Needs, vol. 16, n. 1, 2016, p. 608; GÔES, Ricardo Schers de. *O direito à educação: um estudo sobre as políticas de educação especial no Brasil (1974/2008)*. Dissertação. São Paulo: PUC-SP, 2009, p. 28.

¹¹ SOUZA, José Carlos Cardoso. *Um dilema da formação jurídica: o papel das escolas de Direito frente às questões da inclusão*. Dissertação. Marília: UNESP, 2004, p. 43.

¹² SANTOS, Sonia Regina dos. *Políticas educacionais, educação inclusiva e direitos humanos*. *Lex humana*, v. 4, n. 2. Petrópolis: 2012, p. 143.

¹³ SOUZA, José Carlos Cardoso. *Um dilema da formação jurídica: o papel das escolas de Direito frente às questões da inclusão*. Dissertação. Marília: UNESP, 2004, p. 45.

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

3. 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.¹⁴ 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 acesos 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:

¹⁴ 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 n. 13.146/2015)*. *Revista Brasileira de direito civil – RBDCivil*, vol. 9, jul/set. 2016, p. 34-35.

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.¹⁵

Inserido 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 das questões de gênero, etnia, religião, deficiência, em respeito ao seu direito à diferença.¹⁶ 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.¹⁷

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 preceitua “as identidades como transitórias e inacabadas, sendo que os alunos não devem ser reunidos e fixados em categorias que se definem

por características arbitrariamente escolhidas”.¹⁸ 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 preconcebido 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”.¹⁹

Esse modelo foi consagrado no artigo 27 do EPP:

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

¹⁵ 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/W5SWP8S>>, acesso em 09 jan. 2017, p. 1.

¹⁶ PEREIRA, Michelle Melina Gleicia Del Pino Nicolau. Direito a educação: meninas com deficiência. JORSEN - *Journal of Research in Special Educational Needs*, vol. 16, n. sl, 2016, p. 390.

¹⁷ CURY, Carlos Roberto Jamil. Políticas inclusivas e compensatórias na educação básica. *Cadernos de Pesquisa*, v. 35, n. 124, jan./abr. 2005, p. 14-15.

¹⁸ SANTOS, Sonia Regina dos. Políticas educacionais, educação inclusiva e direitos humanos. *Lex humana*, v. 4, n. 2. Petrópolis: 2012, p. 137.

¹⁹ SANTOS, Sonia Regina dos. Políticas educacionais, educação inclusiva e direitos humanos. *Lex humana*, v. 4, n. 2. Petrópolis: 2012, p. 151.

promover respostas às necessidades educacionais especiais.²⁰ 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 de alunos que apresentavam deficiência, passando para a compreensão de que a educação especial integra a proposta pedagógica da escola regular.²¹ 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.²² 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

²⁰ 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/W5WPR8S>>, acesso em 09 jan. 2017, p. 8.

²¹ 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/W5WPR8S>>, acesso em 09 jan. 2017, p. 8-9.

²² 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/W5WPR8S>>, acesso em 09 jan. 2017, p. 10.

tomar-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”.²³ Na mesma linha, alerta-se em doutrina que “matricular 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”.²⁴ A inserção dos alunos com deficiência nas escolas regulares deve ser feita de forma cuidadosa, “para movimentar a transformação da cultura e práticas vigentes”.²⁵

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”.²⁶ Nesse sentido, afirma-se que “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

²³ SOLUZA, José Carlos Cardoso. Um dilema da formação jurídica: o papel das escolas de Direito frente às questões da inclusão. Dissertação. Marília: UNESP, 2004, p. 56.

²⁴ ARANHA, M.S.F.. Educação Inclusiva: Transformação Social ou Retórica. In: OMOTE, Sadao (org.). Inclusão: intenção e realidade. Marília (SP): FUNDEPE, 2004, p. 22.

²⁵ ARANHA, M.S.F.. Educação Inclusiva: Transformação Social ou Retórica. In: OMOTE, Sadao (org.). Inclusão: intenção e realidade. Marília (SP): FUNDEPE, 2004, p. 23.

²⁶ 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 psíquica e intelectual nas relações privadas. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 846.

em que só a educação especial é indicada”.²⁷ 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.²⁸

4. 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

demonstrarem-se preocupados com bem-estar de todos”.²⁹ 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”.³⁰

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 comezinhas lições”.³¹

Abarca ainda uma orientação para o intérprete consentânea com a tábua axiológica constitucional: a educação inclusiva dirige-se a permitir ao aluno com deficiência “a alcançar o máximo desenvolvimento possível de seus talentos e habilidades físicas, sensoriais, intelectuais e sociais, segundo suas características, interesses

²⁷ SOUZA, José Carlos Cardoso. Um dilema da formação jurídica: o papel das escolas de Direito frente às questões da inclusão. Dissertação. Marília: UNESP, 2004, p. 46.

²⁸ 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 psíquica e intelectual nas relações privadas*. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 846/847.

²⁹ 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, abr. 2014, p. 236.

³⁰ 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 psíquica e intelectual nas relações privadas*. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 846.

³¹ GARCIA, E.. O direito à educação e suas perspectivas de efetividade. *Revista Forense*, v. 383. Rio de Janeiro: 2006, p. 109.

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 destina-se a permitir o livre desenvolvimento da personalidade, em consonância com o princípio maior da dignidade da pessoa humana.³² Trata-se de uma clara opção por privilegiar uma orientação protética 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 acentua 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 as suas necessidades, o que “denota pouco respeito aos princípios éticos e epidemiológicos de saúde pública”.³³ 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.³⁴

Enfim, o dispositivo abarca ainda reflexos do direito à educação como um instrumento de defesa contra agressões e interferências, ao

³² 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 psíquica e intelectual nas relações privadas*. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 819.

³³ FRANÇA, Dalva Nazaré Ornelas. Direitos sexuais, políticas públicas e educação sexual no discurso de pessoas com cegueira. *Revista bioética*, vol. 22, n. 1, 2014, p. 130.

³⁴ 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 psíquica e intelectual nas relações privadas*. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 830.

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 n. 13.185/2015. Sua incidência é corroborada pelo EPD, mas os mecanismos de colibção de tais formas de violência não estão a ela restritos, visto que deve ser feita uma interpretação ampliativa protética 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”.³⁵ Enfim, a discriminação é mecanismo recorrente de exclusão e segregação, razão pela qual deve ser combatido 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

³⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. O direito à educação e o STF. In: SARMENTO, 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/LqVnO>, acesso em 09 jan. 2017, p. 25-26.

e liberdades fundamentais nos âmbitos político, económico, 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 ensejar 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”.³⁶

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 ajudemos, mutuamente, a conservar a nossa humanidade porque a construção de uma sociedade livre, justa e solidária cabe a todos nós”³⁷, 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 subjéctiva dessa responsabilidade atinge também as instituições de ensino particulares, como expressamente determina o artigo 28, §1º, do EPD, cuja constitucionalidade foi objeto de questionamento no âmbito da ADI 5357-MC.

5. A controvérsia por trás da ADI 5357-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 artigo 28 do EPD, as diversas medidas a serem tomadas para a implementação de um sistema de educação inclusiva, previu expressamente que a grande maioria delas devem ser adotadas também pelos estabelecimentos de ensino particulares.

As medidas podem ser agrupadas em seis grupos. Primeiro, medidas de carácter geral, como todas aquelas voltadas à maximização do desenvolvimento dos estudantes com deficiência nos diversos aspectos (inciso V) e a articulação intersectorial nas políticas públicas voltadas para o tema (inciso XVIII). Nesse grupo também podem ser alocadas 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 inciso XIII e objeto específico do artigo 30.

Segundo, as adaptações do sistema de ensino propriamente dito, como a implantação de serviços e recursos que eliminem barreiras à inclusão (inciso II), o apoio para os aspectos linguísticos, culturais, vocacionais e profissionais (inciso IX) e a implementação de projeto pedagógico e planeamento que incorpore o atendimento educacional especializado (AEE) e as adaptações razoáveis (incisos 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”.³⁸

³⁶ MARTEL, Leícia de Campos Velho. Adaptação razoável: o novo conceito sob as lentes de uma gramática constitucional inclusiva. SUR, v. 8, n. 14, jun. 2011, p. 91-92.

³⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade. Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 251.

³⁸ TANNÚS-VALADÃO, Gabriela; MENDES, Enicéia Gonsalves. JORSEN - Journal of Research in Special Educational Needs, vol. 16, n. 1, 2016, p. 864.

Terceiro, a formação de um corpo de profissionais habilitado para viabilizar esse processo de inclusão. Isso envolve a formação de professores (inciso X) e de outros profissionais, como tradutores e de apoio (inciso XI), além da efetiva oferta desses profissionais de apoio para viabilizar a inclusão (inciso 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”.³⁹

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 (inciso XII), bem como a inclusão da deficiência como conteúdo programático dos cursos superiores (inciso 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 (inciso VIII), o seu acesso especificamente às atividades recreativas (inciso XV) e a adaptação do próprio ambiente escolar para garantir aos e estudantes, e também aos profissionais e familiares com deficiência, condições de acessibilidade (inciso XVI).

Por último, identifica-se um sexto grupo de medidas, x que são a oferta de educação bilingue com libras, nas escolas e classes próprias (inciso IV) e o estímulo à realização de pesquisas sobre o tema, especialmente para o desenvolvimento de tecnologia assistiva (inciso 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 artigo 28 e do artigo 30, caput, da Lei nº 13.146, de 06 de julho 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 – CONFENEN) 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 o 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 reparir os custos específicos e diferenciados com as previsões ao atendimento de toda e qualquer deficiência. Sustentou que as medidas teriam um impacto desastroso nas atividades de ensino particular, pois não poderiam prever o custo de sua efetivação, já que não tinham 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.

³⁹ MESSERSCHMIDT, Danieli Wayss; CASTRO, Sabrina Fernandes de. Docência com alunos com deficiência na universidade. *JORSEN - Journal of Research in Special Educational Needs*, vol. 16, n. 51, 2016, p. 394.

6. As teorias e a prática da eficácia horizontal dos direitos fundamentais

O rico embate, no direito alienígena, 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.⁴⁰ 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.⁴¹

Em um rápido panorama, a doutrina da *state action* é considerada a mais tímida entre as teorias, já que restringe a aplicação a duas hipóteses excepcionais: o exercício de função típica do Estado (atividades que entramham 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.⁴² 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

⁴⁰ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 281.

⁴¹ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1997, p. 511.

⁴² PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Aparentamentos 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, p. 175.

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.⁴³ 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 conceitos e cláusulas gerais de direito privado.⁴⁴ Em uma vertente específica, os direitos fundamentais importam ao Poder Público deveres de proteção, cabendo-lhe assegurar que não fossem violados nas relações privadas.⁴⁵ 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 a unidade do sistema jurídico.⁴⁶ 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

⁴³ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais: eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas: análise da jurisprudência da Corte Constitucional alemã. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. São Paulo: IBDC, 1998, p. 220.

⁴⁴ UBILLOS, Juan María Bilbao. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? SARLET, I. W. (org.). *Constitución, derechos fundamentales e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 309-315.

⁴⁵ CANARIS, 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, p. 236.

⁴⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais e Direito Privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil*. In SARLET, I. W. (org.). *A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2000, p. 121/123.

obstado pela desigualdade entre as partes.⁴⁷

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 um certo equilíbrio entre os direitos fundamentais invocados por cada parte. Este foi o procedimento adotado no julgamento da ADI 5357-MC, como se depreende de uma análise de sua fundamentação.

7. Os argumentos do julgamento e os critérios de ponderação

Na linha do debate teórico traçado, observa-se que, no julgamento da ADI 5357-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, espraiam-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, refere-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 volada 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 Zavascki que “uma escola que se preocupa em ir mais além da questão econômica, em preparar seus alunos para a vida, deve, na verdade, encarar 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 que: “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 tivesse programado uma transição entre o modelo antigo e o desejado, sob pena de se tornar uma legislação simbólica,

⁴⁷ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 283.

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 encerram planejamento quanto à iniciativa privada, sendo inconstitucional — daí a interpretação conforme a Carta da República sem redução do texto — a que leve a ter-se como obrigatórias as múltiplas providências, numa reviravolta incrível”. Seu fundamento foi entender que são muitas as providências a serem tomadas pelos particulares, afirmando que “não se faz milagre 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 precisem usar sua sensibilidade e inteligência. No caso de educadores — essa atividade humana tão relevante e sublimada —, sua vocação e seus recursos humanísticos os auxiliaram 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

368

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, enriquecer-se-á 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 judicante poderá ser chamado a atuar sem problemas marcantes, seja pela ausência de previsões na seara legislativa ou na administrativa, seja exatamente para excepcionar os enunciados gerais oriundos destas funções estatais”.⁴⁸ Prossegue 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 balancamento de custos e

⁴⁸ MARTEL, Letícia de Campos Velho. Adaptação razoável: o novo conceito sob as lentes de uma gramática constitucional inclusiva. SUR, v. 8, n. 14, jun. 2011, p. 104.

benefícios, a adaptação mostrar-se demasiadamente custosa. Frisa-se que a análise de custos e benefícios não se restringe aos elementos econômicos, nem se esgota nos sujeitos ativo e passivo especificamente implicados.⁴⁹

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.

8. 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 voltada 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.

Referências

- ALEXY, Robert. *Teoría 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 (SP): FUNDEPE, 2004, p. 37-60.
- 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 psíquica e intelectual nas relações privadas*. Rio de Janeiro: Proceso, 2016, p. 835-857.
- BARBOZA, Heloisa Helena. Vulnerabilidade e cuidado: aspectos jurídicos. *In* PEREIRA, T. S., OLIVEIRA, G. (coord.). *Cuidado e vulnerabilidade*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 106-118.
- BARCELLOS, Ana Paula de. O direito à educação e o STF. *In*: SARMENTO, 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 09 jan. 2017.
- 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/WSWP8S>>, acesso em 09 jan. 2017.

⁴⁹ MARTEL, Leticia de Campos Velho. Adaptação razoável: o novo conceito sob as lentes de uma gramática constitucional inclusiva. SUR, v. 8, n. 14, jun. 2011, p. 108.

- CANARIS, 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, p. 223-243.
- CURY, Carlos Roberto Jamil. Políticas inclusivas e compensatórias na educação básica. *Cadernos de Pesquisa*, v. 35, n. 124, jan./abr. 2005, p. 11-32.
- FRANÇA, Dalva Nazaré Ornelas. Direitos sexuais, políticas públicas e educação sexual no discurso de pessoas com cegueira. *Revista bioética*, vol. 22, n. 1, 2014, p. 126-133.
- GARCIA, E.. O direito à educação e suas perspectivas de efetividade. *Revista Forense*, v. 383. Rio de Janeiro: 2006, p. 83-112.
- GOÊS, Ricardo Schers de. *O direito à educação: um estudo sobre as políticas de educação especial no Brasil (1974/2008)*. Dissertação. São Paulo: PUC-SP, 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*, n. 57. Curitiba, 2013, p. 165-179.
- MARTEL, Letícia de Campos Velho. Adaptação razoável: o novo conceito sob as lentes de uma gramática constitucional inclusiva. *SUR*, v. 8, n. 14, jun. 2011, p. 89-113.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais: eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas: análise da jurisprudência da Corte Constitucional alemã. *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 n. 13.146/2015). *Revista brasileira de direito civil – RBD/Civil*, vol. 9, jul./set. 2016, p. 31-57.
- MESSERSCHMIDT, Danieli Wayss; CASTRO, Sabrina Fernandes de. Docência com alunos com deficiência na universidade. *JORSEN - Journal of Research in Special Educational Needs*, vol. 16, n. 1, 2016, p. 394-398.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade. Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 237-265.
- NASCIMENTO, Beatriz Aparecida Barboza do; GIROTO, Claudia Regina Mosca. Inclusão e educação infantil no Brasil. *JORSEN - Journal of Research in Special Educational Needs*, vol. 16, n. 1, 2016, p. 608-613.
- 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, abr. 2014, p. 221-243.
- PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Aparentamentos 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, p. 119-192.
- PEREIRA, Michelle Melina Gleicia Del Pino Nicolau. Direito a educação: meninas com deficiência. *JORSEN - Journal of Research in Special Educational Needs*, vol. 16, n. 1, 2016, p. 389-393.
- SANTOS, Sonia Regina dos. Políticas educacionais, educação inclusiva e direitos humanos. *Lex humana*, v. 4, n. 2. Petrópolis: 2012, p. 135-156.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e Direito Privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil. In SARLET, I. W. (org.). *A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2000, p. 107-163.
- 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. Marília: UNESP, 2004.

TANNÚS-VALADÃO, Gabriela; MENDES, Enicéia Gonsalves. JORSEN - *Journal of Research in Special Educational Needs*, vol. 16, n. s1, 2016, p. 860-864.

UBILLOS, Juan Maria Bilbao. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? SARLET, I. W. (org.). *Constitución, derechos fundamentales e derecho privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 299-338.

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 psíquica e intelectual nas relações privadas*. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 835-857.

O DIREITO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA À EDUCAÇÃO ASSEGURADO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL: AVANÇOS E DESAFIOS

*Elita Belania de Andrade Martins¹
Sandrelena da Silva Monteiro²*

Sumário: 1. Mobilização política e conquistas sociais das pessoas com deficiência; 2. O direito à educação na Constituição Federal de 1988 e em outros dispositivos legais; 3. Educação em uma perspectiva inclusiva: avanços e desafios; 4. Considerações finais; Referências.

1. Mobilização política e conquistas sociais das pessoas com deficiência

A conquista de visibilidade do reconhecimento como sujeitos de direito, das pessoas com deficiência é resultado de lutas sociais que se constituíram ao longo dos séculos.

Do extermínio consentido vivido nas Sociedades Antigas, passando pela cristianização e possibilidade de sobrevivência na Idade Média, à exclusão social, mas com possibilidade de integração na Modernidade, e, finalmente, o vislumbre de uma sociedade inclusiva na Atualidade, movimentos de lutas e resistências constituíram-se por mobilizações, estudos e pesquisas, superação e desconstrução de barreiras erguidas pelas próprias ações humanas que insistiam por situar a pessoa com deficiência em uma dimensão de menor valia.

¹ Doutora em Educação, Professora Adjunta da Faculdade de Educação/UFRJ.

² Doutora em Educação, Professora Adjunta da Faculdade de Educação/UFRJ.