

A INCLUSÃO VEIO PARA FICAR: O DIREITO ANTIDISCRIMINATÓRIO PÓS-ADI 5357 E A EDUCAÇÃO INCLUSIVA COMO DIREITO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

R: 13.05.2016; A: 23.06.2016

*Bruno Galindo**

RESUMO: O presente trabalho versa sobre o direito antidiscriminatório, expondo sua definição conceitual e sua importância no contexto da defesa dos direitos da pessoa com deficiência. Com essa perspectiva, aborda a tormentosa questão do direito à educação da pessoa com deficiência, com especial destaque para o recente julgamento do Supremo Tribunal Federal da ADI 5357, ocasião em que a Corte declarou a constitucionalidade dos dispositivos da Lei Brasileira de Inclusão (Estatuto da Pessoa com Deficiência) que estendem às escolas privadas as obrigações referentes à promoção da educação inclusiva.

Palavras-chave: Pessoa com Deficiência. Educação Inclusiva. Direito Antidiscriminatório. Direito à Educação.

INTRODUÇÃO

O presente ensaio tem por objetivo analisar o conjunto de proposições jurídicas que em outra oportunidade denominei de direito antidiscriminatório (GALINDO, 2015, p. 51.), dentro da perspectiva da afirmação dos direitos de um segmento específico de pessoas vulneráveis, o das pessoas com deficiência, mais especificamente sobre a recente decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no dia 9 de junho de 2016 na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5357, Ação esta proposta pela CONFENEN (Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino) que objetivava deixar as escolas privadas brasileiras livres de obrigações como a garantia de matrícula de alunos com deficiência e a ausência de cobrança de valores pecuniários superiores aos dispendidos pelos responsáveis por alunos sem deficiência.

43

1 DIREITO ANTIDISCRIMINATÓRIO: UMA PERCEÇÃO INICIAL

Um dos permanentes desafios da efetividade dos direitos humanos, não somente aqui no Brasil, mas em muitos países do mundo, é o seu aspecto cultural. Tanto menos ocorrem pretensões dessa natureza quanto mais possa ser sólida uma cultura jurídica e

* Professor Associado da Faculdade de Direito do Recife/Universidade Federal de Pernambuco; Doutor em Direito pela UFPE/Universidade de Coimbra-Portugal (PDEE); Conselheiro Estadual e Presidente da Comissão de Direitos Humanos da OAB/PE. E-mail: brunogalindo@uol.com.br.

constitucional humanista e democrática, na qual a força normativa da constituição seja correspondente à generalização congruente das expectativas normativas (fazendo aí uma junção de Konrad Hesse e Marcelo Neves e, por que não dizer, também de Karl Loewenstein), situação em que diminui a possibilidade de pretensões flagrante e pejorativamente discriminatórias (HESSE, 1991; LOEWENSTEIN, 1964; NEVES, 2007).

Em tal perspectiva, o princípio da igualdade não pode ser pensado apenas a partir dos paradigmas da igualdade formal. Nem mesmo a igualdade material é suficiente, sendo imprescindível compreendê-lo a partir da diferença e das perspectivas teóricas em torno da não discriminação pejorativa e das possibilidades de discriminação reversa ou positiva.

Pode-se afirmar que se encontra em construção teórica (e por que não dizer, cultural), com avanços e percalços a depender do país e comunidade dos quais tratemos, uma espécie de direito antidiscriminatório, que consiste em tentativas pelas vias legislativa, administrativa e jurisprudencial, bem como com as reflexões doutrinárias, de minimizar vulnerabilidades de grupos sociais que sofrem discriminações em razão de suas condições específicas. Como afirmei em outra oportunidade, o direito antidiscriminatório pode ser conceituado como:

[...] um 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, a exemplo da criação e manutenção de privilégios injustificáveis à luz das contemporâneas teorias da justiça, 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 (GALINDO, 2015, p. 51).

Os avanços desse direito antidiscriminatório têm exigido dos intérpretes constitucionais uma permanente disposição de se repensar o princípio da igualdade, fortalecendo seus aspectos materiais justificadores de, por um lado, a coibição de ações de discriminação negativa ou pejorativa, e, por outro, da promoção de ações de discriminação positiva, quando estas se fazem necessárias. Como desdobramentos do primeiro tipo, há, p. ex., as diversas formas de combate ao racismo e à homofobia no plano de se impedir acesso aos mesmos bens jurídicos por parte de pessoas socialmente discriminadas por essas razões, a exemplo de importantes decisões como o paradigmático Acórdão do STF na ADI 4277,

quando o Tribunal decidiu pela constitucionalidade das uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo. Em relação ao segundo tipo, há a necessidade de promoção de políticas públicas que viabilizem o acesso dessas pessoas a bens jurídicos diversos, corrigindo desigualdades concretas através de medidas de justiça corretiva, evocando mais uma vez uma importante decisão da Corte suprema brasileira, quando decidiu pela constitucionalidade das políticas de ação afirmativa referente às cotas raciais no acesso à universidade pública, em mais um Acórdão paradigmático, desta vez na ADPF 186.

Não há dúvida de que essa discussão é amplamente influenciada pelo debate político-jurídico dos EUA a partir dos anos 70 do século passado. Tendo em vista inicialmente a questão racial e as ações afirmativas pertinentes, jusfilósofos norte-americanos, a exemplo de John Rawls e Michael Walzer, debatem o princípio da igualdade como definidor das liberdades individuais fundamentais, calibrado por outro princípio de justiça, o princípio da diferença, com a ideia básica da equitativa igualdade de oportunidades (RAWLS, 1997, p. 64; WALZER, 2003, p. 17). Essas discussões são ampliadas nas décadas seguintes envolvendo outros fatores relativos a esse debate igualdade/diferença, tais como gênero, pobreza/miserabilidade, orientação sexual, cultura, assim como a deficiência.

E esse último ponto é o que almejamos debater do direito antidiscriminatório: o seu alcance no âmbito dos direitos da pessoa com deficiência.

2 O DIREITO ANTIDISCRIMINATÓRIO NO CONTEXTO DOS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA: EDUCAÇÃO INCLUSIVA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

O tratamento teórico e analítico das questões relativas à pessoa com deficiência variou ao longo do tempo e o direito antidiscriminatório também reflete essas percepções.

Deixando de lado concepções desumanas de outrora que tratavam a pessoa com deficiência como socialmente inválida, castigada por Deus, possuída pelo demônio e outras, pode-se afirmar que a humanização do tratamento da questão inicia com o denominado modelo médico, sendo posteriormente repensada a partir dos novos paradigmas do modelo social ou mesmo, para alguns, na existência de um modelo pós-social, que seria o da diversidade.

O modelo médico tem por característica central a descontextualização da deficiência, enfocando-a como um incidente específico, relacionando-a como um problema do

indivíduo que a possui. Objetiva a homogeneidade e a deficiência é vista como semelhante a um problema de saúde que necessita de tratamento almejando a “normalidade” dessa pessoa, quando possível. É um problema essencialmente do próprio indivíduo ou, no máximo, de sua família, que devem se adaptar às demandas da sociedade para tais pessoas ou conviver com isso (Conferir SEGALLA, 2012, p. 131; FERRAZ; LEITE, 2015a, p. 94-95).

Por sua vez, o modelo social, inspirador da Convenção de Nova York, valoriza, sobretudo, a perspectiva de que o problema da deficiência não é somente do indivíduo ou da família, mas da sociedade como um todo. Parte da premissa de que os problemas e dificuldades enfrentadas pelas pessoas com deficiência são principalmente o resultado do modo pelo qual a sociedade lida com as limitações de tais indivíduos (SEGALLA, 2012, p. 131; FERRAZ; LEITE, 2015a, p. 94-95). A exclusão da pessoa com deficiência de seus direitos é fruto em substancial medida dos fatores ambientais e culturais, inadaptados a garantir tais direitos, já que edificados para o “homem normal”, invisibilizando os “diferentes” (CUENCA GÓMEZ, 2012 p. 116).

No plano da deficiência, pensar um direito antidiscriminatório a partir de todas essas contribuições levou a que, no plano internacional, 101 Estados soberanos aprovassem em 2007 a Convenção dos Direitos da Pessoa com Deficiência (também conhecida como Convenção de Nova York). O Brasil também é signatário da referida Convenção, concluindo sua aprovação interna em 2009 com um detalhe de extrema relevância: a referida Convenção foi o primeiro (e até agora, único) tratado internacional de direitos humanos aprovado e ratificado pelo critério estabelecido no art. 5º, § 3º, da Constituição da República, dispositivo que afirma o caráter de Emenda à Constituição de qualquer tratado de direitos humanos que seja aprovado no âmbito interno pelos mesmos critérios de aprovação das Emendas. Faz parte, portanto, a Convenção de nosso denominado “bloco de constitucionalidade”, uma tendência que se acentua, corroborada por decisões do STF (RE 482611/SC e ADI 514/PI) (GALINDO, 2012, p. 101).

A Convenção de Nova York, atualmente norma constitucional no Brasil, é claramente influenciada por esse ambiente político-jurídico antidiscriminatório e incorpora o que há juridicamente de mais avançado a respeito. Dentre outras coisas, supera o referido modelo médico, no qual a deficiência é pensada como “doença” a ser curada, e adota o modelo social, que implica na compreensão de que a deficiência é, antes de tudo, uma característica da pessoa (o próprio termo “pessoa com deficiência” em vez de “deficiente”, é um símbolo claro dessa evolução) e faz parte da diversidade humana.

Na questão educacional, pode-se afirmar que a compreensão iria até mais além, dentro da perspectiva daquilo que autores como Rafael de Asís Roig, Agustina Palacios e Javier Romañach identificam como “modelo da diversidade”, uma evolução do modelo social que acarreta na compreensão da deficiência como fator enriquecedor da própria vida em sociedade (CUENCA GÓMEZ, 2012, p. 117).

Isso quer dizer, essencialmente, que a convivência em uma escola de qualquer tipo entre alunos com e sem deficiência não é benéfica somente ao primeiro; traduz-se, sim, em uma perspectiva educacional de aprendizado recíproco, de educação inclusiva para a vida, de exercício da cidadania, de compreensão de limites e possibilidades dos indivíduos a partir de suas singularidades.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência, que iniciou sua vigência em janeiro de 2016, é basicamente um desdobramento de todas essas concepções, sendo em alguns pontos uma consolidação da legislação já existente e em outros uma regulamentação da Convenção. Esta faz referência, em seu art. 24, no direito à educação da pessoa com deficiência sem discriminação e com base na igualdade de oportunidades e que, para tal, os Estados devem assegurar em todos os níveis um sistema educacional inclusivo. Trata do sistema educacional geral, o que inclui as escolas públicas e privadas, pois, embora a estas últimas seja permitida a exploração do serviço educacional no modelo empresarial da livre iniciativa e a correspondente contrapartida com a cobrança de mensalidades/anuidades pelo serviço prestado, não se pode desconsiderar que a educação, além de um direito, é também um serviço público, embora não exclusivo do Estado. Ao explorá-lo, a liberdade das instituições privadas não é absoluta: precisa se conformar às diretrizes educacionais adotadas pelo poder público competente, e isso implica não somente o cumprimento da Lei de Diretrizes e Bases da Educação, mas de toda a legislação educacional pertinente, o que inclui o Estatuto da Pessoa com Deficiência na parte específica, bem como outras Leis, como a 12764/2012 (Lei Berenice Piana – sobre pessoas com autismo) e a 7853/1989. Assim também, por óbvio, o cumprimento da Constituição e, repita-se, a Convenção dos Direitos da Pessoa com Deficiência é norma constitucional.

Em verdade, desde a Carta de 1988, tem sido progressivamente fortalecida no Brasil a tendência a reconhecer e contemplar os direitos da pessoa com deficiência, sobretudo para atender às suas necessidades especiais, diversas das do cidadão “normal”, para alcançar a efetiva igualdade de oportunidades e ter acesso aos mesmos bens jurídico-sociais. São

condições necessárias ao exercício da cidadania, e para tal, vem se erigindo um significativo arcabouço de normas jurídicas antidiscriminatórias.

No caso das deficiências estritamente físicas, é generalizada a previsão normativa do dever de se construir em empreendimentos imobiliários públicos ou privados, p. ex., rampas de acessibilidade motora a cadeirantes e vagas preferenciais nos estacionamentos. No serviço público, é reservado percentual de vagas para a pessoa com deficiência nos concursos públicos (CRFB/88, art. 37, VIII), ao passo que também as empresas privadas em geral têm obrigação de cumprimento de cotas de pessoas com deficiência dentre seus funcionários (CRFB/88, art. 7º, XXXI). É algo praticamente incontroverso na atualidade e não se vê, p. ex., decisões judiciais conferindo aos estabelecimentos empresariais privados o “direito” de não executarem em suas casas e prédios as obras tecnicamente necessárias à acessibilidade: pelo contrário, isso pode ocasionar até mesmo a não autorização do empreendimento com as consequências legais adjacentes. É igualmente impensável cobrar-se do cadeirante ou pessoa com deficiência usuária da obra de acessibilidade valores a mais em razão de sua utilização.

De modo que, como será visto no tópico a seguir, afigura-se até certo modo estranho que estabelecimentos privados de ensino resolvam pleitear em juízo um “direito” a discriminar (e aqui minha referência é essencialmente à discriminação negativa, pejorativa, não às discriminações reversas ou positivas)¹, mas foi o que ocorreu junto ao Supremo Tribunal Federal com a Ação Direta de Inconstitucionalidade 5357, de autoria da Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (CONFENEN).

3 ADI 5357: ENTRE “DIREITO A DISCRIMINAR” E DIREITO ANTIDISCRIMINATÓRIO. STF E A AFIRMAÇÃO HISTÓRICA DA INCLUSÃO COMO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL.

Em verdade, não é exatamente uma novidade a proibição da discriminação escolar em relação à pessoa com deficiência. Pelo menos desde 1989, a Lei 7853, em seu art. 8º, expressamente tipifica como crime a recusa de matrícula ao aluno em razão de sua

¹ TUSHNET, Mark: “Regras da Corte Suprema Norte Americana sobre Ação Afirmativa”, in: **Jurisdição e Direitos Fundamentais – Anuário 2004/2005: Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul – AJURIS**, vol. I, tomo I (org.: SARLET, Ingo Wolfgang). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 303-320; RIOS, Roger Raupp: “Relações Raciais no Brasil: Desafios Ideológicos à Efetividade do Princípio Jurídico da Igualdade e ao Reconhecimento da Realidade Social Discriminatória entre Negros e Brancos”, in: **Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita** (org.: BALDI, César Augusto). Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 465-490.

deficiência, tendo sido, aliás, aumentada a pena com a nova redação dada pela Lei 13146/2015. A Lei 12764/2012 (Lei do Autismo) também prevê punições de caráter administrativo e a Lei 13146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência ou Lei Brasileira de Inclusão), além de corroborar com todo o arcabouço legal anteriormente previsto, estende algumas obrigações pertinentes ao setor privado de ensino e deixa clara a impossibilidade de se cobrar adicionais para o cumprimento dessas obrigações, principalmente nos arts. 28 e 30. Esta última Lei ainda previu período de *vacatio legis* de 180 dias, no intuito de permitir, dentre outras coisas, que durante esse tempo as escolas particulares pudessem se adaptar à nova legislação. Ressalte-se ainda que esses dispositivos legais basicamente conferem aplicabilidade ao art. 24 da Convenção dos Direitos da Pessoa com Deficiência, estipulando que a obrigação de receber alunos com deficiência é de todas as escolas participantes do sistema educacional brasileiro, sejam elas públicas ou privadas.

Contudo, em vez de buscar o diálogo com as famílias, entidades representativas das pessoas com deficiência, órgãos públicos e demais, lamentavelmente a CONFENEN (Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino), entidade sindical de âmbito nacional representativa dos estabelecimentos privados de ensino, optou pelo ingresso de Ação Direta de Inconstitucionalidade requerendo que o STF declarasse a inconstitucionalidade dos arts. 28, § 1º, e 30, *caput*, da Lei Brasileira de Inclusão (Lei 13146/2015). Em síntese, a CONFENEN almejava que a expressão “privadas” deveria ser tida por inconstitucional, pois essa obrigação afrontaria o direito de propriedade, a sua função social (*sic*) e a liberdade de iniciativa do estabelecimento de ensino, além de ser uma obrigação exclusiva do Estado e da família prover educação para a pessoa com deficiência, não tendo a instituição privada de ensino nenhuma obrigação a respeito. Resumindo: com o provimento da ADI, os referidos estabelecimentos estariam livres para recusar as matrículas de alunos com deficiência por causa desta, cobrar adicionais nas mensalidades para mantê-los na escola e ainda não se submeterem às regras gerais de atendimento aos alunos com deficiência, preconizadas na LBI.

A ADI recebeu o número 5357, tendo sido protocolada em 4 de agosto de 2015, portanto, antes mesmo do prazo final da *vacatio legis* suprarreferida, com a LBI publicada, mas ainda sem vigência e exigibilidade. A CONFENEN requereu também medida cautelar, alegando urgência em sua concessão diante das supostas dificuldades de cumprimento dos dispositivos legais pelos seus representados.

Foi distribuída para Relatoria ao Ministro Edson Fachin que inicialmente determinou as intimações de praxe e deferiu vários pedidos de integração ao processo de

entidades na condição de *amicus curiae*. Foram elas: Federação Nacional das APAEs (FENAPAES), 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), Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), Associação Brasileira para a Ação por Direitos das Pessoas com Autismo (ABRAÇA) e Defensoria Pública do Estado de São Paulo.

Em 18 de novembro de 2015, o Ministro Relator Edson Fachin indeferiu monocraticamente a medida cautelar requerida, em decisão de 15 páginas, já adentrando com certa profundidade os fundamentos meritórios, e não somente cautelares procedimentais, da lide. Sua decisão foi ementada da seguinte forma:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA CAUTELAR. LEI 13.146/2015. ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. ENSINO INCLUSIVO. CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. INDEFERIMENTO.

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

A decisão monocrática do Ministro Edson Fachin aborda com percuciência as questões pertinentes à visão de inclusão preconizada pela Convenção de Nova York. Destaca que a atuação estatal no Brasil não deve dizer respeito apenas à inclusão das pessoas com deficiência, mas também, em perspectiva inversa, “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”.

Com especial importância, destaca o art. 24 da Convenção, que trata especificamente de educação, destacando em especial as seguintes partes:

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:**

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;**

[...] *Omissis*;

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.** Para tanto, os Estados Partes tomarão medidas apropriadas, incluindo:

A decisão do Ministro Edson Fachin possui outras passagens que merecem referência, especialmente ao fato de contemplarem amplamente os modelos social e da diversidade anteriormente referidos, apesar da ausência de sua menção expressa. Destacam-se:

A Lei nº 13.146/2015 estabelece a obrigatoriedade de as escolas privadas promoverem a inserção das pessoas com deficiência no ensino regular e prover as medidas de adaptação necessárias sem que o ônus financeiro seja repassado às mensalidades, anuidades e matrículas.

Analisada a moldura normativa, ao menos neste momento processual, infere-se que, por meio da lei impugnada, o Brasil atendeu ao compromisso constitucional e internacional de proteção e ampliação progressiva dos direitos fundamentais e humanos das pessoas com deficiência.

Ressalte-se que, não obstante o serviço público de educação ser livre à iniciativa privada, ou seja, independentemente de concessão ou permissão, isso não significa que os agentes econômicos que o prestam o possam fazê-lo ilimitadamente ou sem responsabilidade.

É necessária, a um só tempo, a sua autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público, bem como o cumprimento das normas gerais de educação nacional - as que se incluem não somente na Lei nº

9.394/1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação - LDB), como pretende a Requerente, mas também aquelas previstas pela própria Constituição em sua inteireza e aquelas previstas pela lei impugnada em seu Capítulo IV -, ambas condicionantes previstas no art. 209 da Constituição.

Não se pode, assim, pretender entrar a normatividade constitucional sobre o tema com base em leitura dos direitos fundamentais que os convoem em sua negação.

Nessa linha, não se acolhe o invocar da função social da propriedade para se negar a cumprir obrigações de funcionalização previstas constitucionalmente, limitando-a à geração de empregos e ao atendimento à legislação trabalhista e tributária, ou, ainda, o invocar da dignidade da pessoa humana na perspectiva de eventual sofrimento psíquico dos educadores e “usuários que não possuem qualquer necessidade especial”. Em suma: à escola não é dado escolher, segregar, separar, mas é seu dever ensinar, incluir, conviver.

Ademais, 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. Esse estranhamento “*não pode nos imobilizar em face dos problemas que enfrentamos relativamente aos direitos humanos, isto é, ao direito a ter direitos, ao contrário, o estranhamento deve ser o fio condutor de uma atitude que a partir da vulnerabilidade assume a única posição ética possível, a do acolhimento.*” (CHUEIRI, Vera Karam de; CÂMARA, Heloísa. Direitos Humanos em movimento: migração, refúgio, saudade e hospitalidade, *Revista Direito, Estado e Sociedade (PUC-RJ)*, Vol. 45, 2014. p. 174).

A Lei nº 13.146/2015 parece justamente assumir esse compromisso ético de acolhimento quando exige 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.

Como não é difícil intuir, a capacidade de surpreender-se com, na e pela alteridade, muito mais do que mera manifestação de empatia, constitui elemento essencial para um desarmado - e verdadeiro – convívio e também debate democrático. Nesse sentido e ainda na toada da Professora Vera Karam de Chueiri ao tratar da hospitalidade, parece evidenciar-se que somente “*no desestabilizar das certezas – de exclusão – surge a necessidade do encontro, do abraço, de ver os olhos de quem só se vê através da mediação de números*” (CHUEIRI, Vera Karam de; CÂMARA, Heloísa. Direitos Humanos em movimento: migração, refúgio, saudade e hospitalidade, *Revista Direito, Estado e Sociedade (PUC-RJ)*, Vol. 45, 2014. p. 174).

Para além de vivificar importante compromisso da narrativa constitucional pátria - recorde-se uma vez mais a incorporação da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência pelo procedimento previsto no art. 5º, §3º, CRFB - o ensino inclusivo milita em favor da dialógica implementação dos objetivos esquadrihados pela Constituição da República.

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

Embora a análise do Ministro Relator em princípio devesse ser acerca da existência do *fumus boni juris* e do *periculum in mora* da medida cautelar, a sua fundamentação adentrou profundamente questões meritórias, o que permitiu de certo modo antever uma clara tendência do referido Ministro em decidir o mérito do mesmo modo, o que terminou por se verificar.

Após ter entrado e saído pauta várias vezes, finalmente no dia 9 de junho de 2016, veio a decisão do Plenário do STF.² Manifestaram-se oralmente a CONFENEN, autora da

² No momento da redação deste ensaio 12 de junho de 2016, o Acórdão ainda não foi publicado, de modo que as referências feitas à decisão do Pleno da Corte Suprema estão fundamentadas nas informações constantes do Direito e Desenvolvimento, João Pessoa, v. 7, n. 13, p. 43-58

Ação, a Advocacia-Geral da União, a Procuradoria Geral da República e como *amicus curiae* o Conselho Federal da OAB e a FENAPAES.

O Ministro Edson Fachin, na condição de Relator, foi o primeiro a se pronunciar. Em linhas gerais, reiterou a robusta argumentação desenvolvida em sua anterior decisão monocrática, especialmente a questão da submissão das escolas privadas à LDB e leis gerais sobre educação, notadamente constitucionais, não podendo a escola ser um espaço de segregação, mas de inclusão e convivência com a diferença. Pugnou pela conversão do julgamento da cautelar já em julgamento de mérito, entendendo que o feito já estava suficientemente maduro para tal. Nessa questão foi acompanhado pelos demais Ministros presentes.

Em seguida, votou o Ministro Luís Roberto Barroso, que acompanhou o Relator, destacando especialmente a transformação acerca da interpretação do princípio da igualdade como reconhecimento aplicável às minorias e à inclusão social da pessoa com deficiência.

Também seguindo o Relator em seu voto, o Ministro Teori Zavascki destacou que:

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, um modo de convivência sem exclusões, sem discriminações em um ambiente de fraternidade (BRASIL, 2016).

Na mesma toada, a Ministro Rosa Weber ressaltou que muitos dos problemas sociais atuais, como ódio, intolerância e desrespeito com o outro, talvez decorram justamente da ausência de oportunidade de convivência com a diferença. Também seguiram o voto do Ministro Edson Fachin, o Ministro Luiz Fux, que destacou a centralidade do ser humano na Constituição; a Ministro Carmem Lúcia Rocha, que fez referência ao combate ao preconceito e a perspectiva da convivência recíproca como um direito das pessoas com e sem deficiência; o Ministro Gilmar Mendes, embora tenha ressaltado a necessidade de regras de transição para casos como este, até no sentido da prevenção de maiores controvérsias no âmbito das cortes; o Ministro Dias Toffoli, que acompanhou o Relator sem descer a pormenores; e ainda o Presidente do STF, Ministro Ricardo Lewandowski, que destacou a importância histórica e paradigmática do voto do Ministro Fachin.

próprio site do STF - <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=318569>>, acesso: 12/06/2016, bem como no vídeo de transmissão da sessão pela TV Justiça, o qual vi na integralidade.

O único voto divergente foi o do Ministro Marco Aurélio Mello que entendeu que a ADI deveria ser parcialmente acolhida, para destacar que seriam inconstitucionais as previsões dos dispositivos em questão se interpretadas como obrigatórias aos estabelecimentos privados de ensino, o que, em termos práticos, terminaria por ser uma acolhida plena face à ausência de dever por parte das referidas instituições em acolher o aluno com deficiência.

A decisão de mérito proferida, com um único voto divergente, é um marco histórico extremamente relevante na luta pela afirmação dos direitos da pessoa com deficiência. É uma firme resposta negativa da mais alta Corte brasileira a qualquer possibilidade de retrocesso em matéria de inclusão, não sendo admissível a utilização de paradigmas discriminatórios pejorativos como base para suas atividades, seja no âmbito do setor público, seja na iniciativa privada. A regra geral é a inclusão, e na educação não é diferente.

CONCLUSÃO

Em verdade, a questão educacional das pessoas com deficiência sempre foi um espécie de “calcanhar de Aquiles”. Não que as demais questões sejam simples, mas adaptar-se à heterogeneidade e aos desafios educacionais de sair dos padrões pedagógicos homogêneos, ter flexibilidade e dar conta da diversidade de modos de aprendizados em relação à educação dessas pessoas, é, indubitavelmente, uma tarefa muito complexa. Um aluno com deficiência, em boa parte dos casos, necessita de atendimento educacional especializado e de adaptações curriculares e psicopedagógicas para seu aprendizado (Conferir GONZAGA, 2015, p. 115; FERRAZ; LEITE, 2015b, p. 157-160). Como o sistema educacional historicamente excluiu essas pessoas, é evidente que as escolas em geral, públicas e privadas, ainda não estão completamente preparadas para essa demanda. É necessária parceria entre escola, família, associações privadas e órgãos públicos, enfim, entre todos os que possam colaborar. É igualmente necessária a compreensão por parte da família e da sociedade sobre os erros e percalços que as escolas certamente terão até acertarem no oferecimento de uma verdadeira educação inclusiva. Diante do fato de ser um desafio para o qual nenhum de nós está totalmente preparado, é preciso enfrentá-lo com diálogo permanente para a busca das

melhores soluções inclusivas, e a escola, pública ou privada, deve ser vista antes de tudo como uma parceira na edificação de uma educação inclusiva, nunca como uma inimiga.

Mas o caminho para isso seguramente não é o da exclusão do aluno com deficiência, seja no que diz respeito à recusa de sua matrícula por esses estabelecimentos, seja na cobrança de valores adicionais à mensalidade para que a escola privada cumpra com seus deveres referentes à educação inclusiva.

Infelizmente, a CONFENEN escolheu o pior dos caminhos, tanto jurídica como política e moralmente. Juridicamente, é pretensão que na prática implicaria em um “direito” a discriminar, o que vai de encontro tanto aos dispositivos constitucionais pertinentes, como à tendência jurisprudencial do STF (e de outras cortes do país) que tem sido a de avançar, sempre que possível, na igualdade e não discriminação, e não no seu inverso, como almejava a Confederação das escolas privadas. Politicamente, parecia desejar uma liberdade absoluta de empreendimento, algo inconcebível mesmo em empresas que prestam serviços exclusivamente privados (e não públicos, como educação e saúde), em vez de buscar sensibilizar governos e parlamentos, no sentido da obtenção de compensações para eventual aumento de custos em decorrência dos atendimentos educacionais especializados, como, p. ex., incentivos fiscais na medida em que a escola atingisse determinadas metas inclusivas, sugestões que Comissões de defesa de direitos desses segmentos de vulneráveis, a exemplo da Comissão dos Direitos da Pessoa com Deficiência e da Comissão de Direitos Humanos da OAB/PE, já fizeram publicamente. E moralmente por que, em vez de buscar tais caminhos alternativos, tenta penalizar justamente o lado mais vulnerável: o das famílias dos alunos com deficiência que, em seus cotidianos, já sofrem demasiadamente para conseguirem a inclusão escolar.

O que se verifica é que o direito antidiscriminatório tem tido uma clara tendência de fortalecimento no Brasil. No plano legislativo, governamental (políticas públicas) e judicial, é direito que avança, apesar dos percalços.

Indubitavelmente, o STF foi muito feliz na decisão da ADI 5357, mantendo a sensibilidade que tem tido para com as temáticas inclusivas e antidiscriminatórias e rechaçando uma claramente inconstitucional pretensão da Confederação das escolas privadas de uma espécie de “direito a discriminar”.

ANTI-DISCRIMINATORY LAW POST-ADI 5357 AND INCLUSIVE EDUCATION AS A RIGHT OF PEOPLE WITH DISABILITIES

ABSTRACT: This essay concerns about anti-discriminatory law, show its concept and importance in defense of the rights of people with disabilities. In this way, it exposes the problems about right of education of people with disabilities, with a special attention at decision of Federal Supreme Court in ADI 5357, when the judges declared the constitutionality of the rules of Brazilian Law of Inclusion (Statute of People with Disabilities). These rules extend to private schools the duties to promote inclusive education.

Keywords: People with disabilities. Inclusive Education. Anti-discriminatory Law. Right of Education.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=318570>>. Acesso em: 09 de junho de 2016.

CUENCA GÓMEZ, Patricia: “Sobre la inclusión de la discapacidad en la teoría de los derechos humanos”, in: **Revista de Estudios Políticos**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012, p. 103-137.

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

_____, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão: “Direito à educação inclusiva: uma análise contemporânea em favor da diversidade e da cidadania plural”, in: **Direito à diversidade** (orgs.: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão). São Paulo: Atlas, 2015b, p. 142-162.

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

GALINDO, Bruno: “Direito à liberdade: dimensões gerais e específicas de sua proteção em relação às pessoas com deficiência”, in: **Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência** (orgs.: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão; LEITE, Glauco Salomão). São Paulo: Saraiva, 2012, p. 96-108.

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

HESSE, Konrad: **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1991.

LOEWENSTEIN, Karl: **Teoría de la constitución**. Barcelona: Ariel, 1964.

NEVES, Marcelo: **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

RAWLS, John: **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

RIOS, Roger Raupp: “Relações Raciais no Brasil: Desafios Ideológicos à Efetividade do Princípio Jurídico da Igualdade e ao Reconhecimento da Realidade Social Discriminatória entre Negros e Brancos”, in: **Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita** (org.: BALDI, César Augusto). Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 465-490.

SEGALLA, Juliana Izar Soares da Fonseca: “Direito à educação”, in: **Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência** (Orgs.: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão; LEITE, Glauco Salomão). São Paulo: Saraiva, 2012, p. 128-146.

TUSHNET, Mark: “Regras da Corte Suprema Norte Americana sobre Ação Afirmativa”, in: **Jurisdição e Direitos Fundamentais – Anuário 2004/2005: Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul – AJURIS**, vol. I, tomo I (org.: SARLET, Ingo Wolfgang). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 303-320.

WALZER, Michael: **Esferas da justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=318569>>. Acesso em: 12/06/2016.