

**DEMOCRACIA, INCLUSÃO E DIREITOS SOCIAIS NO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL: O JULGAMENTO DA CONSTITUCIONALIDADE DA LEI
BRASILEIRA DE INCLUSÃO NA ADI 5357**

R: 15.05.2016; A: 25.06.2016

Flávia Danielle Santiago Lima*

RESUMO: O trabalho explora os desafios normativos e políticos para assegurar eficácia jurídica ao direito fundamental social à educação das crianças com deficiência. Para tal fim, propõe-se a análise da discussão, no Supremo Tribunal Federal, sobre a constitucionalidade de dois artigos da Lei Brasileira de Inclusão (Lei nº. 13.146/2015), na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) no. 5357, ajuizada pela CONFENEN (Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino). O julgamento recente da ação, que manteve os artigos questionados, permite avaliar o potencial de proteção de direitos fundamentais pelo exercício da revisão judicial.

Palavras-chave: Direitos Sociais. Inclusão. Revisão Judicial. Supremo Tribunal Federal.

**INTRODUÇÃO: O CONSTITUCIONALISMO ENTRE LIBERDADE E
SOLIDARIEDADE**

O exercício da jurisdição constitucional é tido como uma “força contramajoritária”, desempenhado por instituições “desviantes” na democracia. A possibilidade de que um Tribunal anule os atos dos poderes sujeitos aos processos eleitorais é viabilizado “não em nome da maioria dominante, mas sim contra esta”, o que atribui à pequena minoria um poder de veto sobre a maioria¹. Estas expressões, consagradas por Alexander Bickel (1962, p. 16-18) e posteriormente incorporadas ao debate da teoria constitucional, mostram o principal dilema posto aos magistrados encarregados da revisão judicial de legislação: o que justifica a invalidação das decisões dos representantes do povo?

Responder a este questionamento exige a compreensão do longo caminho percorrido pelas organizações políticas, na construção de disposições materiais que permitam – ou rechacem – as decisões tomadas pelos titulares dos poderes majoritários. Pode-se afirmar, neste sentido, uma pluralidade de tradições constitucionais, que confluíram na

* Doutora e Mestre em Direito Público (Faculdade de Direito do Recife/ UFPE). Professora da Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP). Advogada da União. Pesquisadora do Grupo (REC) – Recife Estudos Constitucionais (UNICAP/CNPq). E-mail: flavia-santiago@uol.com.br.

¹ Bickel (1962, p. 16-18) se referiu, respectivamente: “*counter-majoritarian force in our system*”, “*a deviant institution in the American democracy*”, “*it thwarts the will of representatives of the actual people of the here and now*”, “*exercises control, not in behalf of the prevailing majority, but against it.*”, “*That, without mystic overtones, is what actually happens*”.

compreensão hodierna de identificação entre o direito e o estabelecimento de condições para o exercício do poder político (CANOTILHO, 2000, p. 87-91).

Num primeiro momento, o constitucionalismo assumiu uma matriz individualista e formal, característica do pensamento liberal (LAFER, 1999, p. 126), ao unificar os principais fundamentos burgueses: origem popular do poder, direitos individuais – propriedade e liberdade, precipualemente – e limitação da atividade estatal, amparada na garantia destes direitos.

Desta forma, os franceses chegaram à identificação entre Constituição, liberdade e divisão dos poderes, ideia que teve seu maior expoente no célebre art. 16 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, que exprime a fórmula: “Toda sociedade em que não for assegurada a garantia dos direitos e a separação dos poderes não tem Constituição”.

Posteriormente, teve-se o advento do Estado de Bem-Estar, que repercutiu juridicamente na formação de um constitucionalismo social. Nesta perspectiva, tem-se a pretensão de conjugar um projeto de emancipação social com postulados de um Estado de Direito clássico. Este modelo legitima-se ideologicamente por constituições que exprimem valores de solidariedade, que intentam despolitizar a questão social, ao “desdramatizar os problemas sociais” (ROSANVALLON, 1997, p. 25).

Vislumbra-se um novo critério de justiça, assentado no paradigma de isonomia, traduzido numa igualdade de oportunidades ou nas possibilidades de realização da personalidade ético-cultural de cada um (PINTO, 1994, p. 161). Superar-se-ia a perspectiva de igualdade formal, preconizada pelo estado mínimo em voga até então.

As previsões do constitucionalismo social obrigam a uma reformulação das dinâmicas entre os poderes, de sorte que os ramos executivo, parlamentar e judicial devem incorporar estas pautas às suas atuações. E, em caso de descumprimento de suas diretrizes, o constitucionalismo posterior a Segunda Guerra Mundial fortaleceu o Poder Judiciário, sobretudo a jurisdição constitucional, para a garantia do acordo firmado.

A Constituição Brasileira de 1988 (CRFB/88) aderiu aos pilares do constitucionalismo social, ao adotar a construção de uma “sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional” como desafio para os brasileiros, conforme consta de seu Preâmbulo. Consignado, dentre os objetivos fundamentais do Estado Brasileiro, uma “sociedade livre, justa e solidária” e a promoção do “bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3º, I e IV).

Na mesma esteira, foi positivado um amplo rol de direitos – individuais, sociais, transindividuais e coletivos – com a pretensão de inclusão e integração dos mais diversos grupos da sociedade brasileira. Decorridos 27 anos desde a promulgação da Carta, pode-se afirmar que, paulatinamente, os objetivos constitucionais foram incorporados à legislação, que lhes conferiu eficácia jurídica. Grande desafio, contudo, é assegurar-lhes efetividade, através de políticas públicas e, eventualmente, mediante os mecanismos da jurisdição constitucional, sobretudo do Supremo Tribunal Federal (STF). Com efeito, a noção de uma cidadania “reivindicatória” deve compatibilizar-se com uma instituição judicial apta a cumprir sua função constitucional (KRELL, 2002, p. 15).

Neste contexto, o presente artigo pretende explorar os desafios normativos e políticos para assegurar eficácia jurídica ao direito fundamental de integração das pessoas com deficiência - *in casu*, das crianças – a partir do direito social à educação, tendo-se, como base, o debate jurídico em torno da Lei Brasileira de Inclusão (Lei nº. 13.146/2015), conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência. Referida norma, cuja positivação foi celebrada como um marco na concretização desta importante demanda inclusiva, encontrou ainda um relevante obstáculo: o questionamento da sua constitucionalidade no STF, na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 5357, ajuizada pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (CONFENEN), recentemente julgada pelo Tribunal.

Este texto trabalha com a sugestão de que o constitucionalismo atual depende de um papel ativo do Poder Judiciário na tutela dos parâmetros constitucionais, assegurando a eficácia dos direitos constitucionais – invalidando ou não as decisões dos representantes do povo.

1 PRESTAÇÕES ESTATAIS E DIREITO ANTIDISCRIMINATÓRIO: DESAFIOS DO CONSTITUCIONALISMO SOCIAL NO SÉCULO XXI

Os direitos sociais, cuja positivação nas constituições foi inaugurada a partir da constitucionalização do modelo social de Estado, abrigam a ideia de que, com sua concretização, seria permitida aos indivíduos a possibilidade não só de sobrevivência, mas de inserção plena na vida em sociedade. Têm por objetivo, pois, a garantia da igualdade material. Parte-se da noção de que nada adianta a positivação de um rol de liberdades sem a correspondente garantia de um mínimo necessário para a vida humana, o que impossibilitaria,

inclusive, a fruição dos direitos individuais. É sabido, por exemplo, que o exercício de uma efetiva liberdade política pelos cidadãos está relacionado, em parte, com a garantia da educação (BONAVIDES, 1999, p. 369).

Assim, os direitos sociais trazem a perspectiva de um Estado interventor nas relações sociais e econômicas, de modo a minimizar as desigualdades sociais. A noção de igualdade material é preponderante. Distinguem-se os indivíduos a partir dos grupos e classes a que pertencem, privilegiando os desfavorecidos. Daí resulta a afirmação de que os direitos sociais são direitos discriminatórios com propósitos compensatórios (FARIA, 1997, p. 105). Ou, numa visão mais recente, estas pretensões contemplam um direito antidiscriminatório que, de acordo com Bruno Galindo (2015, p. 51), consiste num:

(...) conjunto de medidas jurídicas em âmbito constitucional e infraconstitucional que almeja reduzir a situação de vulnerabilidade de cidadãos e grupos sociais específicos através da proibição de condutas discriminatórias pejorativas, (...) e, por outro lado, da implementação, quando necessário, de políticas públicas de discriminação reversa ou positiva, sempre no sentido de promover tais grupos e cidadãos a uma situação de potencial igualdade substancial/material, políticas estas normalmente transitórias até que se atinja uma redução significativa ou mesmo extinção da vulnerabilidade em questão.

Na definição da relação jurídica decorrente de sua positivação, são direitos de cunho preponderantemente prestacional, que não exigem uma contraprestação por parte do beneficiário. São obrigações que abrangem desde a promoção de direitos como educação, saúde, assistência social (prestações em sentido estrito) até a participação dos indivíduos na distribuição dos bens comunitários, exprimindo tarefas de melhoria, distribuição e redistribuição dos recursos existentes (SARLET, 2004, p. 262).

Possuem, ainda, a denominada eficácia horizontal, vez que, mesmo direcionados ao Estado, constitui dever da iniciativa privada colaborar na sua efetivação, diante do caráter compromissário do texto constitucional.

Os direitos sociais também trazem uma dimensão negativa, que consistiria numa abstenção do Estado em prejudicar o exercício destes direitos pelos particulares, desde que estabeleça suas diretrizes gerais (CANOTILHO, 2000, p. 480).

Com a sua previsão no texto constitucional, referidos direitos devem constar da agenda dos três poderes, que se submetem à sua eficácia vinculante. Constituem, portanto, um

paradigma para a atuação do Estado, sempre com vistas ao favorecimento da sua realização, tanto no tempo como no espaço (MIRANDA, 1993, p. 279).

A eficácia vinculante das normas programáticas, na lição de Canotilho (2000, p. 1050-1051), acarreta a “(1) vinculação do legislador, de forma permanente, à sua realização (*imposição constitucional*); (2) vinculação *positiva* de todos órgãos concretizadores, devendo estes tomá-las em consideração como *directivas materiais permanentes*, em qualquer dos momentos da actividade concretizadora (legislação, execução, jurisdição); (3) vinculação, na qualidade de limites materiais negativos, dos poderes públicos, justificando a eventual censura, sob forma de inconstitucionalidade, em relação aos actos que as contrariam”.

Depreende-se, destarte, que os direitos sociais requerem a atuação conjunta de todos os órgãos estatais, pois, ao exigir a atuação do legislador para sua regulamentação, considerando que sua constitucionalização geralmente se dá mediante fórmulas vagas e imprecisas, necessitam da ulterior determinação do seu conteúdo, de modo a permitir sua aplicação.

Daí ter-se falado, por tanto tempo, que os direitos sociais são “direitos na medida da lei” (SARLET, 2004, p. 267). E como titular da função legislativa, a legitimidade da atuação do legislador quanto à concretização dos direitos sociais é inquestionável. Ademais, como relembra Habermas, a atividade legislativa de interpretação frente às especificidades concretas é imposição do próprio texto constitucional, que fundamenta normativamente a regulamentação ordinária².

Além do respaldo institucional, a intermediação do Poder Legislativo na concretização das normas constitucionais, especialmente as que determinam direitos fundamentais, assegura o respaldo majoritário para as políticas a serem executadas pelos governos.

A premência de ampla discussão dos conteúdos constitucionais, especialmente os que envolvem as políticas públicas e sua correspondente alocação de recursos, seria justificada porque sua regulamentação implica na realização de escolhas que, necessariamente, privilegiam um determinado grupo ou interesse, com a exclusão, ao menos momentânea, dos demais. Tal favorecimento, portanto, deve gozar de ampla legitimidade

² Jürgen Habermas (1998, p. 327-8), na sua defesa da legitimidade da função legislativa, pondera que “*Por mor de la claridad añadamos que esta actividad legislativa referida al caso concreto, al presentarse como interpretación de la Constitución, tiene rango constitucional y tiene, por tanto, el rango de la ley constitucional o la ley orgánica*”.

popular, sustentada ainda pela competência constitucional que o Parlamento dispõe (BRANCO, 2000, p. 147).

Assegurada sua positivação no campo legislativo, estes direitos constituem obrigações do Executivo, pois implicam numa intervenção ativa e continuada por parte dos poderes públicos para que possam ser materialmente eficazes. Sua concretização depende de condutas positivas, por consistirem numa prestação não somente fática, mas também normativa. Isto porque, após a sua positivação, a efetivação de um direito social dependeria das regras que atribuem competência para a consecução das políticas públicas necessárias, assim como as que estabelecem os critérios para sua fruição (SARLET, 2004, p. 259-265).

Demandam, também, a atuação dos agentes governamentais, para a formulação e execução de políticas públicas, culminando com a prestação dos direitos previstos. E, finalmente, para fazê-los valer no caso concreto, é necessária a intervenção do Poder Judiciário que, nas hipóteses trazidas à apreciação e intervenção jurisdicional, deve, atentando para a natureza constitucional destes preceitos, obrigar o Estado e os particulares a cumprirem estas determinações, como autênticos direitos subjetivos públicos.

2 DIREITO À EDUCAÇÃO E PROTEÇÃO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA: DA PREVISÃO CONSTITUCIONAL À REGULAMENTAÇÃO LEGISLATIVA

A CRFB/88, como visto, insere-se no contexto do constitucionalismo social e democrático, ao prever uma maciça intervenção estatal e positivar um extenso rol de direitos e garantias institucionais, cuja concretização tem por fim transformar a realidade social. A partir da mais detalhada constituição da história brasileira, optou-se por um modelo fortemente dirigente, que disciplina, analiticamente, a maioria das questões relevantes da vida nacional (MENDES, 2005, p. 9).

Referida preocupação é percebida na ampla consagração dos direitos sociais, enunciados em seu art. 6º, ao dispor sobre a fundamentalidade dos direitos à(ao) educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, transporte, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados.

Observe-se, assim, a importância atribuída à educação, como primeira prestação incluída neste rol, pela intrínseca relação que guarda com a dignidade humana – princípio irradiador dos direitos fundamentais. Reconhece-se, ao processo educacional, o papel de

aperfeiçoamento do indivíduo, mas também da sociedade a que pertence (GOMES, 2005, p. 96-97).

Aliás, a educação é tida como uma viabilizadora do projeto constitucional considerando que, como lembra Marcos Augusto Maliska (2008, p. 793), “a nossa democracia depende não apenas de uma universalização do acesso à educação, mas também de uma Educação que crie as bases para uma sociedade democrática, que respeite a diversidade”.

Este objetivo parece claro da expressa dicção do art. 205 da CRFB/88, ao prever a educação como “direito de todos e dever do Estado e da família”, que visa “ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”. Trata-se de evidente norma programática, estabelecadora de fins genéricos a serem alcançados e diretrizes a serem respeitadas pelo Estado e pela comunidade na realização do direito à educação.

No mesmo sentido, o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais³, aprovado pelo Congresso Nacional, mediante o Decreto Legislativo nº 226, de 12 de dezembro de 1991, e promulgado pelo Decreto Presidencial no. 591, de 6 de julho de 1992. Neste instrumento, é reconhecido o “direito de todas as pessoas à educação”, consoante a redação de seu art. 13, que dispõe:

Art. 13. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa à educação. Concordam em que a educação deverá visar ao pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido de sua dignidade e fortalecer o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais. Concordam ainda em que a educação deverá capacitar todas as pessoas a participar efetivamente de uma sociedade livre, favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e entre todos os grupos raciais, étnicos ou religiosos e promover as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz (BRASIL, 1992).

Já os princípios da educação constantes no art. 206 da CRFB/88 são tidos como diretamente aplicáveis e dotados de plena eficácia (SARLET, 2004, p. 327). Dentre eles, pode-se destacar a “igualdade de condições para o acesso e permanência na escola” (inciso I) e a o “pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino” (inciso III). São fixadas diretrizes para os planos nacionais, dependentes de ações integradas entre as diversas esferas do poder público, a perseguir o objetivo de “universalização do atendimento escolar” e “promoção humanística, científica e tecnológica do País” (art. 214, incisos II) (BRASIL, 1988).

³ Adotado pela XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 19 de dezembro de 1966.

Com relação ao art. 208 da CRFB/88, atinente aos deveres estatais:

[...] o Constituinte cuidou de estabelecer certos mecanismos e diretrizes a serem adotados na implementação de seu dever com a educação, salientando-se a garantia do ensino fundamental obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria (art. 208, inc. I). Além disso, o art. 208, em seu §1º, contém a inequívoca declaração de que “o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo”. Por derradeiro, cumpre referir a norma que estabelece a possibilidade de responsabilização da autoridade competente pelo não-oferecimento ou oferta irregular deste ensino obrigatório gratuito (art. 208, §2º) (SARLET, 2004, p. 329).

O direito à educação é caracterizado como uma prestação social, mas também deve ser reconhecido como uma “liberdade pública”, de sorte que se tem um “direito fundamental à educação e de acesso, e não de liberdade de acesso e de liberdade de aprender, evitando a confusão de conteúdos e dimensões” (TAVARES, 2008, p. 777).

Assim, no que se pertine à eficácia horizontal, o art. 209 assegura liberdade à iniciativa privada, desde que cumpridas as normas gerais da educação nacional, dependentes de “autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público”. Sobre o tema, Canotilho (2000, p. 342) pondera ser um “processo público aberto às mediações de entidades privadas”.

Se a CRFB/88 consagra o princípio da dignidade humana, a partir de pressupostos de universalidade, amparada na noção de solidariedade social, especial atenção foi dada à proteção da pessoa com deficiência, em diversas partes do seu texto. Cabe, quanto ao tema, uma ressalva epistemológica. Certamente que, à época da promulgação da Carta Cidadã, não era possível contar com os aportes científicos e desenvolvimento teórico que hoje caracterizam as aproximações à temática.

Interessante que, como salientam Carolina Ferraz e Glauber Leite (2015, p. 102), “constatada essa sensível vulnerabilidade (...), a proteção de interesses particulares e a participação social dessas pessoas com deficiência dependerá do auxílio de outros indivíduos”. Deste modo, “as políticas públicas deverão ser baseadas em preceitos solidaristas, a fim de impor ao Estado e à sociedade o dever de cuidar como corolário da garantia da qualidade de vida e promoção da dignidade humana”.

De toda sorte, são fixadas as competências de todos os entes federativos para legislar concorrentemente acerca de sua “proteção e integração social” (art. 24, XIV), sem prejuízo das competências materiais (comuns) da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para cuidar de sua saúde, assistência, proteção e garantia (art. 23, II). No

capítulo atinente à assistência social, tem-se a previsão de benefício específico, no art. 203 (BRASIL, 1988):

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:
[...] *Omissis*;
IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;
V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

Foram previstas garantias antidiscriminação no trabalho na iniciativa privada (art. 7º, XXXI), reserva de vagas no serviço público (art. 37, VIII) e no âmbito da previdência especial (art. 40, g, § 4º, I) e geral (art. 201, § 1º), sem prejuízo da acessibilidade (art. 227 § 2º e art. 244). E, para assegurar condições materiais de integração, estabeleceu-se o dever estatal de prover “atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino” (art. 208, inciso III).

As diretrizes da proteção constitucional foram lentamente incorporadas à legislação ordinária, como acentua Luiz Alberto David Araújo (2011, p. 11-16). Com efeito, tem-se um extenso lapso temporal entre as Leis nºs 7.853/89, Lei 8.213/91, Lei 10.098/2000 e outras normas disciplinadoras.

Neste sentido, a incorporação da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, mediante o Decreto Legislativo nº 6.949/2009, é um marco, por sua posição hierárquica, mas também pelas diretrizes ali consignadas. A Convenção de Nova York foi aprovada em 2007 e contou com a aprovação de 101 Estados. No caso brasileiro, foi o primeiro tratado internacional de direitos humanos aprovado e ratificado em conformidade com o trâmite (quórum de aprovação e turnos de votação) previsto no art. 5º, § 3º, da CRFB/88, de sorte que possui hierarquia normativa de Emenda Constitucional (EC). Está incluído, destarte, no denominado “bloco de constitucionalidade”, servindo como parâmetro para a revisão judicial de legislação, que lhe deve guardar consonância material. Pode-se cogitar, ainda, sua condição de clausula pétrea, considerando a impossibilidade de deliberação acerca de “proposta de emenda tendente a abolir “os direitos e garantias individuais” (art. 60, § 4º), rol que também contempla os direitos sociais” (BRASIL, 1988).

No plano material, a Convenção estabeleceu-se como importante instrumento de promoção, proteção e garantia do “exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e

liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência, promovendo o respeito pela sua inerente dignidade”, como consignado em seu art. 1º (BRASIL, 2009).

Na esteira desta previsão, a Lei nº. 12.764, de 27 de dezembro de 2012, que institui a Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista e, sobretudo, a Lei Brasileira de Inclusão (Lei nº. 13.146/2015), conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência. Trata-se de norma que traz as diretrizes gerais desta política pública, com instrumentos assecuratórios e promotores da igualdade material, do “exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania” (BRASIL, 2015).

No que concerne ao direito à educação, o Estatuto da Pessoa com Deficiência regulamenta os objetivos consignados na Convenção de Nova York, sobretudo em seu artigo 24, que prevê:

Artigo 24

Educação 1.

Os Estados Partes reconhecem o **direito das pessoas com deficiência à educação**. Para efetivar esse direito **sem discriminação e com base na igualdade de oportunidades**, os Estados Partes assegurarão sistema educacional inclusivo em todos os níveis, bem como o aprendizado ao longo de toda a vida, com os seguintes objetivos:

a) O pleno desenvolvimento do potencial humano e do senso de dignidade e auto-estima, além do fortalecimento do respeito pelos direitos humanos, pelas liberdades fundamentais e pela diversidade humana;

b) O máximo desenvolvimento possível da personalidade e dos talentos e da criatividade das pessoas com deficiência, assim como de suas habilidades físicas e intelectuais;

c) A participação efetiva das pessoas com deficiência em uma sociedade livre.

2. Para a realização desse direito, os Estados Partes assegurarão que:

a) As pessoas com deficiência não sejam excluídas do sistema educacional geral sob alegação de deficiência e que as crianças com deficiência não sejam excluídas do ensino primário gratuito e compulsório ou do ensino secundário, sob alegação de deficiência;

b) As pessoas com deficiência possam ter acesso ao ensino primário inclusivo, de qualidade e gratuito, e ao ensino secundário, em igualdade de condições com as demais pessoas na comunidade em que vivem;

c) Adaptações razoáveis de acordo com as necessidades individuais sejam providenciadas;

d) As pessoas com deficiência recebam o apoio necessário, no âmbito do sistema educacional geral, com vistas a facilitar sua efetiva educação;

e) Medidas de apoio individualizadas e efetivas sejam adotadas em ambientes que maximizem o desenvolvimento acadêmico e social, de acordo com a meta de inclusão plena.

3. Os Estados Partes assegurarão às pessoas com deficiência a possibilidade de adquirir as competências práticas e sociais necessárias de modo a facilitar às pessoas com deficiência sua plena e igual participação no sistema de ensino e na vida em comunidade.

(...)

4. A fim de contribuir para o exercício desse direito, os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para empregar professores, inclusive professores com

deficiência, habilitados para o ensino da língua de sinais e/ou do braille, e para capacitar profissionais e equipes atuantes em todos os níveis de ensino. Essa capacitação incorporará a conscientização da deficiência e a utilização de modos, meios e formatos apropriados de comunicação aumentativa e alternativa, e técnicas e materiais pedagógicos, como apoios para pessoas com deficiência.

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

Na mesma toada, a Lei nº. 13.146/2015 estabeleceu em seu art. 28 uma série de medidas - assegurar, criar, desenvolver, implementar, incentivar, acompanhar e avaliar - para o Poder Público, de sorte a garantir o acesso à educação às pessoas com deficiência ao ensino fundamental e médio. No caso das instituições de ensino superior e de educação profissional e tecnológica, foram previstas medidas nos processos seletivos para ingresso, mas também de permanência. Neste caso, os deveres foram – nos termos da disposição constitucional – estendidos aos entes privados, com vedação da “cobrança de valores adicionais de qualquer natureza em suas mensalidades, anuidades e matrículas no cumprimento dessas determinações” (art. 28, 1º) (BRASIL, 2015).

Resolveu-se, deste modo, querela interpretativa ocasionada pelo emprego da expressão “preferencialmente” - aliada ao termo “atendimento educacional especializado” – que teriam conduzido ao entendimento de que os alunos com deficiência teriam direito ao ensino regular como uma “opção”. Seria a compreensão de que todas essas crianças necessitassem “de atendimento educacional especializado e tão somente desse tipo de atendimento, como se também não fosse uma criança como as demais, com direito a convivência, aprendizado e crescimento com sua geração” (GONZAGA, 2015, p. 115). Foi para superar este tipo de interpretação enviesada que a legislação em tela guarda sua relevância.

A despeito das dificuldades de efetivação das medidas ali tomadas, foi justamente a imposição destes deveres que ensejou discussão em torno das relevantes diretrizes do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

3 A ADI 5357: A DISPUTA ENTRE DIREITO DE PROPRIEDADE E INCLUSÃO DE GRUPOS MINORITÁRIOS NO STF

Após ampla celebração dos seus termos, que institucionalizaram as garantias das pessoas com deficiência, com integração das políticas públicas, a Lei 13.146/2015 passou por um importante obstáculo: a avaliação de sua constitucionalidade pelo STF. A Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (CONFENEN) ajuizou a ADI 5357, com pedido de declaração da inconstitucionalidade dos arts. 28, § 1º, e 30, *caput*, da mencionada norma.

De acordo com a petição inicial, os citados artigos, por estabelecerem deveres aos estabelecimentos privados de ensino para integração destas pessoas, com vedação da “cobrança de valores adicionais de qualquer natureza em suas mensalidades, anuidades e matrículas no cumprimento dessas determinações” feririam dispositivos constitucionais referentes ao direito de propriedade e sua função social (art. 5º, *caput* e incisos XXII e XXIII; art. 170, incisos II e III), à educação como dever do Estado e da família (art. 205); à liberdade de aprender e de ensinar; ao pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas (art. 206, *caput* e incisos II e III), ao dever do Estado quanto ao atendimento a “portador de necessidade especial” (*sic*) (art. 208, *caput* e inciso III), à liberdade de ensino à livre iniciativa (art. 209), à educação como dever do Estado e da família (art. 227, § 1º, inciso II) (BRASIL, 1988).

Interessante perceber, da argumentação exordial, a tentativa de descaracterizar o direito à educação enquanto direito social – no caso, também oponível aos particulares. Isto porque, em acordo com a CONFENEN:

(...) a Lei 13.146/2015 não constitui norma geral da Educação Nacional e que a escola particular, embora prestando serviço de natureza pública e coletivo, não é CONCESSÃO, DELEGAÇÃO OU FAVOR DOS PODERES PÚBLICOS, sendo o ensino livre à iniciativa privada (artigo 209, incisos I e II), como consequência da liberdade de ensinar, do pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, com coexistência de instituições públicas e privadas de ensino (artigo 206, incisos II e III), e não estando essa atividade arrolada nos incisos X a XII, XXII e XXIII do artigo 21, da Carta Magna, como monopólio ou prerrogativa estatais com exclusividade ou não. (BRASIL, 2015, p. 38 [3])

Em momento algum são cogitados os condicionantes ao exercício da liberdade à iniciativa privada: cumprimento das normas gerais da educação nacional e “autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público” (art. 209, CF-88).

Ao final, discute-se se as normas em questão violariam o princípio da razoabilidade, pois:

[...] obrigam à escola comum, regular, pública ou privada, não especializada e despreparada para a incumbência de receber todo e qualquer portador de necessidade especial, de qualquer natureza, grau ou profundidade; prometem ao portador de necessidade especial uma inclusão social com eficiência, tratamento e resultado, de que carecer cada um que a escola regular, comum, não conseguirá propiciar; jogam ônus dos sobrecustos para a escola particular e para todos seus demais alunos, alterando injustamente o orçamento familiar, com verdadeira expropriação; frustram e desequilibram emocionalmente professores e pessoal da escola comum, regular, por não possuírem a capacitação e especialização para lidar com todo e qualquer portador de necessidade e a inumerável variação de cada deficiência; causarão o desemprego e o fechamento de escolas particulares; lançam sobre a iniciativa privada encargos e custos de responsabilidade exclusiva dos poderes públicos (BRASIL, 2016)

Há, na argumentação, um notável desconhecimento: o dever estatal quanto à efetivação deste direito social não é excludente das obrigações dos particulares, nos termos da CF-88.

Distribuída a inicial ao Relator Luis Edson Fachin, mediante sorteio, foram prestadas informações pelo Presidente da Câmara dos Deputados acerca da tramitação do projeto de lei que deu origem à norma impugnada. O Presidente do Senado Federal, por sua vez, reiterou a constitucionalidade da Lei nº 13.146/2015 e sua compatibilidade com a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. A Presidência da República ratificou as razões da sanção aos dispositivos em questão, uma vez que, com a promulgação da norma, ao invés de “problema médico”, a “deficiência passou a ser encarada como uma questão social, que demanda a adoção de medidas necessárias à eliminação de obstáculos e à garantia da plena inclusão na vida comunitária” (BRASIL, 2015).

A ação foi acompanhada por expressivos setores da sociedade civil. Participaram, como *amici curiae*, a Federação Nacional das Apaes (FENAPAES), a Federação Brasileira das Associações de Síndrome de Down (FBASD), Associação Nacional do Ministério Público de Defesa dos Direitos dos Idosos e Pessoas com Deficiência (AMPID), o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB) e a Associação Brasileira para a Ação por Direitos das Pessoas com Autismo (ABRAÇA). Após a apreciação da liminar em medida cautelar, foram integrados à lide na condição de “amigo da corte”, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo, a Associação Movimento de Ação e Inovação Social, a Organização Nacional de Cegos do Brasil (ONCBBRASIL), a Federação das Fraternidades Cristãs de Pessoas com Deficiência do Brasil (FCD/BR), a Organização Nacional de Entidades de Deficientes Físicos no Brasil (ONEDEF), a Associação de Pais, Amigos e Pessoas com

Deficiência, de Funcionários do Banco do Brasil e da Comunidade (APABB) e a Federação Nacional das Associações Pestalozzi.

Na apreciação da liminar, o Relator Luis Edson Fachin, *ad referendum*, negou o pedido, com amparo em ampla fundamentação – a englobar a normatização constitucional, integrando as diretrizes da Convenção de Nova York como “bloco de constitucionalidade”, por sua incorporação ao texto nos termos do art. 5º, §3º. CF-88.

O Ministro Relator entendeu que “não se acolhe o invocar da função social da propriedade para se negar a cumprir obrigações de funcionalização previstas constitucionalmente”. A propriedade, neste sentido, não se limita “à geração de empregos e ao atendimento à legislação trabalhista e tributária”. Deste modo:

[...] não é 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. Sua apresentação desacompanhada de sério e prévio levantamento a dar-lhes sustentáculo, quando cabível, não se coaduna com a nobre legitimidade atribuída para se incoar a atuação desta Corte (Voto do Relator, p. 14).

A ausência do *periculum in mora* foi constatada pela própria *vacatio legis* de 180 (cento e oitenta) dias estabelecida no art. 127 da norma impugnada. Quanto ao *fumus boni juris*, os termos da Ementa foram conclusivos:

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

Restaria saber se a fundamentação da decisão liminar seria acolhida pelo Pleno do Tribunal quando da apreciação meritória. Ou se o tribunal confirmaria os dados coletados nas pesquisas empíricas que analisam a atuação do STF no controle de constitucionalidade

concentrado: o expressivo contingente de ações que aguardam julgamento, em virtude do longo período que decorre entre seu ajuizamento e a efetiva apreciação do seu mérito⁴, a redundar em eventual perda de objeto em virtude da revogação da norma impugnada.

Ao final, uma surpresa: por unanimidade, o Tribunal deliberou converter o julgamento do referendo da cautelar em julgamento de mérito. Por ampla maioria, a ação foi julgada, no mérito, improcedente. O único voto divergente foi do Ministro Marco Aurélio Mello, que se manifestou pela procedência parcial, sob o argumento de que “o Estado não pode cumprimentar com o chapéu alheio, não pode compelir a iniciativa privada a fazer o que ele não faz porque a obrigação principal é dele [Estado] quanto à educação”, consoante exposto no sítio eletrônico do STF.

CONCLUSÕES: “À ESCOLA NÃO É DADO ESCOLHER, SEGREGAR, SEPARAR, MAS É SEU DEVER ENSINAR, INCLUIR, CONVIVER”

Os estudiosos da atuação do STF deparam-se, constantemente, com preocupantes dados quanto ao principal fundamento da jurisdição constitucional: a defesa dos direitos fundamentais.

Sabe-se que o Tribunal está adstrito, pelo princípio da inércia, à pauta proposta pelos agentes legitimados. Em sede de controle concentrado, em conformidade com o art. 103 da CRFB/88, há uma prevalência do “controle federativo e o corporativo” (BENVINDO *et al*, 2014, p. 80). A mesma tendência é verificada no controle difuso, em que preponderam os entes estatais como maiores litigantes⁵. Ao final, a conclusão é de que:

Portanto, a conclusão geral da pesquisa é a de que a atuação do STF no julgamento das ADIs não se concentra nas decisões relativas a direitos fundamentais e que, mesmo nas poucas decisões que lidam com a efetivação de tais direitos, elas são majoritariamente ligadas à proteção dos interesses corporativos das entidades legitimadas, o que é ainda mais grave no âmbito federal, em que praticamente 60% das decisões têm um caráter corporativo (BENVINDO *et al*, 2014, p. 29).

⁴ As pesquisas mais recentes sobre o controle concentrado ratificam o longo tempo decorrido entre ajuizamento e resposta do STF, em que “uma ação raras vezes é julgada procedente em menos de 2 anos e o tempo médio desses julgamentos é superior a 5 anos, ou seja, é maior que uma legislatura” (BENVINDO *et al*, 2014, p. 20).

⁵ Dos 12 maiores litigantes do STF “recursal”, apenas a Telemar (oitava) não compõe a Administração Pública. (FALCÃO *et al*, 2011, p. 68-69)

Considerada esta dinâmica, a decisão do STF na ADI 5357 deve ser celebrada, por sua celeridade e por seu mérito. Alia-se aos grandes julgados legitimadores do potencial democrático destas instituições contramajoritárias que, como o STF, são encarregadas da relevante função de revisão judicial de legislação.

Com efeito, o julgado mais referenciado da história, representativo da capacidade de promoção de uma “revolução de direitos” pelos tribunais, foi *Brown v. Board of Education*, em que a Suprema Corte dos Estados Unidos assentou a inconstitucionalidade da política de segregação racial nas escolas (BAUM, 2010, p. 23). Cabe aqui, mais um registro. A confirmação de políticas que promovem a inclusão e proteção de grupos minoritários, através do acesso à educação, identificam estas importantes decisões. E mais: os ganhos auferidos por todos aqueles que podem conviver com a diferença.

Este objetivo foi consignado por todos os ministros que aderiram ao relevante voto do Relator Luis Edson Fachin, no sentido de que “o enclausuramento em face do diferente furta o colorido da vivência cotidiana, privando-nos da estupefação diante do que se coloca como novo, como diferente.” (BRASIL, 2015, Voto do Relator, p. 9-10).

Para o Ministro Teori Zavascki, “uma escola que se preocupe além da questão econômica, em preparar os alunos para a vida, deve na verdade encarar a presença de crianças com deficiência como uma especial oportunidade de apresentar a todas, principalmente as que não têm deficiências, uma lição fundamental de humanidade”. Ou, para a Ministra Rosa Weber, “muitos dos problemas que a sociedade enfrenta hoje, entre eles a intolerância, o ódio, desrespeito e sentimento de superioridade em relação ao outro talvez tenham como origem o fato de que gerações anteriores não tenham tido a oportunidade de conviver mais com a diferença” (BRASIL, 2015).

Os desafios e dilemas da solidariedade social, através da consagração de políticas públicas prestacionais e da afirmação de um direito antidiscriminatório, são múltiplos. As dificuldades para converter as normas em realidade, para além do seu mero simbolismo, não são poucas. Mas as conquistas, como a decisão da ADI 5357, tem o relevante papel de mostrar as potencialidades do acordo constitucional e renovar as esperanças em sua efetividade.

DEMOCRACY, INCLUSION AND SOCIAL RIGHTS AT SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: THE JUDGEMENT OF ADI 5357 AND THE CONSTITUTIONALITY OF THE BRAZILIAN INCLUSION ACT

ABSTRACT: The work explores the normative and political challenges to secure efficacy to the social human right to education of children with disabilities. For this purpose, it proposes the analysis of discussion, at the Brazilian Supreme Court, about the constitutionality of two articles of the Brazilian Inclusion Act (Law no. 13,146 / 2015), through Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 5357, filed by CONFENEN (Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino). The recent judgement of this action, which kept the questioned articles, allows us to evaluate the potential protection of fundamental rights through the exercise of judicial review.

Keywords: Social Rights. Inclusion. Judicial Review. Supremo Tribunal Federal. Violation of Law.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David. **Barrados**: pessoas com deficiência sem acessibilidade: como, o que e de quem cobrar. Petrópolis: KBR, 2011.

BAUM, Lawrence. **The Supreme Court**. Ohio: CQ Press, 2010.

BENVINDO, Juliano Zaiden; COSTA, Alexandre Araújo (coords.). **A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade?** O descompasso entre teoria e prática na defesa dos direitos fundamentais. Brasília: UnB, 2014.

BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch**: the Supreme Court at the bar of politics. Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1962.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria do estado**. São Paulo: Malheiros, 1999.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet *et al.* **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Constituição. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, 5 outubro. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 12 maio. 2016.

76

_____. Lei nº. 12.764, de 27 de dezembro de 2012. Institui a Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista; e altera o § 3º do art. 98 da Lei no 8.112, de 11 de dezembro de 1990. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 27 dezembro. 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12764.htm>. Acesso em: 12 maio. 2016.

_____. Lei nº. 13.146, de 06 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 06 julho. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm>. Acesso em: 12 maio. 2016.

_____. Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 6 julho. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em: 12 maio. 2016.

_____. Decreto nº 6.949/2009, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 25 agosto. 2009. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 27 dez. 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 12 maio. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal (STF). Ação Direta de Inconstitucionalidade 5357. Relator: Ministro Luis Edson Fachin. Brasília, 4 de agosto de 2015. **Acórdãos:** consulta à jurisprudência. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4818214>>. Acesso em: 13 jun. 2016.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2000.

FALCÃO, Joaquim; CERDEIRA, Pablo de Camargo; ARGUELHES, Diego Werneck. **Relatório Supremo em números - o múltiplo Supremo**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2011.

FARIA, José Eduardo. O Judiciário e os direitos humanos e sociais: notas para uma avaliação da justiça brasileira. FARIA, José Eduardo (org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 93-112.

FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão. A proteção jurídica da pessoa com deficiência como uma questão de direitos humanos. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão (coords.). **Direito à diversidade**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 93-113.

GALINDO, Bruno. O direito antidiscriminatório entre a forma e a substância: igualdade material e proteção de grupos vulneráveis pelo reconhecimento da diferença. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão (coords.). **Direito à diversidade**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 43-60.

GOMES, Sérgio Alves. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e o direito fundamental à educação. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.13, n.51, p. 53-101, abr./jun. 2005, p. 96-97.

GONZAGA, Eugênia Augusta. A pessoa com deficiência e o direito à acessibilidade. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão (coords.). **Direito à diversidade**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 114-126.

HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y validez: sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso**. Madrid: Trotta, 1998.

KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Safe, 2002.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

MALISKA, Marcos Augusto. Educação, constituição e democracia. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 789-800.

MENDES, Gilmar. Integração social e perspectivas da democracia. **Direito Público**, a. II, n. 7, p. 5-20, jan./mar. 2005.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**: volume IV. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

PINTO, Luzia Marques da Silva Cabral. **Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

ROSANVALLON, Pierre. **A crise do estado-providência**. Goiânia: UFG; Brasília: UnB, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

TAVARES, André Ramos. Direito fundamental à educação. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direitos sociais**: fundamentos, judicialização e direitos em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 771-778.