

PESSOA COM DEFICIÊNCIA E A OBRIGAÇÃO DE INCLUIR NA EDUCAÇÃO: REFLEXOS DA DECISÃO NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N.º 5357 E A MARCA HISTÓRICA DO ACESSO À EDUCAÇÃO

PERSONS WITH DISABILITIES AND THE OBLIGATION TO INCLUDE IN EDUCATION: REFLECTIONS OF THE DECISION IN UNCONSTITUTIONALITY ACTION N° 5357 AND THE HISTORICAL BRAND IN ACCESS TO EDUCATION

Eliana Franco Neme¹
Luiz Alberto David Araújo²

RESUMO: Este artigo pretende apresentar os efeitos da decisão proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5357 apresentada perante o Supremo Tribunal Federal no processo de inclusão da pessoa com deficiência, deflagrado no Brasil a partir da edição da Constituição Federal de 1988. Nosso propósito é demonstrar que a trajetória da real inclusão social da pessoa com deficiência, originada pelo texto encontra óbices na interpretação da Constituição, em especial em relação à hierarquia dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos quando integrados ao sistema normativo brasileiro. Consignamos põem, que as divergências relacionadas à compreensão da real intenção de inclusão apresentada pelos criadores da Constituição foram superadas no caso que analisamos tanto pela modificação da Constituição como pela compreensão que o Supremo Tribunal Federal deu ao caso específico da ADIn n.º 5357, o que significou um marco importante para a utilização da educação como instrumento de real inclusão no modelo brasileiro.

¹ Doutora em Direito Constitucional. Professora da Universidade de São Paulo -USP - Faculdade de Direito de Ribeirão Preto na área de Direito Público com ênfase em direito Constitucional e Direitos Fundamentais. Professora do Centro Universitário de Bauru, no Centro de Pós Graduação em direito, Cursos de Mestrado e Doutorado incluídos na área de concentração: “Sistema Constitucional de Garantia de Direitos”. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2362753400624536>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-4429-404X>. E-mail: elianafranconeme@usp.br.

² Doutor e Livre Docente em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor Titular de Direito Constitucional da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Procurador Regional da República aposentado. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9804775062781884>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-2442-5970>. E-mail: E-mail: lada10@terra.com.br.

Palavras-chave: Educação; Inclusão; Tratados Internacionais.

ABSTRACT: This article intends to present the effects of the decision issued in the Direct Action of Unconstitutionality No. 5357 presented before the Federal Supreme Court in the process of inclusion of the disabled person, triggered in Brazil from the edition of the 1988 Federal Constitution. Our purpose is to demonstrate that the trajectory of the real social inclusion of people with disabilities, originated by the text finds obstacles in the interpretation of the Constitution, especially in relation to the hierarchy of international treaties for the protection of human rights when integrated into the Brazilian normative system. We consign that, the divergences related to the understanding of the real intention of inclusion presented by the creators of the Constitution were overcome in the case that we analyzed both by the modification of the Constitution and by the understanding that the Supreme Federal Court gave to the specific case of ADIn n° 5357, the which represented an important milestone for the use of education as an instrument of real inclusion in the Brazilian model.

Keywords: Education; Inclusion; International Treaties.

Sumário: 1. Introdução; 2. A Constituição da República Federativa do Brasil e os tratados internacionais: o prestígio dos tratados de direitos humanos no vértice da valorização da igualdade substancial; 3. A Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência e a inclusão no âmbito escolar; 4. A Ação Direta de Inconstitucionalidade 5357; 5. Considerações Finais; 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 consagra os valores mais importantes do sistema jurídico nacional e serve como fundamento de existência para todas as demais normas que aqui existem, razão pela qual seu conteúdo é de extrema relevância para o reconhecimento e defesa dos direitos humanos fundamentais.

Trouxe o texto constitucional uma série de direitos individuais e coletivos e deixou consignado que seu rol protetivo não seria taxativo, devendo ser acrescido de outros direitos que por força de tratados internacionais o Brasil viesse a adotar.

O status de incorporação de tais direitos no sistema nacional deixou de ser um problema quando a Constituição da República Federativa do Brasil foi alterada para permitir que documentos internacionais de Direitos Humanos pudessem ser recebidos pelo sistema interno, como equivalentes a uma emenda constitucional. Esse

movimento reconheceu a importância de documentos internacionais, integrando o país ao sistema de proteção de tais direitos.

Por enquanto, apenas dois instrumentos foram recebidos pelo sistema nessa qualidade. O primeiro deles, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência³. O segundo, também sobre o mesmo tema, o Tratado de Marraqueche⁴.

O objetivo do artigo é estudar os reflexos dessa privilegiada inclusão no sistema normativo, como fator determinante para a elaboração do Estatuto da Pessoa com Deficiência, também conhecida como Lei Brasileira da Inclusão da Pessoa com Deficiência⁵.

Referida lei cuidou de disciplinar diversos temas, incluindo o direito à educação. E o fez de forma clara e inequívoca, como será visto adiante.

Podemos afirmar que o Estatuto da Pessoa com Deficiência teve o condão de dar cumprimento às normas da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. E, sendo assim, tratou de modificar o sistema, aclarando a posição sobre o direito à inclusão social. E, ao fazer isso, determinou um comportamento mais efetivo pelo sistema educacional, em relação a grupos que deveriam ter sido incluídos (ou que já estavam incluídos e que precisariam continuar nessa condição).

³ Em 13 de dezembro de 2006, a Assembleia Geral da ONU adotou resolução que estabeleceu a Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência, com o objetivo de proteger e garantir o total e igual acesso a todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência, e promover o respeito à sua dignidade. A Convenção e seu Protocolo facultativo foram reconhecidos pelo Brasil e incorporados pelo Decreto Legislativo n.º 186 de 9 de julho de 2008 e pelo Decreto 6.949 de 25 de agosto de 2009 ao sistema normativo nacional.

⁴ O Decreto Legislativo n.º 261, de 25.11.2015 aprovou o texto do Tratado de Marraqueche para Facilitar o Acesso a Obras Publicadas às Pessoas Cegas, com Deficiência Visual ou com outras Dificuldades para Ter Acesso ao Texto Impresso, concluído no âmbito da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), celebrado em Marraqueche, em 28 de junho de 2013. Já o Decreto n.º 9.522, de 8.10.2018 promulgou o Tratado de Marraqueche para Facilitar o Acesso a Obras Publicadas às Pessoas Cegas, com Deficiência Visual ou com Outras Dificuldades para Ter Acesso ao Texto Impresso, firmado em Marraqueche, em 27 de junho de 2013.

⁵ O Estatuto da Pessoa com Deficiência regulamentado pelo Decreto 6.949 de 25 de agosto de 2009 trouxe verdadeira mutação constitucional. De fato, a Constituição utiliza a terminologia “pessoa portadora de deficiência” que acabou sendo superada pela nova dicção do estatuto “pessoa com deficiência” sem que houvesse modificação formal no texto constitucional.

O artigo, portanto, vai procurar mostrar, em linguagem pouco técnica, mas acessível, que efeitos práticos no sistema educacional foram implementados pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência e pela decisão do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5357.

Que efeitos a decisão histórica do Supremo Tribunal Federal produziu e que mudanças foram exigidas das Instituições de Ensino em relação a tal decisão? Por que, afinal, foi histórica e impactou as presentes e futuras gerações? Quais os efeitos para o sistema de ensino brasileiro, produziu a decisão com caráter vinculante da ADI 5357? Que comandos devem ser implementados para dar cumprimento ao decidido?

2. A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL E OS TRATADOS INTERNACIONAIS: O PRESTÍGIO DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS NO VÉRTICE DA VALORIZAÇÃO DA IGUALDADE SUBSTANCIAL

A Constituição do Brasil dava aos tratados uma importância bastante grande. No entanto, salvo alguns autores, eles não se encaixavam no sistema normativo, mesmo depois de aprovados pelo Congresso Nacional, com a força normativa de uma emenda à Constituição. Isso foi alterado com a Emenda Constitucional n. 45 de 2004, que cuidou de permitir que um tratado internacional de Direitos Humanos que fosse aprovado por três quintos, em dois turnos de votação, fosse recebido como equivalente a uma emenda constitucional⁶. Em outras palavras, por força do parágrafo terceiro, do artigo quinto, o Brasil poderia ter tratados internacionais de direitos humanos introduzidos com o mesmo valor de uma emenda à Constituição, ou seja, esses tratados seriam elevados a algo de mesmo porte de uma emenda à Constituição, quer dizer, com a mesma força normativa de uma norma constitucional.

⁶ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

A emenda constitucional n.º 45 demorou alguns anos para produzir efeitos concretos. O Brasil aprovou a Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. E, por força do artigo quinto, parágrafo terceiro, submeteu referido instrumento internacional para aprovação. Neste caso (e foi o primeiro), o processo escolhido foi o novo, de tratar o instrumento internacional como algo de mesmo porte de uma Emenda à Constituição. A mencionada Convenção, portanto, foi aprovada e ingressou no sistema com status equivalente ao de uma Emenda à Constituição. Isso se deu pelo Decreto Legislativo número 186/2008 do Congresso Nacional e pelo Decreto n.º 6969/09 do Presidente da República.

Portanto, já tivemos um primeiro documento aprovado pela nova fórmula, agora com o mesmo status de uma emenda à Constituição. Isso significa ler a Constituição e ler, da mesma forma, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que passou a fazer parte do texto constitucional. Apenas para ilustrar, recentemente, outro instrumento internacional foi aprovado da mesma forma, ou seja, o Tratado de Marraqueche, que permitia a quebra de determinados direitos autorais em benefício das pessoas com deficiência visual⁷.

Assim, na pirâmide normativa que revela a importância hierárquica das normas, surgem, além da Constituição Federal, ao seu lado, com mesma hierarquia, os tratados internacionais de direitos humanos aprovados na forma do parágrafo terceiro, do artigo quinto (e, como vimos, por enquanto, são apenas dois).

⁷ Atos aprovados na forma do parágrafo 3º do Artigo 5º da Constituição Federal: DLG nº 186, de 2008, DEC 6.949, de 2009, DLG 261, de 2015, DEC 9.522, de 2018

3. A CONVENÇÃO SOBRE DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E A INCLUSÃO NO ÂMBITO ESCOLAR

Inegável a importância da aprovação da apontada Convenção. Primeiramente, alterou o conceito de pessoa com deficiência. Adotou, abandonando o aspecto médico simples, o critério social.

Mas não foi essa a única mudança do critério. Assegurou direitos, apontou caminhos para a inclusão social e determinou que as legislações internas de cada país se ajustassem aos comandos da Convenção.

Foi dentro desse cenário, de necessidade de adaptação das normas internas, que surgiu o Estatuto da Pessoa com Deficiência ou Lei Brasileira da Inclusão da Pessoa com Deficiência.⁸

Se a Convenção, que é lei maior, tratou da inclusão, a lei não poderia deixar de cumprir esse dever constitucional e convencional. Portanto, todos os dispositivos da referida lei tratam da inclusão e da sua melhor forma.

Foi pensando nisso que o legislador ordinário procurou disciplinar como seria feita a inclusão desse grupo de pessoas. E, diante das diretrizes da norma superior (a Convenção Internacional) cuidou de disciplinar o tema. Seguindo os princípios da referida Convenção, repetidos e adotados pela Lei 13.146/2015, a legislação cuidou de determinar que as pessoas com deficiência recebessem tratamento igualitário no tocante ao ingresso e permanência no estabelecimento de ensino.

Ou seja, a escola (e nesse caso, pública ou particular) não poderia deixar de receber crianças com deficiência. E o conceito de deficiência seria aquele, como é cediço, estabelecido na Convenção e repetido, em linhas gerais, pela Lei mencionada.

⁸ Algumas pessoas denominam a Lei 13.146-2015 como sendo a Lei Brasileira da Inclusão. Esse apontamento está equivocado. Primeiro, porque o Diário Oficial da União trouxe o nome correto como sendo Lei Brasileira da Inclusão da Pessoa com Deficiência ou Estatuto da Pessoa com Deficiência. Ao chamar simplesmente a lei de Lei Brasileira da Inclusão, estaríamos reconhecendo que a inclusão só se faria pela pessoa com deficiência. E temos tanto e tantas para incluir...

Assim, para aqueles que entendiam que a pessoa com deficiência deveria ter seu lugar reservado em uma escola especial, a norma foi clara e inequívoca, ou seja, determinou a inclusão na escola regular. Claro, a lei não descuidou dos apoios. No entanto, é clara quanto ao direito de frequência e convívio.

O artigo 28 da Lei 13.146/15 trouxe, em seus vinte e oito incisos, normas que deveriam ser seguidas pelos estabelecimentos de ensino no Brasil. E para que não houvesse qualquer dúvida, em relação ao campo de abrangência dessas normas em seu parágrafo primeiro, estendeu expressamente estas obrigações às obrigações às instituições privadas. A simples leitura da lei leva a esta conclusão e não haveria necessidade da consignação expressa. No entanto, o legislador, ciente das dificuldades que envolvem a proteção das pessoas com deficiência, tratou de envolver explicitamente as instituições privadas nos deveres de inclusão.

Dessa forma, a lei coloca o direito à educação da pessoa com deficiência acima da discussão público-privado. O direito é da pessoa com deficiência e a sociedade tem o dever de cumprir tal determinação.

Portanto, a lei estava em perfeita sintonia com a Convenção da Organização das Nações Unidas, que garantia o convívio entre os alunos com e sem deficiência. E tudo estava de acordo com a Constituição da República Federativa do Brasil que, em seus princípios, garante que é dever do Estado brasileiro promover o bem de todos, sem preconceito de origem, sexo, cor e quaisquer outras formas de discriminação (artigo terceiro, inciso IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor idade e quaisquer outras formas de discriminação).

O quadro normativo, portanto, já apresentava a autorização para que as os instrumentos internacionais de direitos humanos fossem incorporados como equivalentes à emendas à Constituição. E, por lei ordinária, permitiu o convívio de crianças com e sem deficiência na escola regular. A norma ordinária vem ao encontro dos projetos de redução de desigualdades e inclusão das pessoas com deficiência,

amparados pela ideia de dignidade humana que serve como fundamento da nossa República.

Quando colocamos o princípio da dignidade humana como princípio fundamental da República Federativa do Brasil e o registramos na nossa Constituição estamos revelando que esta preocupação, a de proteger a vida digna das pessoas, deve ser a diretriz de comportamento do Estado e de todos os seus agentes, sejam eles jurídicos, legislativos ou administrativos. E ainda, que esta preocupação se estende à sociedade na medida em que não é possível admitir em termos constitucionais qualquer comportamento que divirja desta pretensão constitucional.

Assim, para entender a Constituição e seus valores é preciso que os direitos ali consagrados sejam observados sob a luz da proteção de um mínimo vital relacionado não apenas aos aspectos físicos da existência humana, mas também às da sua personalidade, e o mais importante: ao contexto da sociedade que pretendemos construir.

E é aqui que iniciamos a análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5357, e é preciso que façamos algumas considerações de ordem teórica para explicar a importância da decisão proferida nesta Ação Direta de Inconstitucionalidade para a efetiva inclusão das pessoas com deficiência no ambiente escolar.

4. A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5357

Países que como Brasil tem o fundamento de seu sistema normativo em um texto constitucional devem estabelecer sistemas de proteção para a preservação deste texto. Se entendemos que todos os valores mais importantes da nossa sociedade estão registrados na Constituição devemos impor sua obediência a todos, e evitar e punir os comportamentos que se distanciem desta premissa. A supremacia da Constituição traz, portanto, a necessidade de fiscalização dos atos que com ela são incompatíveis e se apresenta em um amplo modelo de verificação de constitucionalidade que no

campo jurídico se revela por ações determinadas a retirar do sistema normativo brasileiro leis que sejam contrárias à Constituição Federal.

O sistema brasileiro no campo do controle jurisdicional da constitucionalidade admite dois modelos: o controle difuso de constitucionalidade, ou controle “*in concreto*” onde na análise do caso concreto se verifica a adequação ou não da norma à Constituição; e o controle concentrado onde as ações judiciais são voltadas com exclusividade à aferição da constitucionalidade da lei em tese, sem que haja a necessidade de observação da incidência da norma em um caso concreto. Neste campo se encontra a Ação Direta de Inconstitucionalidade, que serve de fundamento para o caso em comento⁹.

Assim, a construção do raciocínio que aqui apresentamos inicia-se com a aderência do Brasil a um tratado internacional de direitos humanos, no caso a Convenção para a Proteção dos Direitos da Pessoa com Deficiência, que em razão do disposto na Constituição Federal em seu artigo 5º § 3º, foi incorporada à estrutura normativa brasileira com *status* de norma constitucional.

Como já exposto, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, ratificados pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008, em conformidade com o procedimento previsto no § 3º do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, em vigor para o Brasil, no plano jurídico externo, desde 31 de agosto de 2008, e promulgados pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, dão base para a promulgação da lei n.º 13.146, de 6 de Julho de 2015, que institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência).

Com a promulgação da lei 13.146/15 e diante da obrigação imposta pela lei às entidades privadas, insurgiu-se a Confederação Nacional dos Estabelecimentos de

⁹ São 05 (cinco) as ações de controle concentrado de constitucionalidade de leis e atos normativos perante a Constituição Federal: A Ação Direta de Inconstitucionalidade Genérica (ADIn); A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADIn por Omissão); a Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva (ADIn Interventiva); A Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADECON ou ADC); e, A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF).

Ensino (CONFENEM) e propôs Ação Direta de Inconstitucionalidade em relação à obrigatoriedade de inclusão dos particulares nas imposições da lei.

Afirmava a CONFENEM na petição inicial da ADIn que a lei não poderia obrigar particulares. E que as instituições privadas não poderiam ser envolvidas por tais obrigações, especialmente porque o direito de liberdade de ensino estava assegurado.

A irresignação da entidade autora se caracterizava por não concordar com o ensino inclusivo e que o Poder Público não poderia legislar sobre esse tema, já que havia liberdade de ensino no país. Afirma que o pleito é baseado em que “o ensino é LIVRE À INICIAIVA PRIVADA e não concedido ou delegado.” (grifos originais), p. 4 da petição inicial (STF, ADI 5357). E não poderia ser obrigada a aceitar alunos com deficiência, ficando, a seu critério, a escolha de que deficiências poderiam ser aceitas. A passagem da petição inicial revela a postura pouco inclusiva da petição inicial, refletindo a posição da entidade autora.

Dessa forma, com fundamento na Constituição Federal e na Lei já mencionada, a Confederação dos Estabelecimentos de Ensino ajuizou, perante o Supremo Tribunal Federal, a ação. Afirmava, em resumo, que a lei só poderia obrigar os estabelecimentos de ensino públicos, já que ela não poderia obrigar os estabelecimentos privados a aceitar alunos com deficiência. Os argumentos e a petição inicial completa podem ser encontrados no site do Supremo Tribunal Federal.

Alegava, ainda, que as pessoas com deficiência poderiam atrasar o ensino, que elas provocavam um gasto extraordinário e que não havia profissionais treinados para receber tal grupo. Em resumo, concordavam com a inclusão, mas queriam deixar a cada escola, cada Faculdade, cada estabelecimento de ensino, o direito de escolher que deficiência poderia acolher (e, se assim decidisse, porque poderia ser que não quisessem receber esse grupo). Vejamos o trecho em que o órgão de representação das escolas se manifesta:

Os dispositivos atacados na presente ação pretendem impingir ao ensino de livre iniciativa uma obrigatoriedade típica constitucionalmente do Poder Público, escapando o Estado de cumprir um serviço público, de atendimento ao portador de necessidade especial, esse sim, de sua exclusiva responsabilidade, impingindo-o à instituição privada – que até pode assumi-lo, em alguns casos, como possibilidade, e condição própria de cada escola, não sendo, contudo, obrigatoriedade dela.

A fundamentação deste raciocínio passa pelo aspecto econômico pois explica a entidade autora que a lei ao obrigar também as unidades de ensino particulares *“torna onerosa demais a prestação dos serviços educacionais, isso porque seus planejamentos deverão agora prever todos os meios e recursos necessários ao atendimento de inúmeras dificuldades especiais”*. Lembra a entidade autora que além dos gastos com os próprios alunos e alunas especiais, as despesas também se referem à *“formação, preparação, treinamento e manutenção de professores e variado pessoal especializado, às suas próprias expensas e de todos os demais alunos de cada escola particular”*, pontuando não ser este tipo de aperfeiçoamento profissional compatível com as projeções do desenvolvimento da educação de seus associados.

Ressalta ainda que as recomendações da lei podem levar à limitação da propriedade privada na medida em o cumprimento do Estatuto pode levar ao encerramento das atividades educacionais *“por causa dos altos valores que serão obrigados a praticar para atender as exigências da Lei, distribuídos igualitariamente para todos seus alunos”* (STF, ADI 5357).

O Ministério Público manifestando-se no processo posicionou-se de maneira contrária ao consignado pela autora, lembrando que:

A educação é meio para consecução de objetivos fundamentais da República, relativos à construção de sociedade livre, justa e solidária, à erradicação da pobreza e da marginalização, à redução de desigualdades sociais e regionais e à promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade.

Ressaltou o Procurador Geral da República a ideia central de nosso discurso de que *“a educação é essencial para a dignidade do ser humano, para o trabalho e*

para a cidadania, fundamentos da República brasileira, consoante o art. 1º, II a IV, da Constituição". Só a concretização do direito à educação "*permite ao ser humano desenvolvimento de suas potencialidades, confere-lhe autonomia, qualifica-o para o trabalho, conscientiza-o de valores e direitos, permite que se torne pessoa mais completa, consciente e realizada*" (STF, ADI 5357).

A contraposição entre o pensar da autora e do Ministério Público desvenda a equação determinante da ADIn: a preservação dos direitos humanos *versus* a mitigação do desenvolvimento econômico e financeiro.

4.1 O PROCESSO DA ADI 5357 E SEU RESULTADO

A tramitação de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal sempre se dá perante o supremo Tribunal Federal, considerado o guardião da Constituição. Seu processo e julgamento disciplinados por lei específica (STF, ADI 5357) determina a distribuição da ação para um dos ministros do STF para que este, analisando a questão proposta submeta aos demais integrantes da Corte suas conclusões por meio de um voto, que será discutido pelos outros ministros e submetido à votação. Uma consideração merece ser feita aqui: existem situações em que prejuízos da demora na decisão da ação aliados à existência de direito que já pode ser aferido na peça inicial, autorizam a concessão de medida cautelar que importa no caso de uma ADIn em suspensão da norma que está sendo impugnada.

Na ADIn 5357 o processo foi distribuído ao Ministro Edson Fachin, que não deferiu a liminar, mantendo a norma no sistema. Ou seja, entendeu o Ministro que não seria o caso de suspender a norma, enquanto o julgamento transcorria. Não haveria prejuízo irreparável anunciado na inicial.

A liminar foi negada. Não foram reconhecidos nem o vestígio do bom direito e nem tampouco o perigo na mora. Desta forma, o processo teve seu regular trâmite, sem a concessão da liminar. A norma, portanto, continuou em vigência.

Há no processo judicial de controle de constitucionalidade por via de Ação Direta uma série de fases intermediárias antes da deliberação final do Supremo Tribunal Federal. Não é o caso, neste espaço, de descrevermos todas as fases, basta que apresentemos o final do feito judicial.

Para decidir a ADIn 5357, o Supremo Tribunal Federal em reunião do seu plenário analisou o voto do Ministro Fachim e declarou a improcedência da ADIn 5357, ou seja, entendeu que a norma era constitucional, o direito à inclusão social das pessoas com deficiência na escola é direito fundamental e não pode ser obstado por uma escola privada.

Assim, mesmo com as dificuldades naturais desse processo de inclusão, o Supremo Tribunal Federal entendeu de negar o processo, mantendo a norma no sistema.

Como sabemos, o Supremo Tribunal Federal é composto de onze Ministros. Um não pode comparecer ao julgamento (justificadamente). Dos dez que compareceram, nove votaram a favor da tese vencedora. E um voto foi contrário.

Por nove votos contra um, o Supremo Tribunal Federal reconheceu o direito à inclusão educacional dos alunos com deficiência, obrigando as escolas, particulares ou públicas, a receber alunos com deficiência.

O acórdão proferido traz passagens que merecem ser citadas, a iniciar pela consideração de que o prestígio da Constituição em relação à igualdade não se restringe à igualdade formal:

Pluralidade e igualdade são duas faces da mesma moeda. O respeito à pluralidade não prescinde do respeito ao princípio da igualdade. E na atual quadra histórica, uma leitura focada tão somente em seu aspecto formal não satisfaz a completude que exige o princípio. Assim, a igualdade não se esgota com a previsão normativa de acesso igualitário a bens jurídicos, mas engloba também a previsão normativa de medidas que efetivamente possibilitem tal acesso e sua efetivação concreta. (STF, ADI 5357)

E falar em igualdade formal ou material não significa apenas a redução das desigualdades em relação aos envolvidos, mas o reconhecimento de que a igualdade

substancial e a inclusão são condições mínimas para o exercício de um estado Democrático de Direito nos moldes de uma Constituição informada pela pretensão de dar vida digna a todos os seus cidadãos. No dizer de Fachin:

A atuação do Estado na inclusão das pessoas com deficiência, quer mediante o seu braço Executivo ou Legislativo, pressupõe a maturação do entendimento de que se trata de ação positiva em uma dupla via. Explico: essa atuação não apenas diz respeito à inclusão das pessoas com deficiência, mas também, em perspectiva inversa, refere-se ao direito de todos os demais cidadãos ao acesso a uma arena democrática plural. A pluralidade - de pessoas, credos, ideologias, etc. - é elemento essencial da democracia e da vida democrática em comunidade. (STF, ADI 5357)

No voto, ficou reconhecido que o recebimento de um aluno com deficiência é direito de todos, de todas as crianças com deficiência, de seus pais, seus parentes, seus amigos. E, também importante, o v. acórdão, traz outra parte de significativa importância. O direito dos outros, pessoas sem deficiência, de conviver com pessoas com deficiência.

Esse outro aspecto, pouco lembrado, garante o convívio com a diferença, exercitando o entender do “outro”, permitindo conviver com pontos de vista diferentes, com dificuldades diferentes e forçando o exercício do convívio. Se é um direito do grupo, também é um direito da maioria, de poder conviver com a minoria, desenvolver novos padrões, respeitar as diferenças. Temos todos o direito de conviver: quer para nos sentirmos parte da sociedade, quer para poder entender os diferentes, as dificuldades dos outros. Essa dupla utilidade reconhecida pela Corte Suprema não pode ser deixada sem realce.

Em seu relatório o Min. Fachin reforça este entendimento e considera o seguinte:

A atuação do Estado na inclusão das pessoas com deficiência, quer mediante o seu braço Executivo ou Legislativo, pressupõe a maturação do entendimento de que se trata de ação positiva em uma dupla via. Explico: essa atuação não apenas diz respeito à inclusão das pessoas com deficiência, mas também, em perspectiva inversa, refere-se ao direito de todos os demais cidadãos ao acesso a uma arena democrática plural. A

pluralidade - de pessoas, credos, ideologias, etc. - é elemento essencial da democracia e da vida democrática em comunidade.

E continua o Ministro lembrando que:

Se é certo que se prevê como dever do Estado facilitar às pessoas com deficiência sua plena e igual participação no sistema de ensino e na vida em comunidade, bem como, de outro lado, a necessária disponibilização do ensino primário gratuito e compulsório, é igualmente certo inexistir qualquer limitação da educação das pessoas

Neste contexto, a rejeição pelo Supremo Tribunal Federal da Ação Direta que pretendia desobrigar as entidades privadas dos termos de acessibilidade estabelecidos pela Convenção da Pessoa com Deficiência determinou um claro e inequívoco posicionamento da Suprema Corte com o projeto de inclusão das pessoas com deficiência na sociedade brasileira.

4.2 OS EFEITOS DA DECISÃO PROFERIDA EM PROCESSO DE CONTROLE CONCENTRADO

Uma declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade poderia provocar dois tipos de efeitos, dependendo do meio processual utilizado. Se utilizarmos o controle difuso em que a análise da constitucionalidade se dará em sede de caso concreto em uma via ordinária, a decisão, que vale apenas para as partes do processo “*inter partes*”, ainda poderá ser discutida em outras instâncias. Se, porém, utilizarmos uma ação própria para o controle “*in abstracto*” a decisão proferida, apesar de valer para todos “*erga omnes*” e vinculantes para todos os demais órgãos do Poder Judiciário e da administração pública federal, estadual, distrital e municipal, mas não admitirá a interposição de recurso.

A Confederação ao ajuizar a ação perante o Supremo Tribunal Federal buscou efeitos “*erga omnes*”, ou seja, para todos. Optou por discutir perante o Supremo Tribunal Federal. E estava perfeitamente legitimidade a tanto. A

Constituição Federal da República lhe assegurava, como entidade representante dos estabelecimentos de ensino.

Mas ao escolher a via, escolheu também os efeitos da decisão. No caso, como o processo era perante o Supremo Tribunal Federal, os efeitos eram para todos. E mais, pelo texto do artigo 28, da Lei 9868-99, os efeitos eram vinculantes, ou seja, todos estavam submetidos à decisão.

Ao ajuizar a ação, sabia a entidade de classe autora que uma decisão favorável, seria imposta a todos. De outro lado, uma decisão desfavorável...implicaria a perda, em todo o território nacional, da tese defendida. O artigo 28 deixa claro que os efeitos da decisão são para todos e vinculam a todos, partes ou não do feito.

A autora decidiu pedir para todos. E estava legitimada para tanto, como já visto. Ao obter uma decisão contrária, no entanto, por nove votos a um, vinculou todas as escolas do país ao teor da decisão.

Poucas decisões do Supremo Tribunal Federal tiveram tanta veemência na decisão, um placar tão folgado e relevador da predominância do espírito de inclusão. Um verdadeiro marco na história do Supremo Tribunal Federal e na história da educação! Uma decisão preocupada com o “outro”, ajustada aos comandos constitucionais de promover o bem de todos.

E já vimos que o resultado largo e nove votos a um deixou claro o direito à inclusão das pessoas com deficiência. Assim, hoje, todo e qualquer estabelecimento de ensino é obrigado a matricular e manter pessoas com deficiência em seus quadros, fruto da decisão do Supremo Tribunal Federal.

A importância da decisão do Supremo Tribunal Federal se revela, dentre outras características, pelo seu efeito geral e vinculante. Seria importante, nessa passagem, falar um pouco sobre tais efeitos. A Confederação autora poderia ter ajuizado uma medida simples, em um juiz de primeiro grau; poderia usar um processo comum, onde os efeitos seriam apenas entre as partes, sempre com possibilidade de

se chegar ao Supremo Tribunal Federal. Não foi assim, no entanto, que o feito foi ajuizado.

A Confederação preferiu usar a competência do artigo já mencionado para levar o tema diretamente ao Supremo Tribunal Federal, usando a ação direta de inconstitucionalidade. Esta, como já afirmado, tem efeito vinculante e efeitos para todos (erga omnes). Isso fez com que a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, conforme a Constituição Federal, em seu artigo 102, parágrafo segundo¹⁰ e pela Lei n 9869, no parágrafo único do artigo 28, seja aplicada a todas as escolas e a todos os estudantes do Brasil. E nenhum juiz do Brasil, em qualquer das comarcas brasileiras, pode decidir de forma contrária à decisão do Supremo Tribunal Federal. Isso significa efeito vinculante e erga omnes.

Com isso, todas as escolas estão obrigadas a receber estudantes com deficiências, não importando nem a deficiência e nem tampouco o grau de ensino.

A obrigação ficou solidificada com a decisão da Corte Suprema. Se escolhesse outra via, a decisão poderia chegar até o Supremo Tribunal Federal. Ou nem chegar até lá, porque poderia esbarrar nos inúmeros obstáculos processuais para que se evitasse um atolamento dos processos na Corte Suprema.

A escolha da autora, no entanto, foi de buscar a decisão perante a Corte Suprema. E sua tese foi vencida por nove votos a um, com a ausência justificada de um Ministro.

Portanto, o direito à inclusão ficou assegurado de maneira inequívoca pelo Supremo Tribunal Federal. Com efeitos que exigem do juiz de primeiro grau, do juiz do Tribunal Estadual ou Federal, que siga os ditames fixados pelo Supremo Tribunal Federal.

¹⁰ Parágrafo segundo, do artigo 102: As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

A decisão vale para todos os órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública em todas as suas esferas, só escapa à sua autoridade a atividade do poder legislativo que, no entanto, fica condicionada pelos limites constitucionais. O fato é que existem temas de tanta relevância para o constituinte que este ao criar o texto de 1988 estabeleceu que alguns deles não poderiam ser subtraídos da sua tutela.

Por aí a Constituição Federal de 1988 elegeu como “clausula pétrea” os direitos e garantias individuais, registrando que não poderá ser objeto de deliberação a proposta de Emenda à Constituição que seja tendente a abolir estes direitos. Se consideramos que a inclusão da pessoa com deficiência é direito individual de duplo aspecto podemos concluir que não está o legislador autorizado a legislar em desconformidade com o que decidiu o Supremo Tribunal Federal, e, mais importante: não poderá haver reforma da Constituição que retire este direito incorporado pela Convenção da Pessoa com Deficiência.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Toda a trajetória de efetivação dos valores estabelecidos pela Constituição Federal de 1988 serve de pano de fundo para o desenvolvimento do nosso raciocínio. Inicialmente pela questão formal da inclusão dos tratados internacionais sobre direitos humanos no sistema normativo brasileiro, o que só foi pacificado com a reforma da Constituição pela Emenda n.º 45 que acrescentou o parágrafo 4º ao artigo 5º da Constituição, autorizando a incorporação com “*status constitucional*” de tratados internacionais que preenchessem dois (02) requisitos: i) versar sobre direitos humanos; deliberação pelo quórum de 3/5 dos votos e dois turnos de votação do Congresso Nacional.

A alteração da Constituição permitiu a inclusão de dois tratados internacionais com o valor da Constituição: a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e o Tratado de Marraqueche, ambos tratando de pessoas

com deficiência evidenciando dois aspectos da questão: a preocupação internacional com o tema e a identificação do parlamento brasileiro com a sensibilidade da questão.

A supremacia constitucional importa e dizer que o texto constitucional deve servir de fundamento de validade para todas as demais normas do sistema jurídico de um país. Assim, é preciso que sejam retirados do sistema todos os comportamentos incompatíveis com os preceitos constitucionais. No campo jurídico esta tutela é exercida através de um sistema de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos.

Para a aferição da lei n.º 13.146/15 que disciplinando a Convenção Internacional da Pessoa com Deficiência cria no Brasil o Estatuto da Pessoa com Deficiência, foi utilizado o controle de constitucionalidade “in abstrato”, que com ações próprias delimita os autores legitimados, o Supremo Tribunal Federal como foro de competência e reflexos em toda a estrutura normativa estatal.

A decisão proferida na ADIn 5357 é caracterizada pela sua irrecorribilidade e por produzir efeitos para todas as pessoas (*erga omnes*) e vinculante em relação a todos os demais órgãos do poder judiciário e da administração pública federal, estadual, distrital e municipal. Fica defeso o comportamento discordante com os termos da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal. O próprio poder legislativo deve limitar sua atividade legiferante ao reconhecimento do Supremo Tribunal Federal de que a inclusão da pessoa com deficiência no ambiente de ensino é direito individual.

O tema está resolvido, portanto. E resolvido a favor da inclusão. Resolvido para acolher todo estudante com deficiência na rede regular de ensino. A escola deve ser acessível. Mas isso não é decorrência desta decisão. É decorrência da lei, que determina que os ambientes das escolas sejam acessíveis. E os prazos dados pela lei já estão esgotados há muito tempo. Portanto, o ambiente deve ser acessível e acolhedor. Esta característica imposta pela decisão do Supremo Tribunal Federal.

A decisão foi histórica. E um marco no processo educacional do Brasil. Com isso, toda criança com deficiência (ou sem deficiência) terá direito a lugar obrigatório na escola, pública ou privada. E poderá conviver com crianças sem deficiência. Como muito bem apontado no voto do Ministro Relator, Edson Fachin, há um duplo direito assegurado; da pessoa com deficiência, que poderá se incluir socialmente, especialmente no ambiente da educação, da escola regular e daqueles que vão conviver com a criança com deficiência, porque vão conviver com as diferenças, com as dificuldades e terão sempre presentes que há diferenças entre os seres humanos. E que elas, diferenças, fazem parte da sua natureza e devem ser levadas em consideração. E não é porque são “diferentes” que não podem estudar, aprender, desenvolver suas habilidades.

Por fim, uma palavra: o ensino, com uma pessoa com deficiência na sala de aula, vai impedir o fluxo normal do programa de ensino? Provavelmente, exigirá dos professores e gestores um esforço maior. No entanto, o lucro dessa relação é evidente, porque misturará diferenças, mesclará habilidades e não habilidades tudo para permitir a inclusão desse grupo e o aprimoramento daqueles que não tem deficiência e que poderão aprender, conviver e desenvolver solidariedade, afeto, companheirismo, independentemente do ritmo que isso tome.

6. REFERÊNCIAS

ARAUJO, Luiz Alberto David; NEME, Eliana Franco. Proteção das pessoas com deficiência. In: NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Manual de direitos difusos**, São Paulo: Verbatim, 2009.

ARAUJO, Luiz Alberto David Araujo. **Pessoas com deficiência e o dever constitucional de incluir. A ação direta de inconstitucionalidade n. 5357; uma decisão vinculante e muito sinais inequívocos**. São Paulo: Verbatim, 2018.

BATISTA, Cristina Abranches Mota e MANTOAN, Maria Teresa Egler. **Educação inclusiva: atendimento educacional especializado para a deficiência mental**.

Disponível em <http://portal.mec.gov.br/seesp/arquivos/pdf/defmental.pdf> . Acesso em 02/01/2021.

BRASIL. Ministério da Educação. **Relatório do Parecer da Câmara da Educação Básica do Conselho Nacional de Educação CNE/CEB nº 17/2001 sobre a Educação Especial**. Brasília: 2001.

BRASIL. Ministério da Educação. Secretaria de Educação Especial. **Marcos Político Legais da Educação Especial na Perspectiva da Educação Inclusiva** / Secretaria de Educação Especial. - Brasília: Secretaria de Educação Especial, 2010. Disponível em:

http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=6726-marcos-politicos-legais&Itemid=30192. Acesso em 02/01/2021.

BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão. **O Acesso de Alunos com Deficiência às Escolas e Classes Comuns da Rede Regular**. Brasília: 2008. Disponível em:

<http://portal.mec.gov.br/seesp/arquivos/pdf/revinclusao5.pdf> . Acesso em 02/01/2021.

CROSARA RESENDE, Ana Paula; VITAL, Flavia Maria de Paiva. Coord. **A Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência Comentada**. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, Brasília, 2008.

ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIENCIA. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm. Acesso em 02/01/2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). ADIN nº 5357, Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12012290>, texto completo com decisão integral. Acesso em 02/01/2021.

MAIOR, Izabel de Loureiro. **A política de inclusão da pessoa com deficiência como questão de direitos humanos**. Revista Científica de Direitos Humanos. Brasília, 23 Nov. 2018. Disponível em <https://revistadh.mdh.gov.br/index.php/RCDH/article/view/21/6>. Acesso em 02/01/2021.

Data da submissão: 05/01/2021

Data da primeira avaliação: 25/03/2021

Data da segunda avaliação: 25/03/2021

Data da aprovação: 25/03/2021