

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

Simone Andréa Pinto Ambrósio de Camargo

Direito à Educação Inclusiva

MESTRADO EM DIREITO ADMINISTRATIVO

São Paulo

2023

Simone Andréa Pinto Ambrósio de Camargo

Direito à Educação Inclusiva

MESTRADO EM DIREITO ADMINISTRATIVO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Administrativo, sob a orientação do Professor Doutor Maurício Garcia Pallares Zockun.

SÃO PAULO

2023

C173

Camargo, Simone Andréa Pinto Ambrósio de

Direito à educação inclusiva. – São Paulo: [s.n.], 2023.

136 p.; 30 cm.

Dissertação (Mestrado em Direito) -- Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Programa de Estudos Pós-graduados em Direito, 2023.

Orientador: Prof. Dr. Maurício Garcia Pallares Zockun.

1. Direito social à educação inclusiva. 2. Constituição Federal de 1988. 3. Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência. 4. Decreto n. 10.502/2000. I. Zockun, Maurício Garcia Pallares. II. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Programa de Estudos Pós-graduados em Direito. III. Título.

CDD 340

Simone Andréa Pinto Ambrósio de Camargo

Direito à Educação Inclusiva

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Administrativo, sob a orientação do Professor Doutor Maurício Garcia Pallares Zockun.

Aprovada em: _____ de _____ de 2023.

BANCA EXAMINADORA

O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior- Brasil (CAPES) – nº 88887.596247/2020-00".

"This study was financed in part by the Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – nº 88887.596247/2020-00."

*A todos que acreditam que o Estado de Bem-Estar Social, previsto na
Constituição Federal, está acima de razões econômicas.
E ao meu filho Francisco, cujo nascimento me fez passar pelo mar revolto do
luto e aceitação. Hoje, meu coração transborda de alegria, desejando uma
sociedade livre, justa e solidária, que acolha todas as pessoas com deficiência.*

“Artigo I

Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”. **(Declaração Universal dos Direitos Humanos – 1948)**

Camargo, Simone Andréa Pinto Ambrósio de. **Direito à Educação Inclusiva**. 2023. 135 p. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2023.

RESUMO

Este trabalho faz uma breve análise sobre a educação inclusiva da pessoa com deficiência, sob a perspectiva da Constituição Federal de 1998, da Convenção Internacional da Pessoa com Deficiência, bem como analisa o Dec. n. 10.502/2000.

Palavras-chave: Direito Social à Educação Inclusiva; Constituição Federal de 1988; Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência; Decreto n. 10.502/2000.

Camargo, Simone Andréa Pinto Ambrósio de. **Right to Inclusive Education**. 2023. 135 p. Dissertation (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2023.

ABSTRACT

This paper approaches inclusive education, under the social and legal aspect. It points out the benefits of inclusive education for students with disabilities and comments on the national policy on inclusive education.

Keywords: Education inclusive disability; Federal Constitution; International Treaties National Policy on Inclusive Education.

ABREVIATURAS

AEE	Atendimento Educacional Especializado
APAE	Associação de Pais e Amigos dos Excepcionais
BNCC	Base Nacional Curricular Comum
CDPD	Convenção da Pessoa com Deficiência
CONAE	Conferência Nacional de Educação
CNE	Conselho Nacional de Educação
DCN	Diretrizes Curriculares Nacionais
EPD	Estatuto da Pessoa com Deficiência
FNE	Fórum Nacional da Educação
INES	Instituto Nacional de Educação de Surdos
LBI	Lei Brasileira de Inclusão
LDBEN	Lei Nacional de Diretrizes e Bases da Educação
MEC	Ministério da Educação e Cultura
OCDE	Organização para a cooperação e Desenvolvimento Econômico
PAC	Plano de Aceleração do Crescimento
PDE	Plano de Desenvolvimento da Educação
PIDESC	Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais
PNE	Plano Nacional de Educação
PNEDH	Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos
SEESP	Secretaria de Educação Especial

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	13
CAPÍTULO 1 - DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO INCLUSIVA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	16
1.1. Marcos históricos e evolução normativa do direito à educação inclusiva no Brasil.....	16
1.2. O princípio da igualdade previsto no art. 205, “caput”, da Constituição Federal de 1988 e o direito à educação da pessoa com deficiência.....	23
1.3. O art. 208, III, da Constituição Federal e o Atendimento Educacional Especializado (AEE) como instrumento para realização da dignidade da pessoa humana e da cidadania plena.....	26
1.4. Direito fundamental à educação inclusiva e o art. 60, §4º, da Constituição Federal.....	29
1.5. O Direito fundamental à educação inclusiva e o Princípio da proibição de retrocesso.....	33
1.6. Do problema da eficácia imediata do Direito à educação inclusiva.....	36
1.7. Direito à educação inclusiva: Reserva do Possível <i>versus</i> Mínimo Existencial.....	42
CAPÍTULO 2 – DA POLÍTICA NACIONAL DE EDUCAÇÃO INCLUSIVA: REGULAÇÃO, PARTICIPAÇÃO POPULAR E ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO.....	49
2.1. Considerações sobre o serviço público: Evolução histórica. Conceito. Classificação.....	49
2.2. Apontamentos sobre a competência federativa em matéria de educação	58
2.3. Políticas públicas: evolução, conceito e características.....	61
2.4. Participação popular no ciclo de formação das políticas públicas de educação inclusiva.....	63
2.5. Direito à educação inclusiva e regulação.....	68
2.6. Direito à educação inclusiva e Análise de Impacto Regulatório – AIR.....	74

CAPÍTULO 3 – DO DIREITO À EDUCAÇÃO INCLUSIVA E OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS.....	81
3.1. Apontamentos sobre a celebração, ratificação e incorporação dos tratados internacionais nos quais o Brasil é parte.....	81
3.2. A hierarquia comum ou ordinária dos tratados internacionais. Percurso dos Tratados Internacionais sobre o Direito à Educação Inclusiva.....	83
3.3. A hierarquia dos Tratados de Direitos Humanos nas decisões do STF e as divergências doutrinárias.....	84
3.4. Direitos do homem ou direitos fundamentais ou direitos humanos: qual expressão utilizar no âmbito dos tratados internacionais de direitos humanos?.....	90
3.5. O Direito à educação inclusiva no âmbito dos tratados Internacionais.....	93
CAPÍTULO 4 – DA INCONSTITUCIONALIDADE E DA INCONVENCIONALIDADE DO DECRETO N. 10.502/2020 E SUA REVOGAÇÃO.....	99
4.1. Considerações preliminares sobre o controle de constitucionalidade.....	99
4.2. Da Inconstitucionalidade do Decreto n. 10.502/2020.....	102
4.3. Considerações preliminares sobre o controle de convencionalidade.....	107
4.4. Da inconvencionalidade do Decreto 10.520/2020.....	110
CONCLUSÃO.....	114
BIBLIOGRAFIA.....	116
ANEXO I.....	124

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal prevê, expressamente, que a educação é direito de todos e dever do Estado e da família, devendo ser promovida e incentivada com a colaboração da sociedade. E, os objetivos últimos da educação, segundo a Constituição, são o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

O que significa “todos”? Etimologicamente, “todos” deriva do latim *totus*, *totum*, significando inteiro, completo. Vê-se, daí, que o constituinte originário pretendeu abranger a sociedade como um todo, incluindo, por logicidade, a diversidade inerente à sociedade. Bem por isso, a Lei Nacional de Diretrizes e Bases da Educação Nacional prevê a pré-escola, o ensino fundamental, o ensino médio, a educação profissional técnica de nível médio, a educação de jovens adultos e a educação superior, com a finalidade de atender a todas as fases de desenvolvimento do indivíduo, sem qualquer distinção de raça, gênero, credo, orientação sexual e, por que não dizer, pessoas com ou sem deficiência.

Sim, as pessoas com deficiência estão incluídas no pronome indefinido “todos”. Então, surge a pergunta: o exercício do direito à educação da pessoa com deficiência será em qual tipo de escola? Escolas especializadas? Classes especializadas? Escolas regulares inclusivas? Ou simplesmente escolas regulares?

A resposta deve ser buscada também no texto da Constituição Federal, pois, nos termos do art. 208, III, o dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de “atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino”.

O art. 208, III, da Constituição, fala em “atendimento educacional especializado” expressão totalmente diversa de pré-escola, ensino fundamental, ensino médio, educação profissional técnica de nível médio e educação superior, que são níveis de ensino. Por isso mesmo, o AEE é considerado uma modalidade de ensino complementar ou suplementar dos níveis de ensino. Assim, deve ocorrer paralelamente ao ensino regular, preferencialmente, na rede regular de ensino. Mas também poderá ser exercido em escolas confessionais e filantrópicas.

O arcabouço normativo do Direito à Educação Inclusiva encontra seu alicerce na Constituição Federal e vai sendo complementado através da Lei de

Diretrizes e Bases da Educação Nacional, do Plano Nacional de Educação, bem como da Política Nacional de Educação Inclusiva e do Estatuto da Pessoa com Deficiência, além de vários atos regulamentares. Além desses, há vários tratados internacionais assinados pelo Brasil e já incorporados ao ordenamento jurídico nacional que tratam do Direito à Educação Inclusiva, tais como a Convenção Internacional das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, bem como o Tratado de Marraqueche.

Também existem precedentes jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal reconhecendo o direito à educação inclusiva como uma garantia da pessoa com deficiência, na medida em que realizam o princípio da dignidade humana, que figura dentre os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil.

Apesar da existência de um modelo constitucional acerca do Direito à educação inclusiva, por vezes, a interpretação equivocada do texto da Constituição Federal coloca em questão como se dará o exercício do direito à educação da pessoa com deficiência. Isso pode ser observado no Decreto n. 10.502/2020 que pretendeu organizar o Direito à Educação Inclusiva da pessoa com deficiência em escolas especializadas, classes especiais e escolas regulares inclusivas. A par do constante perigo de interpretações equivocadas do texto constitucional, urge explicitar que o Direito à Educação Inclusiva se encontra amparado pelo Princípio da Proibição de Retrocesso, bem como faz parte do conteúdo do piso vital mínimo ou mínimo existencial.

E, considerando-se que o Direito à Educação Inclusiva necessita da construção de políticas públicas para sua efetivação, urge dar atendimento ao disposto no preâmbulo da Convenção Internacional das Pessoas com Deficiência que recomenda que “as pessoas com deficiência devem ter oportunidade de participar ativamente das decisões relativas a programas e políticas, inclusive aos que lhe dizem respeito diretamente”. Assim, no âmbito de propostas legislativas e de atos normativos que pretendam promover alterações das políticas públicas voltadas ao exercício do Direito à Educação Inclusiva, devem ser ouvidas as pessoas interessadas, incluindo aí os representantes das pessoas com deficiência, a sociedade civil e os particulares envolvidos com a atividade econômica de educação, haja vista que o Direito à Educação Inclusiva poderá ser exercido tanto em

estabelecimentos públicos (serviço público) ou em estabelecimentos privados (atividade econômica).

Importante também observar que eventual tentativa de supressão do Direito à Educação Inclusiva será passível de controle de constitucionalidade, bem como ao controle de convencionalidade interno ou internacional, atendidos os pressupostos de admissibilidade, haja vista o disposto na Constituição Federal e nos tratados internacionais em que o Brasil seja Estado parte.

Feitas essas considerações iniciais, este trabalho apresenta a seguinte divisão metodológica:

No CAPÍTULO 1, procura-se demonstrar que existe fundamento constitucional para o Direito à Educação Inclusiva no Brasil. E mais que isso, que o Direito à Educação Inclusiva está inserido no âmbito do mínimo existencial, bem como no princípio da proibição de retrocesso.

No CAPÍTULO 2, pretende-se demonstrar que o serviço público de educação pode ser prestado pelo Estado (serviço público) e pelo Particular (atividade econômica); bem como se existe espaço normativo para regulação em matéria do Direito à Educação Inclusiva; se existe espaço para participação da sociedade civil, compreendendo os representantes das pessoas com deficiência, e dos atores privados, assim como a possibilidade de aplicação da análise de impacto regulatório.

No CAPÍTULO 3, demonstrar-se-á que o Direito à Educação Inclusiva faz parte de tratados internacionais de direitos humanos, assinados pelo Brasil e incorporados ao ordenamento pátrio. Portanto, há um arcabouço jurídico nos compromissos internacionais em direitos humanos que exige do Estado brasileiro a implementação do Direito à Educação Inclusiva.

E, por fim, no CAPÍTULO 4, busca-se demonstrar a inconstitucionalidade e a inconveniência do Decreto n. 10.502/2020. É fato que o referido Decreto foi revogado em 1º de janeiro de 2023, entretanto, sua análise é importante para afastar possíveis edições de atos normativos com teor semelhante.

CAPÍTULO 1 - DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO INCLUSIVA E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

1.1. Marcos históricos e evolução normativa do direito à educação Inclusiva no Brasil

A compreensão do estágio atual da conformação jurídica da educação inclusiva, em solo nacional, implica breve explanação sobre o seu desenvolvimento histórico, conforme demonstrado a seguir.

No Brasil, até o período colonial, as pessoas com deficiência não tinham acesso a serviços clínicos ou educacionais, somente lhes restava o confinamento em casa ou o recolhimento nas Santas Casas ou prisões (LANNA JUNIOR, 2010).

A partir do século IX, durante o período colonial, com a vinda de pessoas da Europa e de países da América do Norte (como os Estados Unidos e Canadá) iniciava-se, no Brasil, um histórico de preocupação e atendimento de pessoas com deficiência (MACHADO, BOCK, MELLO, 2022).

Em 1841, D. Pedro II determinou a construção de três organizações para atender pessoas com deficiência, a saber: o “Imperial dos Meninos Cegos” (posteriormente batizado de Instituto Benjamin Constant); o Instituto dos Surdos-Mudos (atualmente, Instituto Nacional de Educação de Surdos/INES) e o Asilo dos Inválidos da Pátria. As três instituições eram escolas especializadas, com modelo segregado e viés médico (ASSUNÇÃO; CHAVES, 2022).

Somente décadas mais tarde, a educação especial passa a ser integrada às políticas públicas de educação “tornando-se uma modalidade de ensino chamada de ‘educação dos excepcionais’, sendo restrita, no âmbito escolar, às instituições especializadas”, (MACHADO, BOCK, MELLO, 2022, p. 58). Em 1926, foi criado, no Rio Grande do Sul, o Instituto Pestalozzi, como primeira instituição particular especializada no atendimento de crianças com deficiência mental e, em 1954, foi criada, no Rio de Janeiro, a primeira Associação dos Pais e Amigos dos Excepcionais (APAE), posteriormente estendidas aos demais estados e municípios brasileiros. E, assim, permaneceu a educação da pessoa com deficiência até a segunda metade do século XX (MACHADO, BOCK, MELLO, 2022).

Nesse percurso histórico, apenas em 1957, a educação de pessoas com deficiência passou a existir para o Estado com o advento da Lei n. 3.198/57. Essa Lei estabeleceu que “o Instituto Nacional de Surdos-Mudos, do Ministério da Educação e Cultura, passaria a denominar-se Instituto Nacional de Educação de Surdos”. Observa-se a utilização do vocábulo “educação”, como marco desse novo paradigma.

Em 1961, foi aprovada a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDBEN) Lei Federal n. 4.024/61, que no art. 88 estabelecia que “a educação de excepcionais, deve, no que for possível, enquadrar-se no sistema geral de educação, a fim de integrá-los na comunidade”. A partir daí o atendimento educacional às pessoas com deficiência passa a ser fundamentado pelas disposições da LDBEN.

Posteriormente, a Lei n. 5.692/71 alterou a Lei n. 4.024/61, dispondo que “os alunos que apresentem deficiências físicas ou mentais, os que se encontrem em atraso considerável quanto à idade regular de matrícula e os superdotados deverão receber tratamento especial, de acordo com as normas fixadas pelos Conselhos de Educação”. A nova lei não organizou um sistema de ensino capaz de atender às necessidades das pessoas com deficiência, sendo reforçado o encaminhamento dos alunos com deficiência para classes e escolas especiais.

Em 1973, o Ministério de Educação e Cultura (MEC) editou o Decreto n. 72.425 para criação do Centro Nacional de Educação Especial – CENESC. O art. 1º deste decreto estabelecia que o CENESC era “órgão central de direção superior, com a finalidade de promover, em todo território nacional, a expansão e melhoria do atendimento aos excepcionais”. O CENESC era responsável pela gerência da educação especial no Brasil, que, sob a égide integracionista, impulsionou campanhas assistencialistas e iniciativas isoladas do Estado.

Mais tarde, em 1982, o CENESC foi transformado em Secretaria de Educação Especial (SEESP), vinculada ao Ministério da Educação.

Em 1988, a Constituição Federal trouxe previsão expressa acerca da educação para pessoas com deficiência nos artigos 205, 206 e 208, III. Esses artigos dispõem, respectivamente, sobre educação como direito de todos e dever do Estado e da família, igualdade de condições no acesso e permanência na escola e a

oferta do atendimento educacional especializado, preferencialmente na rede regular de ensino.

Posteriormente, sobreveio a Lei n. 7.853/89 que dispôs “sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência – Corde, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes e dá outras providências”. O art. 2º, dessa lei, prevê “a inclusão, no sistema educacional, da Educação Especial como modalidade educativa que abranja a educação precoce, a pré-escolar, as de 1º e 2º graus, a supletiva, a habilitação e reabilitação profissionais, com currículos, etapas e exigências de diplomação próprios”.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n. 8.069/90, estabeleceu no inciso I, do art. 53, que a criança e o adolescente têm direito à educação “em igualdade de condições para o acesso e permanência na escola”. E, o inciso III, do artigo 54, estabeleceu que é dever do Estado assegurar “atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino”.

Em 1994, foi publicada a “Política Nacional de Educação Especial” que orientava a integração ao ensino regular das pessoas com deficiência que possuíssem condições de acompanhar e desenvolver as atividades curriculares programadas do ensino comum, no mesmo ritmo que os alunos ditos comuns.

No ano de 1996, foi publicada a atual LDBEN (Lei n. 9.394/96), determinando no art. 58, que “entende-se por educação especial, para efeitos desta Lei, a modalidade de educação escolar, oferecida preferencialmente na rede regular de ensino, para educandos portadores de necessidades especiais” (redação original). E os parágrafos 1º e 2º, da LDBEN, dispõem que “haverá, quando necessário, serviços de apoio especializado, na escola regular, para atender às peculiaridades da clientela de educação especial” e “o atendimento educacional será feito em classes, escolas ou serviços especializados, sempre que, em função das condições específicas dos alunos, não for possível a sua integração nas classes comuns do ensino regular”.

Mais tarde, o Decreto n. 3.298/99, com o objetivo de regular a Lei n. 7.853/89, dispôs sobre a consolidação da “Política Nacional para Integração da

Pessoa Portadora de Deficiência”. O inciso I, do art. 24, desse decreto, dispõe que “a matrícula compulsória em cursos regulares de estabelecimentos públicos e particulares de pessoa portadora de deficiência é capaz de se integrar na rede regular de ensino”.

Por oportuno, há de se fazer um parêntese para acrescentar que a Convenção de Guatemala de 1999, promulgada pelo Decreto n. 3.956/01, teve importante repercussão na educação de pessoas com deficiência, na medida em que afirma que as pessoas com deficiência “têm os mesmos direitos humanos e liberdades fundamentais que outras pessoas e que estes direitos, inclusive o direito de não ser submetidas à discriminação com base na deficiência, emanam da dignidade e da igualdade que são inerentes a todo ser humano”.

Em 2001, foi editado o Plano Nacional de Educação - PNE (Lei n. 10.172/2001), cuja finalidade era dar concretude à LDBEN. O PNE estabeleceu nas suas diretrizes que “a educação especial se destina às pessoas com necessidades especiais no campo de aprendizagem, originadas quer da deficiência física, sensorial, mental ou múltipla, quer de características como altas habilidades, superdotação ou talentos”, estabeleceu, ainda, que “a educação especial, como modalidade de educação escolar, terá que ser promovida sistematicamente nos diferentes níveis de ensino. A garantia de vagas no ensino regular para os diversos graus e tipos de deficiência é medida importante”. O PNE identificou poucas pessoas com deficiência matriculadas na rede regular de ensino.

No mesmo ano foi publicada Resolução n. 2, da Câmara de Educação Básica do Conselho Nacional de Educação, instituindo as “Diretrizes Nacionais para Educação Especial na Educação Básica”. A Resolução n. 2 estabelecia que as escolas poderiam criar, “extraordinariamente”, classes especiais para atendimento de alunos que apresentassem dificuldades acentuadas e demandassem ajudas e apoios intensos e contínuos.

No movimento de inclusão de alunos com deficiência no sistema de ensino, foi publicada a Lei. n. 10.436 /02, que dispôs sobre a Língua Brasileira de Sinais como meio legal de comunicação e expressão. Entretanto, a língua de sinais não poderia ser substitutiva da modalidade escrita da língua portuguesa. E, a Portaria n. 2.678/02 aprovou diretriz e normas para o uso, ensino, produção e difusão do sistema Braille em todas as modalidades de ensino.

No ano de 2006, a Portaria n. 83, do Ministério de Educação, editou o “Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos” – PNEDH, considerando ser “dever dos governos democráticos garantir a educação de pessoas com necessidades especiais”.

Em 2007, no âmbito do PAC (Plano de Aceleração do Crescimento) foi lançado o Plano de Desenvolvimento da Educação (PDE) que tinha -como eixos promover acessibilidade dos prédios escolares, implantação de sala de recursos e formação de docente para o atendimento educacional especializado. Diante disso, foi editado o Decreto n. 6.094/2007, que dispõe sobre “a implementação do Plano de Metas Compromisso todos pela educação, pela União Federal, em regime de colaboração com Municípios, Distrito Federal e Estados, e a participação das famílias e da comunidade, mediante programas e ações de assistência técnica e financeira, visando a mobilização social pela melhoria da qualidade da educação básica”. O inciso IX, do art. 2º, do Decreto 6.094/07, estabeleceu a garantia de acesso e permanência no ensino regular e o atendimento às necessidades especiais dos alunos.

Em 2008, foi publicada a “Política Nacional de Educação Especial na Perspectiva da Educação Inclusiva”, elaborada pelo Grupo de Trabalho nomeado pela Portaria n. 555/2007, prorrogado pela Portaria n. 948/2007 e entregue ao Ministro da Educação em 07 de janeiro de 2008. Essa política tem por objetivo “assegurar a inclusão escolar de alunos com deficiência, orientando os sistemas de ensino para garantir acesso ao ensino regular, oferta do atendimento educacional especializado, participação da família e comunidade dentre outros.

Finalmente, em 2011, a fim de adequar a legislação brasileira ao disposto na Convenção sobre as Pessoas com Deficiência –CDPCD, foi editado o Decreto Federal n. 7.611/2011 que dispõe sobre “Educação Especial, atendimento educacional especializado e dá outras providências”.

O Decreto Federal n. 7.611/2011 estabeleceu diretrizes para a educação da pessoa com deficiência, ressaltando-se a garantia de um sistema educacional inclusivo em todos os níveis, sem discriminação e com base na igualdade de oportunidades; a não exclusão do sistema educacional geral, sob alegação de deficiência; a adoção de medidas de apoio individualizadas e efetivas, em ambientes

que maximizem o desenvolvimento acadêmico e social, de acordo com a meta de inclusão plena.

Em 2014, a Lei Federal n. 13.005 aprovou o “Plano Nacional de Educação”, cuja vigência termina em 2024. A META 4 desse plano objetiva implantar salas de recursos multifuncionais, garantir atendimento educacional especializado em salas de recursos multifuncionais, classes, escolas ou serviços especializados, públicos ou conveniados nas formas complementar e suplementar a todos os alunos com deficiência.

A Nota Técnica n. 108/2014, do Ministério da Educação, reiterou o caráter complementar e não substitutivo da educação especial, com pleno acesso da pessoa com deficiência ao ensino regular e ao Atendimento Escolar Especializado (AEE) de forma complementar.

A Lei n. 13.146/2015, baseada na CDPCD, instituiu a “Lei Brasileira de Inclusão” (LBI) ou “Estatuto da Pessoa com Deficiência” (EPD), cujo objetivo é garantir o exercício dos direitos e liberdades fundamentais pelas pessoas com deficiência, com igualdade de oportunidades perante as demais pessoas, viabilizando a sua inclusão social e cidadania. O art. 27, do EPD, dispõe que “a educação constitui direito da pessoa com deficiência, assegurado o sistema educacional inclusivo em todos os níveis e aprendizado ao longo da vida, de forma a alcançar o máximo desenvolvimento possível de seus talentos e habilidades físicas, sensoriais, intelectuais e sociais, segundo suas características, interesses e necessidades de aprendizagem”. E, no §2º, do art. 28, proibiu a “cobrança de valores adicionais de qualquer natureza em suas mensalidades, anuidade e matrículas” no cumprimento das medidas de inclusão escolar.

Em 30 de setembro de 2020, foi editado o Decreto n. 10.502, a pretexto de regulamentar a Lei n. 9.394/96 (LDBEN), instituiu a “Política Nacional de Educação Especial: Equitativa, Inclusiva e com Aprendizado ao Longo da Vida”. Observa-se do artigo 6º, do Decreto n. 10.502/2020, quais seriam as diretrizes da nova Política Nacional de Educação Especial, destacando-se a existência de ‘classes e escolas regulares inclusivas’, ‘classes e escolas especializadas’ e ‘priorizar a participação das famílias no processo de decisão sobre os serviços e recursos do atendimento educacional especializado. Apesar de qualificar-se como inclusiva, o que se observa pelas suas diretrizes é o retorno ao sistema de escolas e classes especializadas.

Referido Decreto foi revogado em 1º de janeiro de 2023, pelo Decreto n. 11.370, retornando ao modelo preconizado pela Política Nacional de Educação Especial na Perspectiva da Educação Inclusiva/2008.

É curioso observar, através dos marcos históricos e evolução normativa do direito à educação da pessoa com deficiência, que o tratamento dispensado à pessoa com deficiência vai avançando conforme a denominação do sujeito de direito vai sendo alterada. Observe-se que a LDBEN, de 1961, tratava do direito à educação dos “excepcionais”; por sua vez, a LDBEN, de 1966, disciplinava o direito à educação da “pessoa portadora de deficiência” e, posteriormente, a Política Nacional de Educação Especial na Perspectiva da Educação Inclusiva, de 2008, passou a utilizar a expressão “pessoa com deficiência”.

Observa-se, ainda, através dos marcos históricos e evolução normativa, que, até o começo do século XX, a pessoa com deficiência tinha acesso negado ao direito à educação. O modelo existente, portanto, era o da exclusão da pessoa com deficiência do sistema de ensino.

Com a criação, em 1926, do Instituto Pestalozzi e, em 1954, da APAE, é que o Direito à educação da pessoa com deficiência passa a existir através dessas instituições particulares. É a partir do advento da Lei n. 3.198/57, que alterou a denominação do Instituto Nacional de Surdos-Mudos, do Ministério da Educação e Cultura, para Instituto Nacional de Educação de Surdos, que se opera a primeira mudança de modelo: o direito à educação passa a ser ofertado aos alunos com deficiência em ambientes separados dos alunos sem deficiência, vigia o modelo do Direito à educação da pessoa com deficiência em ambiente segregado.

O direito à educação dos alunos com deficiência realizava-se em ambientes separados dos alunos sem deficiência, perdurando até o advento da primeira LDBEN, Lei n. 4.024/61, que alterou o modelo de segregação para o modelo de integração. Nesse modelo, os alunos com deficiência exercitam o Direito à educação em escolas regulares, desde que se adaptem ao ensino oferecido. Caso não ocorresse a adaptação, era permitido criar classes especiais para atendimento de alunos com deficiência que apresentassem dificuldades acentuadas e demandassem ajudas e apoios intensos e contínuos.

Foi a partir do século XXI – conforme demonstra a evolução legislativa acima descrita, que o direito à educação da pessoa com deficiência adotou o modelo de

educação inclusiva, o que implica uma reforma sistêmica do ambiente escolar. A escola passa a incorporar mudanças de conteúdo, método de ensino, estruturas e abordagens para superar as barreiras decorrentes da deficiência. O ambiente escolar deve corresponder às necessidades e aptidões do aluno com deficiência, tudo isso em conformidade com a Lei Federal n. 13.005/2014, que aprovou o “Plano Nacional de Educação”, cuja META 4 objetiva implantar salas de recursos multifuncionais, garantir atendimento educacional especializado em salas de recursos multifuncionais, classes, escolas ou serviços especializados, públicos ou conveniados, nas formas complementar e suplementar, a todos os alunos com deficiência.

1.2. O princípio da igualdade previsto no art. 205, “caput”, da Constituição Federal e o Direito à educação da pessoa com deficiência

A Constituição Federal, no art. 5º, “caput”, estabelece que homens e mulheres são iguais perante a lei e, segundo Araújo e Maia (2015), a cláusula de igualdade deste artigo seria suficiente para que “todo o sistema de direitos e garantias fundamentais, estabelecido na Constituição, tivesse sua interpretação e aplicação condicionada pela igualdade” (ARAÚJO; MAIA, 2015, p. 78).

Entretanto, o legislador constituinte preferiu reforçar a cláusula genérica do artigo 5º, “caput” em diversos dispositivos ao longo da Constituição. É o que ocorre com o direito à educação.

A Constituição Federal de 1988 estabelece o arcabouço jurídico do direito à educação da pessoa com deficiência, no modelo inclusivo, fundado no princípio da igualdade.

Igualdade, sob o ponto de vista formal, significa dizer que todos os indivíduos são iguais perante a lei, isto é, a exigência de igualdade na aplicação da lei, consequência do pacto social estabelecido entre indivíduo e Estado através da Constituição, porque “a história comprova que os homens não nascem livres e iguais em direitos. Eles se tornam livres e iguais quando se convencionam que todos os membros da comunidade politicamente organizada serão livres e iguais perante a lei” (LIMA, 2019, p. 31).

Assim, considerando-se o aspecto formal do princípio da igualdade, o art. 205, “*caput*”, da Constituição Federal, prevê que a educação é direito de todos e dever do Estado. E, o art. 206, I, também da Constituição Federal, estabelece que o ensino será ministrado com base no princípio da igualdade de condições para o acesso e permanência na escola.

Mas como equacionar a igualdade formal com a igualdade material preconizada pela Constituição Federal para pessoas com deficiência? Seria possível um tratamento diferenciado para promover a igualdade de acesso e permanência das pessoas com deficiência no ensino regular?

J.J. Gomes Canotilho esclarece que o princípio da igualdade é dirigido também ao próprio legislador, no sentido de tratar por igual todos os cidadãos. “Consequentemente, é preciso delinear os contornos da igualdade em sentido material” (CANOTILHO, 2003, p. 427).

Nesse contexto, o art. 205, “*caput*”, da Constituição Federal, reafirma, para o fim específico da educação, o direito à igualdade já previsto no art. 5º, “*caput*”, que estabelece que todos são iguais perante a lei, traduzindo o reconhecimento formal da igualdade, ou seja, perante a lei todos são iguais, devendo o legislador e o aplicador da lei observar o aludido princípio.

Observa-se que o direito à educação da pessoa com deficiência apresenta um elemento a mais fornecido pela própria Constituição Federal, a saber, o inciso III, do art. 208, que prevê o “atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino” (observe-se que a Constituição ainda utiliza o termo “portador de deficiência”). O elemento diferenciador ocorre porque alguns nascem com deficiência, outros não, sendo necessário promover essa desequiparação para alcançar a igualdade material. É exatamente através dessa discriminação que se realiza o princípio da isonomia.

Vale observar que o tratamento diferenciado baseado na singularidade de determinada condição não pode ser arbitrário, mas baseado na correlação lógica existente entre o critério discriminatório e o tratamento jurídico adotado em face da desigualdade aferida e a afinidade entre a correlação lógica e os valores protegidos constitucionalmente, conforme leciona Celso Antonio Bandeira de Mello, no seu livro “O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade”:

Esclarecendo melhor: tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro, cumpre verificar se há justificativa racional, isto é fundamento lógico, para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada. Finalmente, impende analisar se a correlação ou fundamento racional abstratamente existente é in concreto, afinado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional. A dizer: se guarda ou não harmonia com eles. (MELLO, 2008, p. 21-22).

Acrescente-se a isso que a Constituição Federal de 1988, no inciso IV, do art. 3º, tem como um de seus objetivos fundamentais promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Portanto, ao aluno com deficiência não poderia ser negado o direito à educação em estabelecimento de ensino regular em virtude tão-somente da sua condição, nem tampouco poderia ser admitida sua inclusão no sistema de ensino regular sem que houvesse mitigação de suas dificuldades decorrentes de sua deficiência. Assim, para a realização do princípio da isonomia, em sua dupla acepção, o exercício do direito à educação do aluno com deficiência far-se-á mediante o oferecimento, de forma suplementar ou complementar, do atendimento educacional especializado (AEE), previsto no inciso III, do artigo 208, da Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido, Araújo e Maia (2015) pontuam que:

É dizer, devem ser utilizados os instrumentos necessários, ensinados preferencialmente na rede regular de ensino, com vistas a possibilitar às pessoas com deficiência o adequado aprendizado do conteúdo constante do currículo escolar de cada nível de ensino. (ARAUJO; MAIA, 2015, p. 80).

Verifica-se, diante do exposto, que ao aluno com deficiência, a Constituição Federal garantiu a realização do princípio da isonomia permitindo-lhe ingressar e permanecer na rede regular de ensino em condições de igualdade com as pessoas sem deficiência.

1.3. O Art. 208, III, da Constituição Federal e o Atendimento Educacional Especializado como instrumento para realização da dignidade da pessoa humana e da cidadania plena

Foi a Constituição Alemã de Weimar o primeiro documento a erigir a dignidade da pessoa humana como direito fundamental, constando em seu art. 1º que “a dignidade da pessoa humana é inviolável. Respeitá-la, protegê-la é obrigação de todos os poderes estatais”. Esse princípio, de base filosófica, foi inserido como base da Constituição Alemã após o nazismo ter violado gravemente a dignidade humana, através da despersonalização dos prisioneiros nos campos de concentração nazistas, que recebiam números em substituição a seus nomes; eram alimentados apenas com a quantidade mínima que os deixasse no limiar da morte; dormiam amontoados em condições insalubres, dentre outras atrocidades (TAVARES, 2022).

Marco Antonio Marques da Silva pontua que a dignidade da pessoa humana está ligada a três premissas essenciais, a saber:

A primeira refere-se ao homem, individualmente considerado, sua pessoalidade e os direitos a ela inerentes, chamados de direitos da personalidade; a segunda, relacionada à inserção do homem na sociedade, atribuindo-lhe a condição de cidadão e seus desdobramentos; a terceira, ligada à questão econômica, reconhecendo a necessidade de promoção dos meios para a subsistência do indivíduo. (SILVA, 2020, p. 42).

E, consoante o art. 1º, da Constituição Federal, a dignidade humana é um dos fundamentos do Estado Brasileiro, com isso se demonstra que a função primeira do Direito “é servir ao homem para que ele tenha uma vida digna. O princípio da dignidade humana foi erigido ao patamar de princípio constitucional fundamental, expresso, por força desse artigo” (LIMA, 2019, p. 27).

No mesmo sentido, é o entendimento de Ives Gandra Martins:

Nitidamente, o constituinte optou por uma valorização do indivíduo em relação ao Estado, sendo os governantes apenas seus representantes e não seus senhores. [...]. Em outras palavras, a Constituição brasileira é fundamentalmente uma Constituição dedicada à pessoa, sendo esta a única razão de ser do Estado. Bem por isto, o artigo 5º, que enuncia os principais direitos e garantias individuais, é tido por muitos constitucionalistas como o mais

expressivo artigo da lei suprema [...] A dignidade é assim princípio fundamental da Carta Maior, ao lado do exercício da cidadania, da liberdade de empreender e escolher seu próprio destino, da valorização do direito do trabalhador e do exercício pleno das liberdades públicas. A essência do verdadeiro Estado Democrático é ideal que, plasmado na Constituição, precisam os brasileiros ainda aprender a dimensioná-lo, para livrar-se dos interesses menores, daqueles que buscam o poder apenas para usufruí-lo e subordinar a sociedade a seus desígnios pessoais e ideológicos, como se fosse interesse de todos. (MARTINS, 2017, p. 744-747).

Sobre o tema, Jorge Miranda elucida que a dignidade da pessoa humana é um princípio que envolve todos os demais princípios e limita o poder do Estado ao fazer sua Constituição. A dignidade da pessoa humana seria um “princípio axiológico fundamental” (MIRANDA, 2004, p.168).

Assim, segundo Ingo Wolfgang Sarlet, onde não houver respeito à vida, integridade física, condições mínimas para existência digna, onde a igualdade relativamente aos demais não for garantida e onde não houver limitação do poder, “não haverá espaço para dignidade da pessoa humana, e esta não passará de mero objeto de arbítrio e injustiça” (SARLET, 1998, p. 109).

E, sendo a dignidade humana atributo de todo e qualquer ser humano, indiferentemente de suas condições singulares, o Estado brasileiro deve oferecer condições para que o ser humano desenvolva todas suas potencialidades, em conformidade com o art. 1º, III, da Constituição Federal, que alçou a dignidade humana como princípio fundamental.

Outro aspecto pertinente ao pleno desenvolvimento da pessoa humana é o exercício da cidadania plena, compreendida como vínculo jurídico entre o indivíduo e o Estado onde predominam direitos e obrigações estabelecidos na Constituição. Segundo Hannah Arendt, o primeiro direito humano é o direito a ter direitos e essa titularidade é alcançada através da cidadania (ARENDR, 1989).

A Constituição Federal de 1988 prevê os direitos civis (liberdade, manifestação do pensamento, propriedade); os direitos políticos (votar, ser votado, participar da vida política); e os direitos sociais (educação, assistência social, saúde, trabalho). E, a cidadania plena compreende todos esses direitos e proporciona seu livre e consciente exercício (BAJER, 2002, p. 54).

Tem-se, pois, que a pessoa com deficiência tem direito a ter direitos através do exercício da cidadania plena, não podendo ser alijada do direito à educação em escola regular.

Consoante o inciso III, do art. 208, da Constituição Federal, é dever do Estado ofertar o Atendimento Educacional Especializado (AEE) para pessoas com deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino.

Questiona-se, então: ensino regular ministrado em escolas especiais, devidamente reconhecidas pelo Poder Público, realiza o direito à educação da pessoa com deficiência? O acesso ao ensino obrigatório estaria sendo cumprido? Eugenia Augusta Gonzaga, Procuradora da República, responde que não, visto que, “pensamos que não há lugar para essa prática, pois ela substitui totalmente o acesso a classes comuns. Mas há lugar, e muito, para a prática do ensino especializado, ministrado também em escolas especiais reconhecidas, como apoio e complemento do ensino comum” (GONZAGA, 2012, p. 84). É o que prevê o Inciso III, do art. 208, da Constituição Federal.

Depreende-se, portanto, que o modelo de direito à educação da pessoa com deficiência previsto na Constituição Federal exige que a educação especial seja complementar ou suplementar à formação do aluno e não mais substitutivo da escola regular comum. O atendimento educacional especializado (AEE) para pessoas com deficiência foi a forma escolhida pelo legislador constituinte para permitir o acesso, a permanência e o sucesso da pessoa com deficiência no ensino regular, conforme lecionam Araújo e Maia (2015):

O que se deve extrair do art. 208, III, da Constituição, é que o atendimento educacional especializado deve ser oferecido, é um direito das pessoas com deficiência (o que em última análise, já seria uma decorrência do princípio da igualdade), e esse atendimento especializado deve, preferencialmente, ser ofertado na rede regular de ensino. Atendimento educacional especializado não se constitui em um nível de ensino, não substitui o conteúdo curricular da educação básica (formada pela educação infantil, pelo ensino fundamental e pelo ensino médio ou da educação superior; que são os níveis escolares, previstos no art. 21 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei n. 9.394/1996). (ARAÚJO; MAIA, 2015, p. 80).

Nesse sentido, o Decreto n. 7.611/2011, regulamentando o art. 208, III, da Constituição Federal e a LDBEN, dispõe, em seu artigo 2º, que a “educação especial

deve garantir os serviços de apoio especializado voltado a eliminar as barreiras que possam obstruir o processo de escolarização de estudantes com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação”, devendo ser “complementar à formação dos estudantes com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento, como apoio permanente e limitado no tempo e na frequência dos estudantes às salas de recursos multifuncionais; ou suplementar à formação de estudantes com altas habilidades ou superdotação”.

Observa-se, portanto, que o direito à educação da pessoa com deficiência estabelece o AEE como complementar ou suplementar à educação regular como meio de promover a realização da igualdade, da cidadania plena e da dignidade humana da pessoa com deficiência.

1.4. Direito fundamental à educação inclusiva e o art. 60, §4º, da Constituição Federal

Outra questão que se põe é saber como se dará a interpretação do direito à educação inclusiva da pessoa com deficiência, o que envolve a interpretação da Constituição Federal. Nas palavras de Carlos Maximiliano “interpretar uma expressão de Direito não é simplesmente tornar claro o respectivo dizer, abstratamente falando; é sobretudo revelar o sentido apropriado para vida real e conducente a uma decisão reta” (MAXIMILIANO, 1962, p. 24). Nesse contexto, a interpretação constitucional é espécie do gênero da interpretação jurídica. E, tratando-se de texto constitucional, deve-se levar em consideração a principiologia do sistema constitucional que coloca o homem como centro da Constituição, protegendo seus direitos individuais, sociais e coletivos.

Observe-se que há divergência na doutrina sobre aplicação da limitação das cláusulas pétreas aos direitos sociais, uma vez que a Constituição menciona apenas os direitos e garantias individuais e, se o constituinte originário tivesse a intenção de incluir os direitos sociais, o teria feito expressamente. Além disso, os direitos de liberdade, do art. 5º, não podem ser equiparados aos direitos sociais. Aliás, há quem sustentasse inclusive que os direitos sociais deveriam ser excluídos da Constituição Federal de 1988:

Caracteriza-se a Constituição como um conjunto de normas estruturais, força é excluírem-se de seu corpo as destituídas de relevância, as quais, por isso, devem ser relegadas à disciplina da legislação ordinária [...] Cumpre, com maioria de razão, expungirem-se da Lei Magna preceitos indesejáveis, que vêm à tona não apenas no capítulo dos direitos Sociais, mas também no da Seguridade Social. (MAGANO, 1994, p. 16).

Outros autores, entretanto, reconhecem que o art. 60, §4º, da Constituição Federal de 1988, é aplicável aos direitos sociais, até porque não se pode negar que para se obter uma afirmação dos direitos sociais há de existir um tratamento diferenciado para protegê-los, pois:

a) a Constituição brasileira não contempla diferença substancial entre direitos de liberdade (defesa) e os direitos sociais, inclusive no que diz com eventual primazia dos primeiros sobre os segundos; b) os partidários de uma exegese restritiva, em regra partem da premissa de que todos os direitos sociais podem ser conceituados como direitos a prestações estatais, quando, como já lembrado, boa parte dos direitos sociais, no que diz respeito a função precípua e estrutura jurídica equiparáveis aos direitos de defesa; c) além disso, relembramos que uma interpretação que limita o alcance das “cláusulas pétreas” aos direitos fundamentais elencados no art. 5º, da CF acaba por excluir também os direitos de nacionalidade e os direitos políticos, que igualmente não foram previstos no art. 60, §4º, IV, de nossa lei Fundamental.

Como se vê, a interpretação sistemática da Constituição Federal é que fornece uma resposta adequada à questão de abrangência das “cláusulas pétreas”, uma vez que o próprio preâmbulo da Constituição traz a ideia de um Estado Democrático de Direito, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, bem como o Título I “Dos Princípios Fundamentais”, no art. 1º, III, prevê a dignidade humana como um dos fundamentos do Estado Democrático. Em acréscimo, o art. 3º, da Carta Magna, dispõe ser um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil construir uma sociedade livre, justa e solidária. E, por uma questão topográfica, o legislador constituinte originário decidiu incluir os direitos e garantias individuais, os direitos sociais, a nacionalidade e os direitos políticos, todos, sob o manto do Título II que dispõe “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”.

Daí, porque parece acertada a posição de Ingo Wolfgang Sarlet, nesse tema, ao admitir a aplicação dos limites das cláusulas pétreas também aos direitos fundamentais sociais dos quais o direito à educação faz parte.

Assim, a posição a ser adotada neste trabalho é a de que o art. 60, §4º, da Constituição Federal, também abrange os direitos sociais. Diante disso, o direito à educação inclusiva da pessoa com deficiência não pode ser suprimido do texto constitucional, tampouco pode ser objeto de medidas tendentes a inviabilizar o exercício do direito à educação inclusiva mediante “a existência de sistemas de ensino paralelos, sem o estabelecimento da premissa básica à inclusão, que é o acesso por todos, de forma exclusiva à escola regular” (VILHENA; PALHA E SILVA; FERREIRA; SILVA; MELO JUNIOR; COSTA; SILVA; PONTES; SANTOS; MEDEIROS, 2002).

É fato que o mundo está em constante transformação e as normas jurídicas devem ser adaptadas às novas exigências sociais, por isso mesmo as cláusulas pétreas não significam absoluta intangibilidade dos direitos sociais, o que se exige é a preservação do núcleo mínimo, envolvendo elementos necessários e não acidentais de cada direito envolvido, o que só poderá ser visto diante de cada caso concreto. Entretanto, qualquer alteração no direito à educação da pessoa com deficiência deve levar em conta que o art. 205, da Constituição Federal, prevê a educação como um direito de todos, ou seja, o direito da pessoa sem deficiência e o da pessoa com deficiência em igualdade de condições de acesso e permanência na escola regular, observadas as adaptações necessárias para o efetivo exercício do direito à educação inclusiva.

Respondendo a indagação acerca da possibilidade de alteração dos direitos sociais fundamentais, Ingo Wolfgang Sarlet (2012) defende que:

O que importa ressaltar é que também no direito constitucional brasileiro as ‘cláusulas pétreas’ não implicam absoluta imutabilidade dos conteúdos por ela assegurados...tal proteção tenha o condão apenas de assegurar esses conteúdos quanto aos elementos nucleares, não excluindo desenvolvimento ou modificações, desde que preservem os princípios naqueles contidos. (SARLET, 2012, p. 143).

Isso porque inexistem direitos fundamentais imunes a qualquer tipo de restrição ou limites, de forma que eventual mudança no direito à educação inclusiva

da pessoa com deficiência não pode servir para alijá-la das escolas regulares, pois tal fato estaria alterando o núcleo básico deste direito. Aliás, o disposto no art. 208, III, da Constituição Federal, prevendo o atendimento educacional especializado da pessoa com deficiência conjugado com o art. 205, “*caput*”, da Constituição Federal, devem ser interpretados de forma sistemática a fim de admitir-se ensino regular para todos em igualdade de condições e atendimento educacional especializado apenas de forma suplementar/complementar e não substitutivo ao ensino regular.

1.5. O Direito à Educação Inclusiva e o Princípio da proibição de retrocesso

A análise da questão implica saber que alguns direitos fundamentais ensejam regulamentação para sua fruição, notadamente os direitos sociais fundamentais, dos quais o direito à educação faz parte. Dito isso, expedida a regulamentação para concretude do direito constitucional, ela poderá ser revogada sem que sobrevenha uma política substitutiva? Ou a política substitutiva poderá contrariar os fins constitucionais?

Gilmar Mendes destaca que a Lei fundamental de Bonn consagra expressamente a proteção ao núcleo essencial do Direito, como reação contra os abusos cometidos pelo nacional-socialismo, de modo a impor limites à ação do legislador no campo dos direitos fundamentais. Gilmar Mendes, ainda, acrescenta que a Constituição portuguesa e a Constituição espanhola trazem dispositivo que limita a atuação do legislador na restrição e na conformação dos direitos fundamentais. Entretanto, a Constituição brasileira não traz este tipo de cláusula de forma explícita.

É verdade que o art. 60, §4º, IV, da Constituição, veda expressamente qualquer proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais, estando incluídos todos os direitos e garantias previstos no Título II, da lei Fundamental, conforme explicitado no item 1.4. Decorre daí a ideia de um limite do limite ao legislador e embora o texto constitucional não faça referência expressa ao núcleo essencial, “afigura-se inequívoco que tal princípio decorre do próprio modelo garantístico utilizado pelo constituinte. A não-admissão de um limite ao afazer

legislativo tornaria inócua qualquer proteção fundamental” (MENDES, 2018, p. 319-320).

Nesse sentido, o HC n. 82.959, relator ministro Marco Aurélio, DJ de 1º -9-2006, o STF decidiu que a imposição de regime integralmente fechado para crimes hediondos configuraria lesão ao princípio do núcleo essencial.

Se é fato que o legislador ao proceder à regulamentação de determinado dispositivo constitucional faz opções de acordo com o momento histórico, e sendo a sociedade um corpo fluido, alterações muitas vezes se fazem necessárias e, para tanto, existem consensos mínimos de natureza material que são oponíveis a todos os grupos políticos em disputa, independentemente de convicções ideológicas (BARCELOS, 2017).

A ideia de “consensos mínimos”, utilizada por Ana Paula de Barcelos (2017), parece ser a mesma utilizada por Gilmar Ferreira Mendes para definir o “núcleo essencial do direito”. A autora explica que o legislador não pode se contrapor aos fins constitucionais, esvaziando, assim, o comando constitucional.

Ana Paula Barcelos propõe um teste para saber se a restrição de direitos fundamentais é válida ou não. Segundo ela, a ideia básica é confrontar a nova regulação com a garantia mínima que decorre da Constituição e não propriamente da disciplina adotada pelo legislador infraconstitucional:

Imagine-se o texto constitucional originalmente editado, e o direito fundamental por ele previsto, antes de qualquer regulamentação. Imagine-se agora a nova regulamentação pretendida para o direito; a que se encontra sob suspeita de restringir indevidamente a disciplina anterior. O teste que se propõe envolve o confronto da nova regulamentação porventura anteriormente existente. O teste é guiado pela seguinte questão: a nova disciplina pretendida é compatível com a garantia constitucional, tendo em conta o sentido em que ela é compreendida contemporaneamente? Ou dito de outro modo: a nova regulamentação realiza de forma minimamente adequada o bem jurídico tutelado pelo direito fundamental constitucionalmente previsto? A regulamentação pretendida garante a aplicabilidade real e efetiva – isto é: a fruição por seus destinatários – do direito constitucional? Se as respostas a tais perguntas puderem ser afirmativas, a nova regulamentação não poderá ser considerada inválida e a vedação do retrocesso não será aplicável. Se alguma dessas respostas, porém, for negativa, a invalidade parece ser a consequência natural para o caso. (BARCELOS, 2017)

Ingo Wolfgang Sarlet, por sua vez, traduz os limites de alteração dos direitos sociais em quatro cláusulas, a saber: a) a medida estatal restritiva deve buscar atender finalidade constitucionalmente legítima; b) a medida restritiva não poderá afetar o núcleo essencial do direito social; c) a observância das exigências da proporcionalidade (tanto no que proíbe excessos quanto naquilo que veda a proteção insuficiente) e da razoabilidade; e d) se necessário, controlar o respeito às reservas legais e ao conteúdo do princípio da segurança jurídica e das garantias da coisa julgada, do ato jurídico perfeito e do direito adquirido (SARLET, 2012)

O jurista português J.J. Gomes Canotilho, escrevendo sobre a proibição de retrocesso, também indica que o núcleo essencial dos direitos sociais já regulamentado não admite revogação ou aniquilação sem outros esquemas compensatórios ou alternativos. Isso porque “a liberdade de conformação do legislador e inerente auto-reversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado” (CANOTILHO, 2003, p. 327).

Depreende-se dos modelos propostos por Gilmar Ferreira Mendes, Ana Paula de Barcelos, Ingo Wolfgang Sarlet e J. J. Gomes Canotilho que existe a ideia de um núcleo intangível, o qual não poderá ser objeto de mudança sobre pena de esvaziamento da proteção constitucional atribuída ao bem jurídico.

Como transferir essa ideia de intangibilidade ao direito de educação da pessoa com deficiência? Segundo os artigos 205 “caput”; 206, I, e 208, III, todos da Constituição Federal, a pessoa com deficiência deve frequentar a escola regular em igualdade de condições com os demais alunos. Dessa forma, a possibilidade de alteração constitucional para o fim de instituir o modelo de escolas segregadas não seria possível, pois o núcleo essencial do direito à educação da pessoa com deficiência abrange sua inclusão em escolas regulares juntamente com as pessoas sem deficiência. Eventual regulamentação do direito à educação inclusiva da pessoa com deficiência deverá observar a exigência constitucional de convivência igualitária entre os alunos com e sem deficiência.

As políticas públicas que envolvam o direito à educação da pessoa com deficiência não podem retroceder, no sentido de ser implantado regime de educação segregada ou classes especiais substitutivas do ensino regular. O modelo constitucional do direito à educação da pessoa com deficiência exige sua inclusão

nas classes regulares de ensino, devendo o atendimento educacional especializado (AEE) ser complementar ou suplementar ao ensino regular.

Entretanto, apesar do modelo constitucional ser claro, é preciso ficar atento às possíveis tentativas de retrocesso do modelo constitucional de educação inclusiva, pois os agentes estatais mudam e com eles novas políticas públicas são desenhadas, como demonstra o Decreto n. 10.502/2020, expedido no Governo Bolsonaro que pretendia restabelecer as escolas e classes especiais, numa clara afronta ao texto constitucional. Referido Decreto foi revogado pelo Decreto n. 11.370 de 1º de janeiro de 2023.

1.6. Do problema da eficácia imediata do Direito à Educação Inclusiva

Na Alemanha, se negava eficácia às normas constitucionais por falta de complementação legislativa, ocasionando um déficit democrático e a ascensão do totalitarismo, a partir de 1933. Diante disso, a Constituição Alemã do pós-guerra assegurou princípios de proteção judicial dos direitos fundamentais, vinculação dos Poderes Públicos aos direitos fundamentais e sua aplicação direta e imediata, independentemente da atuação do legislador infraconstitucional. O mesmo ocorreu na Constituição da Espanha e em Portugal após suas experiências com regimes não democráticos. Observou-se que ficar à espera do legislador para promover a aplicação das normas constitucionais era desconhecer a vontade do poder constituinte originário – que representando a vontade soberana do povo – estaria acima do legislador ordinário (MENDES, 2008).

Gilmar Mendes explica que a teoria dos quatro *status* de Jelinek, criada no final do Século XX, foi sendo depurada ao longo do tempo e através dela foi possível decalcar as espécies de direitos fundamentais. Essa teoria estabelece que o indivíduo pode encontrar-se perante o Estado em quatro posições diferentes: no primeiro *status*, o indivíduo pode achar-se subordinado ao Poder Público, tendo deveres para com o Estado (*status subjectionis* ou passivo); no segundo *status*, o homem teria personalidade e, com isso, passaria a desfrutar de um espaço de liberdade (*status negativo*); no terceiro *status*, o indivíduo tem o direito de exigir do Estado uma atuação positiva no sentido de lhe fornecer prestações (*status civitatis*)

e no quarto status, o indivíduo tem competência para influir na vontade do Estado (*status* ativo). A partir dessa teoria, “podem-se decalcar as espécies de direitos fundamentais mais frequentemente assinaladas – direitos de defesa (ou direitos de liberdade) e direitos a prestações (ou direitos cívicos). A essas duas espécies alguns acrescentam a dos direitos de participação” (MENDES, 2008, p. 255).

As normas fundamentais de direitos sociais, segundo Gilmar Mendes, teriam sua plena eficácia condicionada a uma complementação pelo legislador, como por exemplo, o art. 205, da Constituição. Por isso mesmo, o art. 5º, §1º, da Constituição seria uma norma-princípio, um mandado de otimização, devendo ser presumida sua perfeição nos casos possíveis. Diante disso, a maioria dos direitos fundamentais a prestações materiais teria baixa densidade normativa, posto que exigiriam a conformação do legislador ordinário:

Daí, diversos autores anuírem, às vezes, sem esconder uma nota de desalento, em que os ‘direitos sociais [identificados com os de prestação material] só existem quando as leis e as políticas sociais os garantirem, ou que os direitos sociais ficam dependentes, na sua exata configuração e dimensão, de uma intervenção legislativa, concretizadora e conformadora, só então adquirindo plena eficácia e exequibilidade, ou que esses direitos requerem, de antemão, e em qualquer caso do que nos direitos fundamentais tradicionais, ações do Estado tendentes a realizar programa neles contidos. (MENDES, 2008, p. 261).

Isso, entretanto, não significa que as normas constitucionais de direitos sociais sejam desprovidas de total eficácia, conclui Gilmar Mendes, posto que servem como parâmetro interpretativo das demais normas do ordenamento jurídico e permitem o controle da constitucionalidade de medidas restritivas desses direitos.

J.J. Gomes Canotilho, por sua vez, faz uma diferenciação entre a dimensão objetiva e a dimensão subjetiva dos direitos sociais. Segundo ele, a dimensão subjetiva implica dizer que os direitos sociais são inerentes ao espaço do cidadão, independentemente de sua exequibilidade imediata. E a dimensão objetiva implica dizer que, à medida que sejam implementados pelo Estado, todos têm direito de igual acesso, utilização e igual quota-parte. Assim, com base nessa dimensão objetiva é que se fala na existência de direitos originários a prestações quando: “ (1) a partir da garantia constitucional de certos direitos; (2) se reconhece, simultaneamente, o dever do Estado na criação dos pressupostos materiais,

indispensáveis ao exercício efectivo desses direitos; (3) e a faculdade de o cidadão exigir, de forma imediata as prestações constitutivas desses direitos” (CANOTILHO, 2008, p. 476).

Entretanto, J. J. Gomes Canotilho alerta que a consagração desses direitos na Constituição não implica uma fruição automática para todos eles. Alguns são verdadeiros ‘self executing’ (ex.: direito de propriedade) e outros são ‘direitos a prestações’ dependentes da ‘atividade mediadora’ dos poderes públicos (ex.: direito à educação) (CANOTILHO, 2008).

Ainda sobre a questão da eficácia, o autor aponta que a efetivação dos direitos sociais não é um simples ‘apelo’ ao legislador, mas sim uma verdadeira ‘imposição constitucional’, legitimadora de transformações econômicas e sociais para efetivação desses direitos, bem como implicam uma interpretação dos direitos sociais em conformidade com a ‘Constituição Social Econômica e Cultural’ e que a inércia do Estado em criar condições para efetivação desses direitos pode ensejar a ‘inconstitucionalidade por omissão’.

Vale anotar que a Teoria da Constituição Dirigente, defendida por J.J. Gomes Canotilho “teve ampla aceitação no Brasil e influenciou fortemente o constitucionalismo e a última Assembleia Nacional Constituinte” (KRELL, 2002, p. 68).

O Mestre português defendia a tese segundo a qual as normas programáticas constitucionais sobre direitos sociais obrigariam os legisladores a legislar e o executivo a oferecer os serviços previstos na Constituição Dirigente. Entretanto, reeditando sobre o tema, o constitucionalista português defende, na atualidade, o “constitucionalismo moralmente reflexivo”, negando a existência de direitos sociais fundamentais subjetivos, pois, para ele, somente o legislador ordinário poderia determinar o conteúdo concreto das normas fundamentais de direitos sociais, em virtude da falência dos códigos dirigentes (CANOTILHO, 2008).

É de se ver que Rober Alexy, na obra “Teoria dos Direitos fundamentais”, ao tratar do tema eficácia dos direitos sociais, inicia fazendo uma distinção entre liberdade jurídica e liberdade fática, isso porque, para ele, o principal argumento a favor dos direitos fundamentais sociais é o baseado na liberdade. Demonstra seu ponto de vista utilizando duas teses, a saber, a primeira sustenta que a liberdade jurídica não tem valor sem uma liberdade real (fática); a segunda tese defende que

no mundo industrializado, a liberdade fática de um grande número de titulares de direitos fundamentais não é controlada por eles. Aduz, ainda, que os direitos fundamentais devem garantir a liberdade fática, posto que essa hipótese encontra fundamento no princípio do Estado Social e no princípio da igualdade fática:

É exatamente aquele desprovido de meios que pode valorizar especialmente aqueles direitos fundamentais que, por exemplo, o protegem contra o trabalho forçado e outras situações semelhantes e aqueles que lhe dão a possibilidade de melhorar sua situação por meio do processo políticos. Contudo, não é possível negar que, para ele, a eliminação de sua situação de necessidade é mais importante que as liberdades jurídicas, que a ele de nada servem, em razão dessa situação de necessidade, e que, por isso são para ele uma fórmula vazia. Se a esse cenário se adiciona o fato de que a razão de ser dos direitos fundamentais é exatamente a de que aquilo que é especialmente importante para o indivíduo, e que pode ser juridicamente protegido, deve ser juridicamente garantido, então, o primeiro argumento para proteção do âmbito dos direitos fundamentais está completo. O segundo argumento está diretamente ligado ao primeiro. De acordo com ele, a liberdade fática é constitucionalmente importante não apenas sob o aspecto formal da garantia de coisas especialmente importante, mas também sob o aspecto substancial. (ALEXI, 2008, p. 506).

O autor reconhece as críticas de que os direitos fundamentais sociais não são justificáveis ou o são em pequena medida em razão da indeterminação do conteúdo e, por isso, a decisão sobre o conteúdo desses direitos seria uma tarefa política, bem como o argumento orçamentário sobre o custo dos direitos fundamentais que reforça a utilização da regra de competência e da separação de poderes.

Assim, diante de argumentos favoráveis e desfavoráveis aos direitos fundamentais sociais, Robert Alexy (2008) propõe um modelo que considere ambos os argumentos, pois, para ele, a questão sobre quais direitos fundamentais sociais o indivíduo definitivamente tem é uma questão de sopesamento de princípios:

O modelo não determina quais direitos fundamentais sociais definitivos o indivíduo tem. Mas ele diz que ele pode ter alguns e o que é relevante para sua existência e conteúdo. A resposta detalhada a essa questão é tarefa da dogmática de cada um dos direitos fundamentais sociais. Mesmo assim é possível dar, aqui, uma resposta geral. Uma posição no âmbito dos direitos a prestações tem que ser vista como definitivamente garantida se (1) o princípio da liberdade fática a exigir de forma premente e se (2) o

princípio da separação de poderes e o princípio democrático (que inclui a competência orçamentária do parlamento) bem como (3) os princípios materiais colidentes (especialmente aqueles que dizem respeito à liberdade jurídica de outrem) forem afetados em uma medida relativamente pequena pela garantia constitucional da posição prestacional e pelas decisões do tribunal constitucional que a levarem em consideração. (ALEXY, 2008, p. 513).

Com base no modelo proposto por Robert Alexy (2008), o indivíduo terá um direito fundamental social definitivo à prestação quando o princípio da liberdade fática tiver um peso maior que os princípios materiais e formais colidentes, especialmente no tocante aos direitos sociais que correspondam a um padrão mínimo, ou seja, condições de existências mínimas, tais como direito à formação escolar e profissional, moradia simples e um padrão mínimo de atendimento na área da saúde. Diante disso, a garantia de um padrão mínimo de segurança social não pode afetar de forma substancial outros princípios constitucionais, pois se ocorrer o sacrifício de outros direitos não será tolerável o reconhecimento do direito originário à prestação.

Ingo Wolfgang Sarlet, analisando a teoria de Robert Alexy (2008), indaga se é possível ir além das fronteiras do patamar do mínimo existencial em segurança social para fruição imediata dos direitos fundamentais sociais. Até onde vai a obrigação dos poderes públicos com a realização da justiça social assegurada nas normas de direitos fundamentais sociais e, em que medida, podem ser reclamadas pelos particulares?

É preciso reconhecer que, mesmo no caso de uma suficiente determinação do conteúdo da prestação ao nível da Constituição, isto não resultaria na neutralização da barreira fática da reserva do possível, pois mesmo sabido exatamente o que buscar pode disto não dispor o destinatário. Demonstrou-se, neste contexto, que o problema reside menos no grau de completude da norma do que no aspecto da alegada ausência de legitimação dos tribunais para a determinação do objeto e do quantum da prestação, já que em face da relevância econômica dos direitos sociais prestacionais e da problemática relativa à indisponibilidade dos recursos, a decisão sobre aplicação dos recursos públicos, por sua direta implicação, incumbe precipuamente ao legislador. É por esse motivo que a norma contida no art. 5º §1º, da Constituição Federal não pode, na esfera dos direitos prestacionais, assumir uma dimensão de tudo ou nada, constituindo, na verdade postulado objetivando a maximização da eficácia dos direitos fundamentais. (SARLET, 2008, p. 318).

Depreende-se daí uma diferença entre as teorias de Robert Alexy e de Ingo Wolfgang Sarlet. Pois, enquanto o primeiro usa a ponderação de princípios para nortear a possibilidade de fruição de direitos fundamentais sociais sem a necessidade de conformação legislativa, o segundo defende que a norma contida no art. 5º §1º, da Constituição Federal é um verdadeiro postulado que objetiva a maximização dos direitos sociais.

Conforme exposto até aqui, a doutrina majoritária admite, na esfera de condições existenciais mínimas, uma flexibilização da necessidade de atuação legislativa para o exercício dos direitos fundamentais sociais. Mas o que dizer em relação às condições que estejam além da mera existência física? O exercício do direito à educação, por exemplo, pode ser negado por falta de conformação legislativa?

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet (2008), a resposta para a indagação acima passa pelo princípio da dignidade humana, pressupondo um certo grau de autonomia para administrar sua existência e para isso necessita de liberdade pessoal e que esta é uma exigência da própria dignidade da pessoa humana. Dessa forma, o princípio da dignidade humana pode atuar como limite demarcatório sobre o que se convencionou chamar de padrão mínimo da esfera de direitos sociais:

Assim, em todas as situações em que o argumento da reserva de competência do Legislativo (assim como o da separação dos poderes e as demais objeções aos direitos sociais na condição de direitos subjetivos a prestações) esbarra no valor maior da vida e da dignidade da pessoa humana, ou nas hipóteses em que, da análise dos bens constitucionais colidentes (fundamentais ou não) resultar a prevalência do direito social prestacional, poder-se-á sustentar, na esteira de Alexy e Canotilho, que na esfera de um padrão mínimo existencial, haverá como reconhecer um direito subjetivo *prima facie*, já que – nesta seara – não há como resolver a problemática em termos de um tudo ou nada. (SARLET, 2008, p. 321).

Dessa forma, considerando-se a natureza excepcional dos direitos fundamentais originários, a maior ou menor abertura semântica dos direitos fundamentais sociais e mesmo a remissão expressa à lei não podem servir de óbice ao exercício desses direitos quando implicam a não observância do princípio da dignidade humana e do princípio da igualdade material.

E no tocante ao direito à educação, Andreas J. Krell afirma que o direito ao ensino obrigatório é um direito subjetivo dos indivíduos e na omissão da autoridade competente, poderá ser exigido judicialmente:

O direito fundamental à educação não é norma meramente “programática”, mas foi regulamentada através do estabelecimento expresso de um dever do Estado e da família (art. 205) e, correspondente a um direito subjetivo dos indivíduos. O art. 208 especifica este dever “será efetivado mediante a garantia [...], enumerados, em seguida, uma série de metas e objetivos a serem alcançados. O seu §1º diz que o acesso ao ensino obrigatório é gratuito e direito subjetivo; segundo o §2º “o seu não oferecimento ou oferta irregular importam responsabilidade da autoridade competente. Para garantir os respectivos recursos, os Constituintes de 1988 estabeleceram expressamente a aplicação mínima das receitas públicas na manutenção e desenvolvimento do ensino. (KRELL, 2002, p. 33).

Tem-se, pois, que o direito à educação, previsto no art. 205, da Constituição Federal, ao dispor que “a educação é direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade” e o art. 206, I, também da Constituição Federal, ao garantir a igualdade de condições de acesso e permanência na escola, são verdadeiros direitos fundamentais sociais diretamente aplicáveis e dotados de eficácia imediata, posto que são relativos ao padrão mínimo de dignidade da pessoa humana e do direito à liberdade, incluindo-se o direito das pessoas com deficiência ao ensino regular.

Portanto, eventual descumprimento do Estado no oferecimento dos meios necessários ao pleno exercício do direito à educação inclusiva deve ser requerido judicialmente através da medida judicial adequada ao caso concreto. Existe jurisprudência, jurisprudência do STF (RE 410.715, Rel. Celso Mello, julgado em 22-11-2005), entendendo que o direito à educação infantil, por meio de acesso de crianças a creches e unidades de pré-escola (art. 208, IV, da Constituição Federal) não pode ser postergado, pois representa o grau mínimo do direito à educação. Por analogia, a mesma fundamentação poderá ser aplicada ao direito à educação das pessoas com deficiência.

1.7. Direito à Educação Inclusiva: Reserva do Possível versus Mínimo Existencial

A “reserva do possível” tem origem no Direito Alemão. Foi o publicista alemão Otto Bachof, no início da década de 50, o primeiro a sustentar a possibilidade do reconhecimento de um direito subjetivo dos recursos mínimos para uma existência digna (SARLET, 2008).

A Corte Constitucional Alemã, em 1969, ao analisar a questão sobre a oferta de vagas na Faculdade de Medicina para alunos habilitados, mas não classificados, decidiu que o indivíduo somente poderia exigir da coletividade aquilo que o legislador assumiu como responsabilidade do Estado:

Aqui não é necessário decidir se essa questão haveria de ser respondida afirmativamente e se desse mandamento constitucional poderia ser derivado, sob pressupostos especiais, um direito individual do cidadão imponível judicialmente à criação de vagas de estudo. Isto porque só se falaria em consequências constitucionais no caso de evidente violação daquele mandamento constitucional. Hoje, uma tal violação não pode ser verificada na área do estudo de medicina: Mesmo na medida em que os direitos sociais de participação em benefícios estatais não são desde o início restringidos àquilo existente em cada caso, eles se encontram sob a reserva do possível, no sentido de estabelecer o que pode o indivíduo, racionalmente falando, exigir da coletividade. Isso deve ser avaliado em primeira linha pelo legislador em sua própria responsabilidade. (SCHWABE, 2005, p. 663).

Gilmar Mendes elucida que há uma espécie de senso comum entre os juristas no sentido de que o problema da efetividade dos direitos sociais esbarra na reserva do possível, porque há escassez de recursos para realizá-los:

Noutras palavras, como os direitos sociais demandam medidas redutoras de desigualdades – não por acaso o velho Marx dizia que igualdade é igualação – e essas medidas dependem quase que exclusivamente de investimentos estatais, até porque a solidariedade não é algo que se possa impor a mentes e corações egoístas, por tudo isso, o grande problema para efetivação desses direitos reside mesmo é na escassez de recurso para viabilizá-los – o chamado limite do financeiramente possível -, perversamente mais reduzido onde maior é a sua necessidade, ou seja, naqueles países absolutamente pobres, subdesenvolvidos ou em desenvolvimento. (MENDES, 2008, p. 711).

Ricardo Lobo Tavares esclarece que a reserva do possível não é um princípio jurídico, tampouco um limite dos limites, mas um conceito investigativo (heurístico) aplicável aos direitos sociais. Segundo esse autor, a reserva do possível equivale a “reserva democrática”, uma vez que dependem da atuação discricionária do legislador. Dessa forma, dependem da soberania orçamentária do legislador e da conjuntura econômica (TAVARES, 2009, p. 105).

Ana Paula Barcellos, na obra “A eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais” defende que sob o título de reserva do possível existem dois fenômenos, a saber, o primeiro seria a inexistência fática de recursos (reserva do possível fática) e o segundo seria uma reserva do possível jurídica, caracterizando-se pela ausência de autorização orçamentária para determinado gasto (BARCELLOS, 2008).

E, Marcos Maselli de Gouvêa acrescenta que a doutrina criou, além da reserva do possível fática, a reserva do possível jurídica, segundo a qual o Judiciário não poderia determinar pela via oblíqua a reformulação do orçamento público do ente responsável pela prestação (GOUVÊA, 2003).

Andreas Krell possui entendimento diverso ao exemplificar que se o Estado hipoteticamente tivesse de escolher entre atender “milhares de doentes vítimas de doenças comuns à pobreza ou pequeno número de doentes terminais de doenças raras ou cura improvável, a resposta coerente na base da principiologia da Carta Constitucional seria: tratar todos!” (KRELL, 2002, p. 53).

E, o autor continua “e se os recursos não são suficientes, deve-se retirá-los de outras áreas (transportes, fomento, econômico, serviço de dívida) onde sua aplicação não está tão ligada aos direitos mais essenciais ao homem: sua vida” (KRELL, 2002, p. 53).

Importante aqui registrar uma observação do mesmo autor, segundo a qual, conceitos constitucionais transplantados precisam ser interpretados e aplicados de uma maneira adaptada para as circunstâncias sociais e econômicas de cada País:

O mundo “em desenvolvimento” ou periférico, de que o Brasil (ainda) faz parte, significa uma realidade específica e sem precedentes, à qual não se podem aplicar teorias científicas nem as posições políticas trasladadas dos países ricos. Assim, a discussão europeia sobre os limites do Estado Social e a redução de suas prestações e a contenção dos respectivos direitos subjetivos não pode absolutamente ser transferida para o Brasil, onde o Estado

Providência nunca foi implantado [...] Na base do aqui exposto, fica claro que uma transferência mal refletida do conceito de “reserva do possível e do entendimento dos direitos sociais como mandados (e não legítimos Direitos Fundamentais), constituiria uma adoção de soluções estrangeiras, nem sempre coerentes com as verdadeiras necessidades materiais do país. (KRELL, 2002, p. 54, 56).

Por outro lado, a fim de contrapor a reserva do possível como limite para fruição de direitos sociais, foi sendo construída a teoria do mínimo existencial, isso porque é obrigação de um Estado Social controlar os problemas decorrentes da pobreza, restituindo ao indivíduo um mínimo de satisfação de suas necessidades.

Andreas J. Krell (2002) explica que o princípio do mínimo existencial foi extraído do princípio da dignidade humana e do direito à vida e à integridade física da pessoa humana:

A Corte Constitucional Alemã extraiu o direito a um “mínimo de existência” do princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1, I, Lei Fundamental) e do direito à vida e à integridade física, mediante interpretação sistemática junto ao princípio do Estado Social (artigo 20, I, LF). Assim, a Corte determinou um aumento expressivo do valor de “ajuda social” (sozialhilfe), valor mínimo que o Estado está obrigado a pagar a cidadãos carentes. (KRELL, 2002, p. 60).

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet, a doutrina alemã diferencia o mínimo existencial fisiológico do mínimo existencial cultural. Assim, na primeira categoria estariam os bens materiais necessários para uma existência digna e acima da simples sobrevivência, em outras palavras, não basta a mera sobrevivência física, deve ser buscar condições materiais mínimas de vida condigna, por exemplo, prestações básicas em termos de alimentação, vestimenta, saúde, abrigo e etc.). Ao passo que, o mínimo existencial cultural abrangeria um mínimo de inserção cultural do indivíduo na sociedade, por exemplo, acesso à educação básica.

Ingo Wolfgang Sarlet e Maurício Pallares Zockun (2016) apontam que não há previsão expressa do mínimo existencial na Constituição Federal de 1988, visto que decorrente da dignidade da pessoa humana e da proteção da vida. Os autores acrescentam que boa parte da doutrina e jurisprudência dão suporte à tese de que o mínimo existencial “representa o núcleo essencial dos direitos fundamentais, núcleo este blindado contra toda e qualquer intervenção por parte do Estado e da Sociedade” (SARLET; ZOCKUN, 2016, p. 127).

Ingo Wolfgang Sarlet e Maurício Pallares Zockum (2016) ressaltam, ainda, não ser possível fazer um elenco exaustivo dos elementos nucleares do mínimo existencial, o que não afasta a possibilidade de se inventariar o “conjunto de medidas já sedimentadas e, que, em princípio e sem excluírem outras possibilidades, servem como uma espécie de roteiro a guiar o intérprete e de modo geral os órgãos vinculados à concretização dessa garantia do mínimo existencial” (SARLET; ZOCKUN, 2016, p. 132).

E, Andreas J. Krell (2002) acrescenta que:

De qualquer modo, o referido “padrão mínimo social” para sobrevivência incluirá sempre um atendimento básico e eficiente de saúde, o acesso à uma alimentação básica e vestimentas, à educação de primeiro grau e a garantia de uma moradia; o conteúdo concreto desse mínimo, no entanto, variará de país para país. (KRELL, 2002, p. 63).

Vale observar que a concretização dos direitos sociais, dentre os quais o direito à educação inclusiva, às vezes, é postergado sob alegação de possuírem custo elevado, entretanto, vários direitos individuais também exigem dispêndio de recursos elevados, por exemplo, para promover eleições e garantir o voto são necessários milhares de reais, o mesmo se diga em relação ao direito à segurança que exige vultoso investimento. Sobre a questão, Ingo Wolfgang Sarlet (2020) aponta que:

Conquanto se reconheça que todos os direitos sempre ‘acarretam custos’ para sua efetivação e proteção, sejam direitos civis, sejam direitos políticos ou sociais, o fato é que em termos de exigibilidade judicial, o apontado “fator custo” nunca constituiu elemento impeditivo de efetivação da dimensão negativa (função de defesa) dos direitos sociais, pelo menos não no sentido de se advogar a impossibilidade de provimento judicial com base nos direitos civis e políticos, pelo menos quando não em causa pretensões de objeto positivo, ou seja, implicando prestações estatais. (SARLET, 2020, p.560).

Sobre a alegação de indisponibilidade de recursos, Ingo Wolfgang Sarlet (2020) assevera que:

Nesses casos, embora a prestação a ser alcançada ao particular esteja prevista na legislação, o problema segue sendo o de que mesmo a lei tendo definido claramente o conteúdo das prestações, pode o acesso a tais bens ser interrompido, reduzido, ou mesmo

negado em função da alegação de efetiva indisponibilidade, situações muito comuns e que têm abarrotados os tribunais brasileiros. (SARLET, 2020, p. 560).

Entretanto, parte da doutrina entende que a competência para resolução da equação implementação de direitos sociais *versus* recursos disponíveis seria dos órgãos políticos, especialmente do legislativo.

Em decorrência dos limites do fator econômico-financeiro, foi criada a figura da “reserva do possível”, segundo a qual, só poderia haver concretização do direito social nas hipóteses em que estivessem cumpridos três requisitos: (a) a disponibilidade fática de recursos; a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos e (c) e o problema da proporcionalidade da prestação, em especial quanto à sua exigibilidade e razoabilidade (SARLET, 2020).

Ainda que não exista uma definição unívoca de “mínimo existencial”, nos casos em que o perigo se dirige à vida e à dignidade humana, tal solução tem sido utilizada pelo judiciário. No HC 172136, o Rel. Min. Celso de Mello entendeu que:

A cláusula da reserva do possível é ordinariamente invocável naquelas hipóteses em que se impõe ao Poder Público o exercício de verdadeiras “escolhas trágicas”, em contexto revelador de situação de antagonismo entre direitos básicos e insuficiências estatais financeiras. A decisão governamental, presente essa relação dilemática, há de conferir precedência à intangibilidade do “mínimo existencial”, em ordem a atribuir real efetividade aos direitos positivados na própria Lei Fundamental da República e aos valores consagrados nas diversas convenções internacionais de direitos humanos. A cláusula da reserva do possível, por isso mesmo, é inoponível à concretização do “mínimo existencial”, em face da preponderância dos valores e direitos que nele encontram seu fundamento legitimador. (STF. HC 172136. Segunda Turma. j. 10/10/2020. DJU 01/12/2020).

Em relação à saúde, o STF também tem admitido a aplicação da cláusula do mínimo existencial, inclusive em caráter originário, sem a política pública ou previsão legal:

A questão da reserva do possível: Reconhecimento de sua inaplicabilidade, sempre que a invocação dessa cláusula puder comprometer o núcleo básico que qualifica o mínimo existencial (RTJ 200/191-197) – o papel do poder judiciário na implementação de políticas públicas instituídas pela Constituição e não efetivadas pelo poder público – a fórmula da reserva do possível na perspectiva da

teoria dos custos do direito: impossibilidade de sua invocação para legitimar o injusto inadimplemento de deveres impostos ao poder público – a teoria da “restrição das restrições” (ou da limitação das limitações) – caráter cogente e vinculante das normas constitucionais, inclusive daquelas de conteúdo programático, que veiculam diretrizes de políticas públicas, especialmente na área da saúde. (CF, ARTS. 6º, 196 e 197)” (STF. ARE 72 864 AgR, Segunda Turma. Rel. Min. Celso de Mello, j. 04/11/2014, DJU 13/11/2014).

O mesmo entendimento tem se consolidado nas causas relativas à educação:

Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. 2. Direito Constitucional. Educação de deficientes auditivos. Professores especializados em Libras. 3. Inadimplemento estatal de políticas públicas com previsão constitucional. Intervenção excepcional do Judiciário. Possibilidade, Precedentes. Cláusula da reserva do possível. Inoponibilidade. Núcleo de intangibilidade dos direitos fundamentais. 5. Constitucionalidade e convencionalidade das políticas públicas de inserção dos portadores de necessidades especiais na sociedade. Precedentes. 6. Ausência de argumentos suficientes a infirmar a decisão recorrida. 7. Agravo regimental a que se nega provimento. (ARE 860979 AgR. Segunda Turma. Rel. Min. Gilmar Mendes. J. 14/04/2014. DJU 06/05/2015).

AGRAVO INTERNO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ACÓRDÃO RECORRIDO EM DISSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STF. VAGA EM CRECHE OU PRÉ-ESCOLA. PROXIMIDADE DA RESIDÊNCIA. OBRIGAÇÃO ESTATAL. 1. O acórdão do Tribunal de origem revela-se em dissonância com a jurisprudência do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, que tem dado máxima efetividade ao disposto no art. 208 da Constituição Federal, assegurando à criança vaga em creche ou pré-escola próxima de sua residência. 2. Agravo a que se nega provimento. (ARE 132879 AgR. Primeira Turma. Rel. Min. Alexandre de Moraes. j. 11/10/2021. DJU 19/10/2021).

Assim, o direito à educação inclusiva deve ser inserido no conteúdo de políticas públicas que observem o mínimo existencial, não podendo ser suprimida sob o fundamento da reserva do possível, nesse sentido Luiz David de Araújo e Waldir Macieira da Costa Filho (2022) asseveram que:

A educação é um direito humano fundamental de todas as crianças. Portanto às crianças com deficiência é garantido esse direito fundamental, que, como sabemos, a partir da doutrina de Ronald Dworkin, requer que sejam normativamente fixados no interior do próprio direito os comandos delineadores de uma política

educacional específica capaz de atender às suas necessidades particulares. Assim, é o próprio direito fundamental à igualdade dessas crianças que, no campo educacional, exigira seu tratamento normativo diferenciado mediante a formulação de parâmetros para execução de uma política de ensino complexa, que também seja capaz de atender adequadamente às especificidades desse grupo de alunos. Portanto é possível aprofundar a compreensão da articulação interna ao Direito, entre a afirmação de determinados direitos e a sua institucionalização normativa por meio de políticas específicas. (ARAÚJO; COSTA FILHO, 2022, p. 131-132).

Conclui-se, portanto, que o mínimo existencial deve sobrepor-se à reserva do possível para garantir a prevalência da vida e da dignidade da pessoa humana, anotando-se, que o mínimo existencial vai além da mera sobrevivência física, englobando aspectos culturais, econômicos e de integração na sociedade, por isso a educação inclusiva está entre eles, pois sem ela a pessoa com deficiência não conseguirá sua inserção na sociedade em igualdade de condições.

CAPÍTULO 2 – DA POLÍTICA NACIONAL DE EDUCAÇÃO INCLUSIVA: REGULAÇÃO, PARTICIPAÇÃO POPULAR E ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO

Tentou-se demonstrar no CAPÍTULO 1, que existe fundamento constitucional para o Direito à Educação Inclusiva no Brasil. E mais que isso, que o Direito à educação inclusiva está inserido no âmbito do mínimo existencial, bem como no princípio da proibição de retrocesso.

No CAPÍTULO 2, pretende-se evidenciar que o serviço público de educação pode ser prestado pelo Estado (serviço público) e pelo Particular (atividade econômica); bem como existe espaço normativo para regulação em matéria do Direito à Educação Inclusiva e que existe espaço para participação da sociedade civil, compreendendo os representantes das pessoas com deficiência, e dos atores privados na discussão de propostas de atos normativos que veiculem o direito à educação da pessoa com deficiência, bem como a possibilidade de aplicação da análise de impacto regulatório no processo de elaboração desses atos normativos.

2.1. Considerações sobre o serviço público: Evolução histórica, Conceito, Classificação

Após a apresentação da fundamentação constitucional sobre o Direito à Educação Inclusiva, é preciso entender como o serviço público de educação regular pode ser prestado no Brasil.

É consenso entre os doutrinadores que a teoria do serviço público nasceu na França e se espalhou por muitos outros países.

Dinorá Grotti explica que a jurisprudência e a doutrina francesas criaram um regime jurídico peculiar de Direito Público, com o fim de reger as atividades que o Estado prestava de forma direta e indireta e que satisfaziam as necessidades gerais. Explica, ainda, que o marco inicial da noção de serviço público se encontra no caso Blanco, julgado pelo Tribunal de Conflitos, em 1873. O Tribunal decidiu que a competência para o julgamento seria da jurisdição administrativa, uma vez que se

tratava de apreciar responsabilidade do Estado decorrente do funcionamento de serviço público (A Menina Agnès Blanco ao atravessar uma rua de Bordeaux foi atropelada por uma vagonete carregando tabaco da Cia Nacional de Manufatura de Fumo, integrante da Administração francesa). Foi a partir daí que se desenvolveu a jurisprudência francesa do século XX sobre o serviço público (GROTTI, 2017).

A Escola do Serviço Público ou Escola Realista ou Escola de Bordeaux foi sistematizada por Duguit e Jèze, que se baseavam no realismo jurídico e atribuíam especial destaque aos instrumentos de investigação dos fatos econômicos, sociais e políticos que dão origem às regras de conduta social que formam o direito de um determinado País em determinada época. Isto é, o Direito não é uma criação do Estado, mas sim resultante objetiva de uma situação social determinada em dado momento histórico, assim, os que de fato detêm o poder não têm um direito subjetivo de poder público, mas têm o dever de empregar seu poder para organizar o serviço público e realizar seu funcionamento (GROTTI, 2017).

Leon Duguit repudia a soberania como qualidade do poder público, propondo sua substituição pelo serviço público:

Tienen el sentimiento muy claro de que la consciencia moderna no se contenta ya con la noción simple de la soberanía como expresión de la mayoría del cuerpo electoral, y que no puede ver en ella el principio fundamental del derecho público... Pero importa señalar y recordar que M. Berthélemy, como M. Hauriou, ve esencialmente en lo que se llama el poder soberano una función y no un derecho subjetivo de mando, y que además llega a eliminar del Derecho público la noción de derecho subjetivo de poder y a darle por único fundamento la noción de una función que se impone a los gobernantes. Esa noción de función social que advierten los hombres políticos y los teóricos publicistas, y que sitúan en la base del Derecho público, es en el fondo la noción de servicio público. (DUGUIT, 1926, p. 22-23)

Sobre o tema, Celso Antonio Bandeira de Mello explica que:

Basta dizer que, a época de seu surgimento, sob o patrocínio teórico de Léon Duguit, o genial publicista que capitaneou a chamada “Escola do Serviço Público” (onde enfileiram os nomes ilustres de Jèze, Bonnard Rolland, entre outros), a noção de serviço público apareceu como fórmula revolucionadora do Direito Público em geral e do Direito Administrativo em particular, intentando fazer substituir o eixo metodológico desta disciplina – que dantes se constituía sobre a ideia de “poder” estatal – pela ideia de “serviços aos administrados”. [...] Duguit propôs-se a afastar a ideia de soberania e de Poder

Público como origem do Direito, repelindo a teoria de que “o Estado cria o Direito governamental”. Para este Mestre, “o serviço público” é o limite e o fundamento do poder governamental”... Em sua esteira, passou-se a ver o Direito Administrativo como um conjunto de princípios e normas congregadoras ao derredor da ideia de serviço público. A Escola do Serviço Público acreditava em poder explicar todas as particularidades do Direito Administrativo pelas necessidades do serviço público. (MELLO, 2021, p. 657-658)

Maurice Hauriou, ao contrário de Leon Deguit, não concordava com a ideia de que a função administrativa consistia essencialmente na gestão de serviços públicos. O autor entendia que o poder público assume por si mesmo um poder jurídico, permanecendo ligado à teoria tradicional, mas no seu funcionamento deve ser finalizado pelo interesse geral, daí a relevância da noção de serviço público. Para ele, o serviço público é um dos procedimentos mais eficazes que as administrações empregam para cumprir suas missões. A combinação das ideias de poder e de interesse geral deu origem à teoria da instituição. (GROTTI, 2017).

Dinorá Grotti salienta que não há coincidência obrigatória entre serviço público e direito administrativo, assim, a noção de serviço público perde relevância para determinar o campo de aplicação do Direito Administrativo e se mostra insuficiente para caracterizar vários institutos administrativos e do regime jurídico administrativo (GROTTI, 2021).

De modo geral, os autores concordam que a definição de serviço público implica a presença de três elementos, a saber: o subjetivo, implicando dizer que seria serviço público aquele prestado pelo Estado; o material, segundo o qual o serviço público seria a atividade cujo objeto seria a satisfação de necessidades coletivas; e o formal, implicando que o serviço público seria exercido sob um regime de direito público derogatório das normas do direito comum.

Dinorá Grotti explica que, a partir dos anos 50, passou a existir uma crise na noção de serviço público, pois os três elementos utilizados pela doutrina para definir serviços públicos não estavam mais presentes nas atividades então desenvolvidas pelo Estado:

No período do Estado liberal era válida a combinação destes três elementos para definir o serviço público. Todavia pouco a pouco, a noção foi abandonada em face da dissociação de seus elementos ocorrida por vários fatores. Em primeiro lugar, à medida que o Estado foi se afastando dos princípios do liberalismo, começou a ampliar suas intervenções e o rol de atividade próprias, definidas como

serviços públicos, pois passou a assim considerar determinadas atividades comerciais e industriais que eram antes tradicionalmente reservadas à iniciativa privada [...]. Na quadra final do século passado, as alterações efetuadas por conta da reforma do Estado levaram a um desmonte do Estado prestador, produtor, interventor, protecionista, e a um redimensionamento de sua atuação como agente regulador da atividade econômica, constituindo-se a privatização e a desregulação nos dois remédios mais importantes na receita neoliberal. Há o refluxo da atuação do Estado, num movimento pendular...Junto a esta alteração no modelo de Estado, o perfil de serviço público sofreu significativas inovações decorrentes das normas oriundas da Comunidade Europeia, que buscavam dar um tratamento econômico a atividades que sempre foram consideradas serviços públicos, em especial mediante a inserção de concorrência nesta atividade como fundamento da eficiência, com base na ideologia do mercado. Fala-se em serviços de interesse econômico geral, determinando-se, como, como regra, sua submissão ao regime jurídico de atividades privadas, mas se admitindo, em face de circunstâncias específicas, a adoção de um regime jurídico diverso. (GROTTI, 2021, p. 51-52).

Maria Sylvia Zanella Di Pietro aponta que a União Europeia, inicialmente, substituiu a expressão “serviço público” por “serviço econômico de interesse geral”, isso porque a Corte de Justiça entende que a existência de serviços públicos exclusivos do Estado contraria o princípio da liberdade de iniciativas e que a realização de serviços públicos por empresas estatais contraria a noção de livre concorrência. Entretanto, essa ideia foi atenuada, pois em determinadas atividades econômicas, como telecomunicações, energia elétrica há imposição de obrigações peculiares ao serviço público, tais como a continuidade e a universalidade. Atualmente, fala-se em serviço de interesse geral. Nos dias de hoje, fala-se em serviço público “à francesa”, no sentido de que a escola do serviço público francesa influenciou a comunidade europeia, flexibilizando a conceito (DI PIETRO, 2018).

Diante de todo o exposto, há de se apontar a existência de conceito restrito e conceito amplo sobre serviço público. Marçal Justem Filho, Maria Sylvia Zanella De Pietro e Celso Antonio Bandeira de Mello adotam o conceito restrito de serviço público. Ao passo que, Mario Masagão, José Cretella Júnior e Helly Lopes Meireles adotam o conceito amplo de serviço público.

Mario Masagão entende que serviço público é “toda atividade que o Estado exerce para cumprir seus fins, exceto a judiciária”. Portanto, não há distinção da atividade de polícia, atividade material (serviço público) e atividade econômica (MASAGÃO, 1968, p. 258).

José Cretella Júnior conceitua serviço público como “toda atividade administrativa que o Estado Exerce, direta ou indiretamente, para a satisfação das necessidades públicas mediante procedimento típico de direito público” (CRETELLA JÚNIOR, 1980, p. 59-60). O conceito é muito amplo, porque inclui atividades legislativa e jurisdicional.

Helly Lopes Meirelles define serviço público como “todo aquele prestado pela administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade, ou simples conveniência do Estado” (MEIRELLES, 2003, p. 319). Aqui o conceito não diferencia poder de polícia do serviço público.

Marçal Justem Filho adota o conceito restrito e conceitua serviço público como:

Serviço público é uma atividade pública administrativa de satisfação concreta de necessidades individuais ou transindividuais, materiais ou imateriais, vinculadas diretamente a um direito fundamental, insuscetíveis de satisfação adequada mediante os mecanismos da livre iniciativa privada, destinada a pessoas indeterminadas, qualificada legislativamente e executada sob regime jurídico de direito público. (JUSTEN FILHO. 2013).

Questiona-se a vinculação aos direitos fundamentais, bem como a impossibilidade de serem prestados pela iniciativa privada, como é o caso da educação.

Por sua vez, Maria Sylvia Zanella Di Pietro conceitua serviço público como “toda atividade material a que a lei atribui ao Estado para que exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente de direito Público” (DI PIETRO, 2018, p. 134).

Segundo Dinorá Grotti (2003):

Cada povo diz o que é serviço público em seu sistema jurídico. A qualificação de uma dada atividade como serviço público remete ao plano da concepção do Estado sobre seu papel. É o plano da escolha política, que pode estar fixada na Constituição do país, na lei, na jurisprudência e nos costumes vigentes em um dado tempo histórico. (GROTTI, 2003, p. 87).

E, Celso Antonio Bandeira de Mello conceitua serviço público como:

Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob regime de direito público - portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais - instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo. (MELLO, 2022, p. 657).

Observa-se, portanto, que o conceito de serviço público não é unívoco, cada doutrinador apresenta os elementos que entende mais pertinentes para conceituação de serviço público. Aqui fica ressalvada a adoção do conceito de Celso Antonio Bandeira de Mello no tocante ao conceito de serviço público em razão da nota diferenciadora acerca da submissão a um regime jurídico-administrativo que lhe confere caráter público.

No tocante à classificação de serviço público, novamente a doutrina apresenta nomenclaturas divergentes. Maria Sylvia Zanella Di Pietro classifica serviços públicos em: próprios aqueles que são prestados diretamente pelo Estado e impróprios aqueles não assumidos pelo Estado, mas apenas autorizados, regulamentados e fiscalizados; administrativos, quando prestados internamente; comerciais ou industriais, aqueles que possuem natureza econômica e os sociais, aqueles previstos no capítulo da ordem social e que não são exclusivos do Estado; *Uti universi*, aqueles prestados à coletividade, mas usufruídos indiretamente e *uti singuli*, aqueles voltados para satisfação direta e individual das necessidades do indivíduo; originários ou congênitos, aqueles que correspondem à atividade essencial, própria e privativa do Estado, como a tutela do direito e, derivados ou adquiridos que correspondem à atividade não exclusiva do Estado, como os serviços sociais, comerciais e industriais; e exclusivos, como aqueles dos artigos 21, XI e XII, e 25 §2º, da Constituição Federal, e os serviços não exclusivos, abrangendo os serviços sociais de educação, saúde e assistência social.

Celso Antonio Bandeira de Mello, por sua vez, apresenta uma classificação quadripartite, a saber: serviços de prestação obrigatória e exclusiva pelo Estado (ex.: serviço postal e correio aéreo nacional); serviços de prestação obrigatória do Estado e em que é também obrigatório outorgar em concessão a terceiros (ex.: radiodifusão sonora ou de sons e imagens); serviços de prestação obrigatória pelo Estado, mas

sem exclusividade (ex.: educação, saúde, assistência social e radiodifusão sonora e de sons e imagens) e serviços de prestação não obrigatória pelo Estado, mas não os prestando é obrigado a promover-lhes a prestação (ex.: todos os demais serviços notadamente os arrolados no art. 21, XI e XII, da Constituição).

Observa-se, portanto, que, para Celso Antonio Bandeira de Mello, existem atividades que não são exclusivas do Estado, tais como, educação, saúde, assistência social e previdência social, e por isso os particulares são livres para exercê-las:

Aos particulares é lícito desempenhá-los, independentemente de concessão, qualificando-os a Constituição como serviços de relevância pública, eis que sofrem o preponderante influxo de normas de direito público na sua prestação por particulares” (MELLO, 2022, p. 670).

E, para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, serviço de educação é classificado como serviço público social, pois atende necessidade coletivas, os direitos sociais do homem, em que a atuação do estado é essencial, mas convivem com a iniciativa privada. A autora complementa dizendo que a educação, prevista nos artigos 208 e 209, da Constituição Federal, pode ser prestada pelo Estado ou pelo Particular, neste último caso mediante autorização do Poder Público:

Outros serviços públicos podem ser executados pelo Estado ou pelo particular, neste último caso, mediante autorização do poder público. Tal é o caso dos serviços previstos no Título VIII da Constituição, concernentes à ordem social, abrangendo saúde (arts. 196 e 199), previdência social (art. 202), assistência social (art. 204) e educação (arts. 208 e 209). (DI PIETRO, 2022, p. 142).

Observa-se, daí, que apesar da nomenclatura diversa acerca dos serviços não exclusivos do Estado utilizada pelos dois renomados autores, ambos concordam que a educação pode ser prestada tanto pelo Estado quanto pelo particular. Aliás, essa é a dicção do art. 209, da Constituição Federal:

Art. 209. O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições:

- I – cumprimento das normas gerais da educação nacional;
- II – autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público.

Portanto, a própria Constituição abre espaço para que a educação seja prestada tanto pelo Estado quanto pela iniciativa privada. O serviço Público de educação, para Celso Antonio Bandeira de Mello, é serviço público de prestação obrigatória pelo Estado, mas sem exclusividade do serviço. E, para Maria Sylvia Zanella de Pietro, será serviço público social, isto é, aqueles previstos no capítulo da ordem social e que não são exclusivos do Estado.

O particular, conforme exposto, poderá desenvolver atividade de educação e, assim, serão serviços correspondentes à exploração de atividade privada e não serviços públicos:

Certas atividades, a própria Carta Constitucional definiu como serviços públicos: alguns deles em todo e qualquer caso e outros deles apenas quando prestados pelo Estado. Estes últimos, de conseguinte, não serão serviços públicos quando desempenhados pelos particulares, uma vez que a Carta Magna não limitou a prestação deles ao Estado ou a quem lhe faça as vezes. Segue-se que o Estado jamais poderia pretender outorgá-los em concessão a alguém, sob pena de ferir os direitos de prestá-los que assistem às demais pessoas que preencham os requisitos legais necessários à comprovação de suas habilitações [...]. Logo é correto concluir que os serviços correspondentes à exploração de atividade econômica são serviços privados, e não serviços públicos (excetuando o caso de serviço público de educação e saúde, que, como se acaba de ver, embora também assistam no campo da atividade econômico, serão serviços públicos quando prestados pelo Estado. (MELLO, 2022, p. 674-675).

O art. 206, II, da Constituição Federal, prevê a “liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber”. E, o art. 209, da Carta Magna, estabelece que o ensino é livre à iniciativa privada, desde que sejam cumpridas as normas gerais de educação nacional e exista autorização e fiscalização do poder público. Ao passo que o art. 22, XXIV, do Diploma Fundamental, dispõe que compete privativamente à união legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional.

Depreende-se, daí, que o serviço de educação pode ser prestado pela iniciativa privada, mas, para tanto, depende de autorização do poder público, com base no poder de polícia:

Pelo poder de polícia, o Estado, mediante lei, condiciona, limita, o exercício da liberdade e da propriedade dos administrados, a fim de

compatibilizá-las com o bem-estar social. Daí que a administração fica incumbida de desenvolver certa atividade destinada a assegurar que a atuação dos particulares se mantenha consoante com as exigências legais. Então, em certos casos legalmente previstos, a atuação dos administrados dependerá de prévia outorga pela Administração de licenças, permissões e autorizações, cuja expedição será feita depois que a Administração se certificar de que os interessados em desempenhá-la preenchem as condições legais para tanto ou então - quando também caiba uma apreciação administrativa discricionária na expedição deles – que as atividades pretendidas não implicarão riscos para o bem-estar social. (MELLO, 2022, p. 666-667).

Nesse contexto, o art. 7º, II, da Lei n. 9.394/1996 – que dispõe sobre as diretrizes e bases da educação nacional – estabelece que o ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as condições de cumprimento das normas gerais da educação nacional e do respectivo sistema de ensino e autorização de funcionamento e avaliação de qualidade pelo Poder Público. Observa-se, portanto, a repetição quase exata dos termos do art. 209, da Constituição Federal.

Sobre o tema, Di Pietro acrescenta que a autorização para prestação de serviço não exclusivo do Estado decorre do poder de polícia e se submete ao controle do Estado:

Com relação a esses serviços não exclusivos do Estado, pode-se dizer que são considerados serviços públicos próprios, quando prestados pelo Estado; e podem ser considerados serviços públicos impróprios, quando prestados por particulares, porque neste caso, ficam sujeitos a autorização e controle do Estado, com base no seu poder de polícia. (DI PIETRO, 2019, p. 144).

Observa-se aqui uma divergência doutrinária entre Di Pietro e Celso Antonio, posto que este chama de atividade econômica os serviços de educação prestados pelos particulares, ao passo que Di Pietro os denomina de serviços públicos impróprios.

Celso Antonio Bandeira de Mello explica que os serviços públicos não privativos são aqueles que o Estado deve desempenhar, imprimindo-lhes regime de Direito Público, sem, entretanto, vedar o exercício destes pelos particulares. Os particulares podem prestá-los independentemente de concessão e sofrem influxo de normas de direito público na sua prestação:

Sem embargo, ficam todos submetidos a um tratamento normativo mais estrito do que o aplicável ao conjunto de atividades privadas. Assim, o Poder Público, dada a grande relevância social que possuem, os disciplina com rigor especial. (MELLO, 2022, p. 670).

Anote-se, ainda, que a Lei n. 9.394/1996 (LDBEN), no seu art. 19, dispõe que “as instituições de ensino dos diferentes níveis classificam-se nas seguintes características administrativas: I – públicas, assim entendidas as criadas ou incorporadas, mantidas e administradas pelo Poder Público; III – privadas, assim entendidas as mantidas e administradas por pessoas físicas ou jurídicas de direito privado”.

Acrescente-se, ainda, que o art. 88 e seu §1º, da LDBN, estabeleceram que:

A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios adaptarão sua legislação educacional e de ensino às disposições desta lei no prazo máximo de um ano, a partir da data de sua publicação e as instituições educacionais adaptarão seus estatutos e regimentos aos dispositivos desta Lei e às normas dos respectivos sistemas de ensino, nos prazos por estes estabelecidos.

Demonstra-se, assim, a inflexão das normas de direito público às entidades privadas de educação.

Diante do exposto, este trabalho adota a posição do Professor Celso Antonio Bandeira de Mello no sentido de que a atividade de ensino desenvolvida pelo particular se enquadra na modalidade de atividade econômica com uma característica diferenciadora, qual seja, a inflexão de normas de direito público em sua regulação, decorrente da grande relevância social que possui o ensino.

2.2. Apontamentos sobre a competência federativa em matéria de educação

O art. 22, XXIV, da Constituição Federal, dispõe que cabe à União editar normas gerais em matéria de educação, sendo possível os Estados legislarem sobre o tema, desde que autorizados por lei complementar. Depreende-se, portanto que cabe à União a competência privativa para legislar sobre diretrizes e bases da educação Nacional e aos Estados a possibilidade de legislarem sobre questões específicas.

E, o art. 24, IX, da Carta Magna, estabeleceu a competência legislativa concorrente quanto à educação aos Estados e Distrito Federal. Os Municípios, nos termos do art. 30, II, da Constituição Federal, podem suplementar a legislação federal e estadual, no âmbito de seu interesse.

Quanto à competência material, o art. 23, da Constituição Federal, dispõe que a educação é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. E o art. 211, da Carta Magna, dispõe sobre a forma como os entes federativos devem organizar seus sistemas de ensino, de modo que a União organizará o sistema federal de ensino; os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil e os Estados e o Distrito Federal atuarão prioritariamente no ensino fundamental e médio. Dispõe, ainda, que os entes federativos organizarão seus sistemas de ensino de forma colaborativa, de modo a assegurar a universalização do ensino obrigatório.

A Lei Federal n. 9.394/96 (LDBEN) traz, nos artigos 9º, 10 e 11, os moldes da repartição de competência dos entes federativos no tocante à autorização, reconhecimento, credenciamento, supervisão e avaliação dos estabelecimentos de ensino, conforme indicado a seguir:

Art. 9º. A União incumbir-se-á de:

IX – autorizar, reconhecer, credenciar, supervisionar e avaliar, respectivamente, os cursos das instituições de educação superior e os estabelecimentos de seu sistema de ensino.

Art. 10. Os Estados incumbir-se-ão de:

IV – autorizar, reconhecer, credenciar, supervisionar e avaliar, respectivamente, os cursos das instituições de educação superior e os estabelecimentos de seu sistema de ensino.

Art. 11. Os Municípios incumbir-se-ão de:

IV o autorizar, credenciar e supervisionar os estabelecimentos de seu sistema de ensino.

Portanto, a autorização e a avaliação dos estabelecimentos de ensino privado, nos moldes da exigência do art. 209, da Constituição Federal, observarão as diretrizes dos artigos 9º, 10 e 11 da LDBEN.

2.3. Políticas públicas: evolução, conceito e características

Após a Segunda Guerra, com a conformação intervencionista do Estados Unidos, surgiram vários estudos sobre o tema políticas públicas. Felipe de Melo Fonte aponta a obra de Charles Merriam como pioneira ao utilizar ferramentas de ciência política para descrever as práticas de governo. Sob o ponto de vista da ciência política é possível encontrar diversos conceitos para políticas públicas: Thormas Dye estabelece que “será política pública tudo aquilo que o governo decida fazer ou não”. E, William Jenkins conceitua política pública como “conjunto de decisões inter-relacionadas tomadas por um indivíduo ou um grupo de atores políticos a respeito da escolha de objetivos e os meios para alcançá-los em uma situação específica onde tais decisões devem, em princípio, estar inseridas no poder de alcance destes atores”. Enquanto para James Anderson política pública “é um curso de ação intencional construído por um ator ou conjunto de atores para lidar com um problema ou motivo de preocupação” (*apud* FONTE, 2014, p. 16).

Posteriormente, este ramo de estudo da ciência política recebeu o nome de *policy science* (ciência das políticas públicas) e não se confunde com *politics*, entendida como a construção do consenso e luta pelo poder. Na língua portuguesa não há essa diferenciação realizada pela língua inglesa, assim, utiliza-se o termo política tanto para políticas públicas quanto para construção de consenso e luta de poder. Interessante observar que a expressão política pública é multidisciplinar, pois é estudada por vários ramos do conhecimento, a saber, as ciências sociais aplicadas, a ciência política, a economia e a ciência da administração pública. No Brasil, a temática passou a ser estudada efetivamente no final dos anos 70 e começo dos anos 80, com a publicação de trabalhos sobre a formação histórica das ações de governo (DIAS; MATOS, 2012).

Na ciência do Direito, vários doutrinadores nacionais se preocuparam em fornecer um conceito de política pública, conforme demonstrado a seguir:

Fabio Konder Comparato define política público como “conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado” (COMPARATO, 1997, p. 18).

Já Maria Paula Dallari Bucci define política pública como “programas de ação do governo, para realização de objetivos determinados, num espaço de tempo certo” (BUCCI, 1996, p. 13).

E, Ana Paula Barcellos definindo políticas públicas pontua que “compete à Administração Pública efetivar os comandos gerais contidos na ordem jurídica e, para isso, cabe-lhe implementar ações e programas dos mais diferentes tipos, garantir prestação de serviços, etc. Esse conjunto de atividade pode ser identificado como políticas públicas” (BARCELLOS, 2005, p. 90).

Felipe de Melo Fonte define política pública como “conjunto de atos e fatos jurídicos que tem por finalidade a concretização de objetivos estatais pela administração pública” (FONTE, 2015, p. 18).

Depreende-se dos conceitos acima que há uma ideia nuclear entre eles, qual seja, as ações desencadeadas pelo Estado para o atendimento de objetivos, implicando a percepção de um problema, bem como a definição de um objetivo e da configuração de um processo de ação.

Segundo Andreas J. Krell (2002), o Poder Executivo, portanto, não somente executa as normas legislativas sobre direitos sociais, ele também cria as políticas públicas e os programas necessários para realizar, sendo essa “função governamental planejadora e implementadora decisiva para o próprio conteúdo das políticas e a qualidade dos serviços” (KRELL, 2002, p. 99).

Nesse contexto de conformação de políticas públicas, Maurício Zockun, esclarece que a Constituição confere competência ao Estado para produzir ato jurídico veiculador de comando normativo primário ou secundário (ZOCKUN, 2022, p. 307- 322).

E, a determinação da competência do Estado é a primeira referência para elaboração da política pública e cada política pública tem seu marco legal que se dá através da lei.

Anote-se que construção de uma política pública segue algumas fases específicas, a saber, a definição da agenda (decorre da percepção de um problema por parte do governo que demanda sua ação), a formulação da política (permite resolver qual das diferentes alternativas existentes será mais apropriada para dirimir a tensão entre a situação atual e a desejada); processo de tomada de decisão (a escolha feita será expressa em decretos, resoluções, dentre outros atos normativos),

implementação da política (corresponde à execução da atividade) e avaliação da política (ferramenta importante porque permite à administração agir em função dos resultados obtidos) (DIAS; MATOS, 2012).

Reinaldo Dias e Fernanda Matos explicam que as políticas públicas podem ser de diferentes tipos: política social (saúde, educação, habitação, previdência social); política macroeconômica (fiscal, monetária, cambial, industrial); política administrativa (democracia, descentralização, participação social); política específica ou setorial (meio ambiente, cultura, agrária, direitos humanos etc.). Acrescentam que as políticas públicas sofrem variações conforme o regime social, o papel do estado na sociedade, o nível de atuação dos diferentes grupos sociais. (DIAS; MATOS, 2020).

Importa assinalar que, para Maria Paula Dallari Bucci (2008), a “Constituição não contém políticas públicas, mas direitos cuja efetivação se dá por meio de políticas públicas” (BUCCI, 2008, p. 254), depreende-se, portanto, que as políticas públicas se expressam através de normas jurídicas, elaboradas por quem detém competência para tanto.

No tocante à educação inclusiva, “a partir da LDBEN de 1996 e do Plano Nacional de Educação (2014-2024) e da Base Nacional Curricular, são propostas inúmeras políticas públicas educacionais no Brasil nas últimas décadas, visando a contemplar os objetivos educacionais e as metas ali existentes” (BES, 2018, p. 65). O Plano Nacional de Educação (Lei n. 13.005/2014), por exemplo, ao dispor sobre as competências do Conselho Nacional de Educação (CNE) e do Fórum Nacional de Educação, estabelece que ambos devem “analisar e propor políticas públicas para assegurar a implementação das estratégias e o cumprimento das metas” do PNE (at. 5º). Tanto a LDBEN como o PNE trazem previsão sobre o direito à educação inclusiva, conforme determinado no art. 208 e 209, III, ambos da Constituição. Com bases nessas normas jurídicas, foi elaborada a política nacional de educação inclusiva.

2.4. Participação popular no ciclo de formação das políticas públicas de educação inclusiva

O art. 205, da Constituição Federal prevê que a educação é um direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada **com a colaboração da sociedade** e o art. 206, VI, também da Constituição Federal, estabelece, dentre outros, o princípio da “**gestão democrática do ensino público, na forma da lei**”. Em consonância com o disposto na Carta Cidadã, a atual Lei de Diretrizes e Base da Educação Nacional (Lei n. 9.394/1996), no Título IV, que trata “Da Organização da Educação Nacional”, prevê no art. 14, que os sistemas de ensino definirão normas da gestão democrática com base nos princípios da “**participação dos profissionais da educação na elaboração do projeto pedagógico da escolas**” e “**participação da comunidade escolar e local em conselhos escolares e equivalente**”, abrindo, assim, espaços para que a comunidade escolar participe da elaboração de projetos pedagógicos, bem como a atuação da comunidade em conselhos escolares ou associações de pais e mestres.

A Carta Cidadã, como se vê, permite a participação da sociedade civil na formação da política educacional, permitindo, assim, a ação do Estado no atendimento de novas demandas de forma mais efetiva, isso porque a definição de prioridade ocorre através de um debate público, consequência do avanço democrático ocorrido no País após o fim do Regime Militar:

Nesse contexto, a participação emergiu como um direito, que foi conquistado com as lutas pela redemocratização do país, concretizada em novas articulações entre democracia representativa e participativa, que permitiram maior abertura ao diálogo no que se refere ao desenho e à implementação de políticas públicas. (DE PAULA; PREZOTTI PALASSI; ZANON, 2021).

Acrescente-se, por oportuno, que a Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, promulgada pelo Decreto Presidencial n. 6.949/2009, prevê em seu preâmbulo que “as pessoas com deficiência devem ter oportunidade de participar ativamente das decisões relativas a programas e políticas, inclusive aos que lhe dizem respeito diretamente” é mais uma razão para que as parte

interessadas sejam ouvidas no processo de regulação em matéria de educação inclusiva. Nesse sentido, a posição de Piovesan:

Frisa a Convenção que as pessoas com deficiência devem ter a oportunidade de participar ativamente dos processos decisórios relacionados a políticas e programas que os afetem. Os Estados estão obrigados a consultar as pessoas com deficiência, por meio de seus representantes e organizações, quando da elaboração e implementação de leis e medidas para efetivar a Convenção e outras políticas públicas que impactem suas vidas. (PIOVESAN, 2022, p. 328-229).

Observe-se, ainda, que no documento intitulado “Redução de pobreza e fortalecimento do capital social e a participação: a ação recente do Banco Interamericano de Desenvolvimento”, o BID aponta várias vantagens da participação social na formação de políticas públicas, tais como, os critérios de participação incorporados na avaliação de projetos poderiam dar mais eficiência às políticas públicas; os modelos de participação são diversos e dependem da conformação jurídica de cada país; os governos deveriam considerar a participação cidadã como elemento central da formação de políticas públicas; a participação cidadã e a educação são fundamentais para transformar a sociedade (YAMADA, 2001, p. 13-14).

Segundo Alessandra do Carmo Pinheiro (2004), na formação das agendas públicas, no mais das vezes, há preponderância da ação burocrática do Estado ou de grupos restritos de poder, por isso a participação social mostra-se importante na formação da agenda pública:

A participação da sociedade civil nesse debate tem como efeito não somente a possibilidade de explicitação de demandas públicas, particularmente as demandas sociais, mas também maiores garantias de que os poderes governamentais orientem suas decisões em função das decisões definidas nas agendas públicas. (PINHEIRO, 2004).

Daí que a moldura constitucional permite que a sociedade civil participe do processo de formação das políticas públicas de educação com objetivo de incluir suas pautas. Aliás, conforme ressalta Leandro Antonio Peixoto, o sucesso de uma política pública depende muitas vezes do processo dialógico entre Estado e sociedade:

[...] a resolução dos problemas públicos passa pela interação entre diversos elementos que, combinados e considerados, tendem a se refletir no próprio sucesso das políticas públicas. Considerar a ação pública como um processo integral e dialógico implica, conseqüentemente, no fortalecimento da dimensão participativa dos atores sociais, capazes de exercer controle desde a formulação até a avaliação dessas políticas públicas. (PEIXOTO, 2015, p. 410).

Essa nova cultura política de relações democráticas entre o Estado e a sociedade trazida pela Constituição Federal de 1988 permite que sejam identificadas algumas formas mais comuns de participação social, tais como, conselhos, conferências, mesas de negociação. Pautas nacionais de reivindicações, ouvidorias, consultas e audiências públicas:

Conselhos – organizações institucionais setoriais ou temáticas, de caráter consultivo e/ou deliberativo e fiscalizador, com a finalidade de produzir e acompanhar políticas públicas no âmbito do Governo;

Conferências – espaços democráticos para o encontro de diferentes setores da sociedade, interessados em avaliar, discutir, criticar e propor políticas públicas. Cumprem importante função de construção de pautas para o diálogo social;

Mesas de negociação e diálogo – instâncias de discussão e construção de propostas para temas específicos, que reúnem os setores diretamente interessados na questão que motivou a sua constituição;

Pautas nacionais de reivindicações;

Ouvidorias – espaços para a ação individual de críticas, sugestões, reclamações, denúncias e outros, para melhoria do serviço público;

Consultas e audiências públicas – instrumentos do diálogo para a busca de soluções para demandas sociais ao longo da discussão sobre obras e políticas públicas. (DIAS; MATOS, 2020, p. 163-164).

Nos termos da Lei n. 4.024/1961, o Ministério da Educação e do Desporto exerce as atribuições do poder público federal em matéria de educação, cabendo-lhe formular e avaliar a política nacional de educação, zelar pela qualidade de ensino e velar pelo cumprimento das leis que o regem. No desempenho de suas funções, o Ministério da Educação e do Desporto contará com a colaboração de um Conselho Nacional de Educação.

A Lei n. 4.024/1961, foi alterada pela Lei n. 9.131/1995, dispondo que o Conselho Nacional de Educação é composto pelas Câmaras de Educação Básica e de Educação Superior que terão atribuições normativas, deliberativas e de

assessoramento ao Ministro da Educação e de Desporto de forma a assegurar a participação da sociedade no aperfeiçoamento da educação nacional.

As Câmaras serão constituídas, cada uma, por 12 conselheiros, dentre os indicados em listas elaboradas especialmente para cada câmara. Pelo menos a metade dos conselheiros de cada Câmara serão escolhidos em lista formulada mediante consulta a entidades da sociedade civil, relacionadas às áreas de atuação dos respectivos colegiados.

Na Câmara de Educação Básica a lista será elaborada por indicações formuladas por entidades nacionais públicas e particulares que congreguem os docentes, dirigentes de instituições de ensino e os Secretários de Educação dos Municípios, dos Estados e do Distrito Federal.

Na Câmara de Educação Superior a lista será elaborada por indicações formuladas por entidades nacionais, públicas e particulares, que congreguem os reitores de universidades, diretores de instituições isoladas, os docentes, os estudantes e segmentos representativos da comunidade científica.

Na escolha dos nomes que comporão as câmaras, o Presidente da República levará em conta a necessidade de representação de todas as regiões do país e as diversas modalidades de ensino, de acordo com a especificidade de cada colegiado.

Depreende-se, daí a preocupação em ouvir a maior parte dos atores interessados nas políticas públicas em matéria de educação, tanto que há participação dos representantes de entidades privadas, públicas e da sociedade civil organizada.

Observe-se que dentre as atribuições do Conselho de Educação Básica está a de examinar os problemas da educação infantil, do ensino fundamental, da educação especial e do ensino médio e tecnológico e oferecer sugestões para sua solução.

Um exemplo da atuação do Conselho Nacional de educação foi a aprovação da Base Nacional Curricular – BNCC (Resolução CNE/CP n. 2, de 22 de dezembro de 2017) que deve ser respeitada obrigatoriamente ao longo das etapas e respectivas modalidades no âmbito da educação básica. O CNE, para elaborar a BNCC, realizou audiências públicas regionais em Manaus, Recife, Florianópolis, São Paulo e Brasília, com caráter exclusivamente consultivo, destinadas a colher

subsídios e contribuições para BNCC, nesse processo foram protocolados 235 documentos e realizadas 283 manifestações orais, todas essenciais para que os conselheiros tomassem conhecimento das posições das diversas entidades e atores da sociedade civil (BRASIL, 2023).

O Fórum Nacional da Educação Brasileira é outro meio de participação social no âmbito da educação. Ele foi criado por lei com a criação do Plano Nacional de Educação – PNE (Lei n. 13.005/2014) e instituído pela Portaria Ministério da Educação n. 1.0407 de 14 de dezembro de 2010, com objetivo de criar um espaço de interlocução entre a sociedade civil e o Estado brasileiro.

O Fórum Nacional da Educação, nos termos do art. 1º, da Portaria Ministério da Educação n. 1.0407 de 14 de dezembro de 2010, tem caráter permanente e tem a finalidade de coordenar as conferências nacionais de educação, acompanhar e avaliar a implementação de suas deliberações, e promover as articulações necessárias entre os correspondentes fóruns de educação dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Também é responsável por planejar e organizar espaços de debates sobre política nacional de educação e acompanhar, junto ao Congresso Nacional, a tramitação de projetos legislativos relativos à política nacional de educação.

Observe-se que o art. 30, da Portaria Ministério da Educação n. 1.0407 de 14 de dezembro de 2010, enumera os participantes do FNE, dentre os 34 participantes do fórum podem ser destacados os movimentos em defesa da educação, movimentos de afirmação de diversidade, a confederação nacional de pais de alunos, a união nacional dos estudantes (UNE), a confederação nacional dos estabelecimentos de ensino.

Por sua vez, o art. 6º, da Lei n. 13.005/2014, estabeleceu que “a União promoverá a realização de pelo menos 2 (duas) conferências nacionais de educação até o final do decênio, precedidas de conferências distrital, municipais e distritais, articuladas e coordenadas pelo Fórum Nacional de Educação, instituído nessa lei, no âmbito do Ministério da Educação. As conferências nacionais acontecerão com um intervalo de 4 (quatro) anos entre elas, com o objetivo de avaliar a execução do PNE e subsidiar a elaboração do plano nacional de educação para o decênio seguinte. A título de esclarecimento, o atual PNE tem validade até 2024.

A Conferência Nacional de Educação – CONAE é um espaço democrático aberto pelo Poder Público para que todos possam participar do desenvolvimento da Educação Nacional, incluindo pais, profissionais da educação, gestores e sociedade civil organizada (BRASIL, 2008).

O que se quer demonstrar com isso é que no âmbito do direito à educação já existe toda uma conformação normativa prevendo a participação dos interessados da formulação das políticas públicas de educação. E, a oitiva dos interessados mostra-se fundamental para o sucesso das políticas públicas desenhadas pelo Estado. Entretanto, a preocupação de ouvir os interessados na proposta de novo atos regulamentares, do modo geral, se daria a critério da administração pública, tornando, portanto, discricionária essa escolha. Todavia, não parece ser essa a melhor solução. É certo que não seria razoável exigir a oitiva dos interessados em todas as propostas normativas, mas apenas nas de maior complexidade, pois exercício da cidadania plena exige não apenas a participação no processo político, mas também naqueles que interfiram na órbita de interesse do cidadão diretamente interessado.

2.5. Direito à Educação Inclusiva e Regulação

O art. 5º, II, da Constituição Federal, prevê que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Em consequência, o regulamento é destinado a complementar o disposto em norma legislativa.

Celso Antonio Bandeira de Mello relata que a distinção entre a Lei e o Regulamento está em que a lei inova originariamente na ordem jurídica, enquanto o regulamento não a altera (MELLO, 2022).

Celso Antonio Bandeira de Mello, Helly Lopes Meirelles e Maria Sylvia Zanella Di Pietro, por exemplo, entendem que o regulamento não pode contrariar a lei, sendo possível, como regra, a expedição de regulamento de execução.

Entretanto, há discussão doutrinária acerca da existência de regulamento autônomo.

Marçal Justen Filho explica que o regulamento autônomo seria aquele desvinculado de uma lei, encontrando seu fundamento de validade na própria

Constituição Federal. Assim, o regulamento autônomo poderia criar direitos e obrigações sem a prévia existência de lei, o que significaria a possibilidade de o Poder Executivo inovar no ordenamento jurídico. O autor aponta a existência de quatro correntes doutrinárias e jurisprudenciais acerca da possibilidade de regulamento autônomo:

- [...] - a primeira corrente entende que a ausência de disciplina legislativa necessária à promoção dos direitos fundamentais pode ser suprida por meio de regulamento;
- a segunda posição defende a possibilidade de dispositivo legal atribuir expressa competência à autoridade administrativa para disciplinar, inovadoramente, certos temas por meio de regulamento;
- a terceira orientação admite que a sumariedade da disciplina constante de uma lei propicia à autoridade administrativa emitir regulamento para dispor sobre questões omitidas;
- a quarta concepção afirma que o regulamento deve ser estritamente subordinado à lei, sem que se admita qualquer inovação ou acréscimo às normas contempladas por ela. (JUSTEN, 2022, p. 204).

Marçal Justen Filho adota o entendimento de ser possível a expedição de decretos autônomos nos casos da primeira e terceira correntes, pois a atuação inovadora do Executivo reflete uma necessidade relacionada à produção normativa visando assegurar a melhor e mais rápida solução, o que não pode ser suprido pelo demorado processo legislativo. Além disso, alega que o regulamento seria inútil se não pudesse inovar o ordenamento jurídico.

Já Maria Sylvania Zanella Di Pietro defende que, no direito pátrio, com exceção do regulamento autônomo, previsto no Inciso VI, do art. 84, da Constituição Federal, só existe o regulamento de execução, subordinado a uma lei antecedente:

No direito brasileiro, a Constituição de 1988 limitou consideravelmente o poder regulamentar, não deixando espaço para os regulamentos autônomos, a não ser a partir da Emenda Constitucional n. 32/01 [...] altera-se o art. 84, VI, para outorgar ao Presidente da República a competência para 'dispor, mediante decreto, sobre (a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem extinção ou criação de órgãos públicos; (b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos [...] Com a alteração do dispositivo constitucional, fica restabelecido, de forma muito limitada, o regulamento autônomo no direito brasileiro, para a hipótese específica inserida na alínea a. (DI PIETRO, 2018, p. 117-118).

Celso Antonio Bandeira de Mello discorda de Maria Sylvia Zanella Di Pietro no tocante ao artigo 84, VI, da Constituição Federal, para ele, a alínea *a* jamais poderia ser considerada um decreto autônomo, mas mera competência para um “arranjo intestino” e a alínea *b* seria um caso de ato concreto. O autor entende que o regulamento “além de inferior, subordinado é dependente de lei” (MELLO, 2022, p. 284-285). O autor completa dizendo:

O regulamento executivo é o único, único existente no sistema brasileiro, é o meio de disciplinar a discricção administrativa, vale dizer, de regular a liberdade relativa que viceje no interior das balizas legais, quando a administração esteja posta na contingência de executar lei que demande ulteriores precisões. (MELLO, 2022, p. 289).

Pontes de Miranda apresenta algumas balizas para o regulamento;

Sempre que no regulamento se insere o que se afasta, para mais ou para menos, da lei, é nulo, por ser contrária à lei a regra jurídica que se tentou em butir no sistema jurídico.

Se, regulamentando a lei ‘a’, o regulamento fere a Constituição ou outra lei, é contrário à Constituição, ou à lei, e – em consequência – nulo o que editou.

A pretexto de regulamentar a lei ‘a’, não pode o regulamento, sequer ofender o que, a propósito da lei ‘b’, outro regulamento estabeleceria. (PONTES DE MIRANDA *apud* MELLO, 2022, p. 202).

É nesse contexto que se mostra pertinente a observação de Maurício Pallares Zockun e Carolina Zancaner, no sentido de ser legítima a regulação administrativa de matéria veiculada em Lei:

Logo, dá-se a legítima regulação administrativa quando o objeto ou matéria legislada já está veiculada e plasmada em lei formal, circunstância em que caberá ao Estado, no exercício da função administrativa, desenvolver aquela matéria legislada, conferindo contorno técnicos e/ou objetivos, sem o que a norma edificada não terá aptidão para irradiar os seus efeitos. (ZOCKUN; ZANCANER. 2022, p. 16).

É possível observar como o Estado disciplina várias questões em matéria de educação, por exemplo, a Base Nacional Comum Curricular foi instituída através da Resolução CNE/CP n. 2, dando cumprimento ao disposto na CF/88 (art. 210); LDBEN (Lei n. 9.394/96) e PNE (13.005/2014).

No tocante à educação inclusiva, ocorre o mesmo: a Constituição Federal nos art. 206, *caput* e art. 208, III, dispõe sobre o direito das pessoas com deficiência ao ensino regular, dentro do sistema de ensino público ou privado. E, a LDBEN traça as diretrizes para o exercício desse direito assegurado constitucionalmente através dos artigos 58 a 60. O artigo 59 dispõe que às pessoas com deficiência serão assegurados currículos, métodos, técnicas, recursos educativos e organização específicos para atender às suas necessidades. O parágrafo único do artigo 60 prevê que o atendimento educacional especializado se dará preferencialmente na rede pública regular de ensino, independentemente do apoio que o Poder público dará às instituições de ensino com atuação exclusiva no atendimento educacional especializado. E, para regulamentar o parágrafo único do art. 60, da LDBEN, foi expedido o Decreto n. 6.571/2008, estabelecendo o funcionamento do Atendimento Educacional Especializado e seus objetivos, quais sejam: prover condições de acesso, participação e aprendizagem no ensino regular aos alunos com deficiência; garantir transversalidade das ações da educação especial no ensino regular; fomentar o desenvolvimento de recursos pedagógicos que eliminem as barreiras no processo de ensino e aprendizagem e assegurar condições para continuidade de estudos nos demais níveis de ensino e, para alcançar esses fins, o art. 3º dispõe que será incentivado a implantação de salas de recursos multifuncionais e a formação de gestores, educadores e demais profissionais para a educação inclusiva, dentre outros objetivos. E, o parágrafo 1º, deste mesmo artigo, define as salas multifuncionais como “ambientes dotados de equipamentos, mobiliários e materiais didáticos e pedagógicos para oferta do atendimento educacional especializado”. Por fim, o art. 6º dispõe que “o atendimento educacional especializado poderá ser oferecido pelos sistemas públicos de ensino ou pelas instituições comunitárias, confessionais, filantrópicas sem fins lucrativos, com atuação exclusiva na educação especial, conveniadas com o Poder Público.

Posteriormente, foi editada a Resolução n. 4/2009, do Conselho Nacional de Educação-Câmara de Educação Básica, que “institui diretrizes operacionais para o Atendimento Educacional Especializado na educação básica, modalidade educação especial.

O artigo 1º, da Resolução n. 4/2009, do CNE, estabelece que:

Para implementação do Decreto n. 6.571/2008, os sistemas de ensino devem matricular os alunos com deficiência, transtornos globais de desenvolvimento e altas habilidade/superdotação nas classes comuns do ensino regular e no Atendimento Educacional Especializado (AEE), ofertado nas salas de recurso multifuncionais ou em centros de Atendimento Educacional Especializado da rede pública ou de instituições comunitárias, confessionais, ou filantrópicas sem fins lucrativos.

E, o art. 2º deixa claro que o AEE tem a função de complementar ou suplementar a formação do aluno, portanto, não pode ser entendido como meio substitutivo às classes comuns. Também busca eliminar barreiras para que ocorra sua participação em sociedade. O art. 4º delimita quem é o público alvo do AEE, incluindo, dentre outros, os alunos com deficiência, ou seja, “aqueles que têm impedimento de longo prazo de natureza física, intelectual, mental ou sensorial”.

A Resolução n. 4/2009 especifica também quais são as atribuições do professor do Atendimento Educacional Especializado e qual deve ser a sua formação.

Verifica-se, portanto, toda uma cadeia normativa, que forma a moldura da educação inclusiva de pessoa com deficiência, nos moldes da teoria de Kelsen. A Constituição é a fonte de validade das Leis; as Leis são as fontes de validade dos Decretos e Resoluções, os quais não podem ofender nem a Constituição, nem as Leis.

Vale observar, conforme já explicitado, que o art. 209, da Constituição Federal, dispõe que o ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as condições de “cumprimento das normas gerais da educação nacional, autorização e avaliação de qualidade pelo poder público”. Depreende-se da dicção desse artigo que as entidades privadas de ensino necessitam de autorização do poder público competente, bem como se submetem a procedimento de avaliação de qualidade, ambas decorrentes do poder de polícia da Administração.

Nesse contexto, vale transcrever a lição de João Barroso:

O Estado não se retira da educação. Ele adota um novo papel, o do Estado regulador e avaliador que define as grandes orientações e os alvos a atingir, ao mesmo tempo que monta um sistema de monitorização e de avaliação para saber se os resultados desejados foram, ou não alcançados. Se, por um lado, ele continua a investir uma parte considerável do seu orçamento em educação, por outro ele abandona parcialmente a organização e a gestão quotidiana para

os níveis intermediários e locais, em parceria e concorrência com atores privados desejosos de assumirem uma parte significativa do “mercado educativo. (BAROSO, 2005, p. 9)

Nessa atuação concorrente entre Estado e particular, deve ser anotado que as normas de organização dos sistemas de ensino são normas de direito público e se traduzem, por exemplo, na LDBEN (Lei n. 9.394/96) e no PNE (Lei n. 13.005/2014), pois são aplicadas ao serviço público de educação desenvolvido pelo Estado, bem como à atividade econômica desenvolvida pela iniciativa privada ao explorar o serviço de educação.

Essas normas gerais, conforme demonstrado acima, necessitam de complementação para irradiar efeitos. Importa saber se essa complementação à lei se trata de regulamento executivo ou de regulação.

Marçal Justen Filho explica que a atividade de regulação do Estado é “atividade estatal de intervenção indireta sobre a conduta dos sujeitos público e privado, de modo permanente e sistemático, para implementar as políticas de governo e a realização dos direitos fundamentais” (JUSTEN FILHO, 2018, p. 585).

Por sua vez, Maurício Pallares Zockun e Carolina Zancaner explicam que “pela ótica constitucional, regulação é o conteúdo de norma jurídica produzida pelo Estado voltada a pretender disciplinar o comportamento humano” (ZOCKUN; ZANCANER, 2022, p.13). Os Professores esclarecem seus pontos de vista a partir da análise do texto constitucional que, ora chama de regulação comandos normativos veiculados em lei formal, ora de atos infralegais. Explicam, ainda, que a Constituição aglutina sob o rótulo de regulação, tanto a regulação normativa primária, quanto a regulação normativa secundária. Explicitam os autores que há coincidência entre os conceitos de regulação normativa secundária e competência regulamentar, haja vista que ambas se destinam a dar fiel execução à lei.

Utilizando o critério fornecido por Maurício Pallares Zockun e Carolina Zancaner, a resposta a ser dada dependeria da análise do preceito normativo primário:

(i) a omissão na regulação administrativa inviabiliza a aplicação da norma, pois **os preceitos normativos primários ainda não terão sido plenamente desenvolvidos** (como se daria, por exemplo, na omissão do exercício da regulação administrativa que acaba por não

qualificar substância alguma como droga”, impedindo a materialização do crime tipificado no art. 33, da Lei federal n. 11.343; (ii) a omissão na produção de regulamento executivo inviabiliza a aplicação da norma – **já plenamente desenvolvida no plano normativo primário** – pelo agente público no exercício da função administrativa (como se dá, presentemente, na falta de edição de regulamento executivo disciplinando a aplicação do registro de preço no âmbito das licitações públicas, após o advento da Lei federal n. 14.133. (ZOCKUN; ZANCANER, 2022, p. 16).

No âmbito da educação inclusiva, ter-se-ia a primeira hipótese, o preceito normativo primário não estaria plenamente desenvolvido no plano normativo primário, necessitando do exercício da função administrativa para seu aperfeiçoamento:

A regulação administrativa é um instituto jurídico aplicável a todos os confins do direito, nos casos em que o preceito normativo primário demande, para o desenvolvimento do tipo nele descrito, o exercício de função administrativa. Por esta razão poderá haver regulação administrativa no exercício do poder de polícia, na prestação de serviços públicos, na atividade de fomento, na intervenção na ordem social e, também, na atuação do estado na ordem econômica, dentre outros. (ZOCKUN; ZANCANER, 2022, p. 19).

Assim, há espaço normativo para regulação em matéria de educação, haja vista que a LDBEN e o PNE fixam normas gerais que necessitam de complementação, especialmente no tocante ao direito à educação inclusiva. Entretanto, a falta de regulação pelo Estado não impede a justiciabilidade do direito pela pessoa com deficiência, visto que o direito à educação faz parte do piso vital mínimo, conforme explicitado no CAPÍTULO 1.

2.6. Direito à Educação Inclusiva e Análise de Impacto Regulatório – AIR

Dentro do ciclo de formação de uma política pública, deve-se levar em consideração a possibilidade de que perdas significativas possam ocorrer, caso a formulação das regras e da organização da política não sejam adequadas ao problema que se deseja solucionar. Em decorrência desse risco, os países integrantes da OCDE e a União Europeia criaram uma agenda denominada “Better

Regulation” e, com isso, objetivam que as normas sejam feitas através de um processo transparente e baseado em evidências (MENEGUIN; MELO, 2000).

Com base no movimento da “Better Regulation”, a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) elaborou um Relatório sobre a Reforma Regulatória, sugerindo ao Brasil que adotasse de forma permanente a Análise de Impacto Regulatório (AIR) nas normas editadas pelo Poder Executivo brasileiro (OCDE, 2022, p. 342)

Nesse relatório, a OCDE sugeriu que o instrumento da AIR fosse utilizado por todos os órgãos da administração federal, sem exceção, com a finalidade de aumentar a racionalidade na elaboração das normas regulatórias e, com isso, aumentar a eficiência das soluções apresentadas pelo poder público às demandas da sociedade. Por óbvio, não se exigiria a realização de AIR nos projetos relativamente simples. Essa é a visão de Fernando Meneguim e Ana Paula Melo:

É fundamental haver um estudo acerca dos potenciais efeitos de todas as normas legais, no período em que elas estão sendo gestadas, previamente a sua entrada em vigência [...] há que se considerar a proporcionalidade do estudo, não há por que haver uma avaliação aprofundada em projetos relativamente simples” (MENEGUIN; MELO, 2020, p. 3).

Nesse contexto, vale a pena trazer o estudo realizado por peritos comunitários da União Europeia para guiar a produção normativa daquela comunidade, chamado de “Relatório Mandelkem”. Neste estudo, foram apontados vários critérios que devem nortear a feitura de atos normativos, a saber: da necessidade, proporcionalidade, participação e transparência, bem como responsabilidade, inteligibilidade e simplicidade.

O critério da necessidade determina que um ato normativo somente será expedido em caso de absoluta necessidade, ou seja, que inexista solução não legislativa para resolver a questão; o critério da proporcionalidade deve basear-se no equilíbrio entre as vantagens que oferece e os condicionamentos que impõe; o critério da transparência propõe que a participação e a consulta a todas as partes interessadas e envolvidas ocorra antes da fase de redação; o critério da responsabilidade propõe que haja preocupação com a aplicabilidade dos atos normativos; o critério da inteligibilidade propõe que o ato normativo deve ser coerente, compreensível e acessível àqueles a quem se destina e, por fim, o critério

da simplicidade propõe que os atos normativos sejam tão pormenorizados quanto necessário e tão simples quanto possível para que todos os interessados façam uso eficaz dos direitos e obrigações conferidos. Também sugeriu que o instrumento da AIR fosse precedido por consulta pública

Conforme já anotado, os particulares são livres para exercer o serviço de educação, mas essa liberdade não exclui o cumprimento das normas gerais de educação nacional e da regulação específica, dessa forma, submetem-se, por exemplo, à Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei n. 9.394/1996); ao Plano Nacional de Educação (Lei n. 10.172/2001); à Base Nacional Comum Curricular (BNCC), documento normativo voltado à equidade e nivelamento curricular mínimo entre as redes pública e privada; e às Diretrizes Curriculares Nacionais (DCNs) que são normas que possuem caráter obrigatório para educação básica, servem para orientar a forma como o currículo das escolas é planejado.

No âmbito da educação inclusiva, os particulares também se submetem às Diretrizes Nacionais para Educação Especial na Educação Básica (Resolução CNE/CEB n. 2/2001); ao Plano de Desenvolvimento da Educação (Decreto n. 6.094/2007); e ao Decreto n. 3.298/1999 que estabelece a “Política Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência”.

Também pode ser mencionado o documento denominado “Política Nacional de Educação Especial na Perspectiva Inclusiva”, elaborado por grupo de trabalho nomeado pela Portaria Interministerial n. 555/2007, cuja finalidade era constituir políticas públicas promotoras de uma educação de qualidade para todos os alunos;.

Depreende-se, assim, que as políticas públicas de educação podem se dedicar à organização e à normatização curricular, bem como ao planejamento geral do sistema educacional ou à avaliação e ao financiamento da educação (BES, 2018).

É nesse contexto que se observa a importância da Política de Governança da Administração Pública Federal (Decreto n. 9.203/2017), que traz previsão acerca da necessidade de se utilizar de boas práticas regulatórias para edição e revisão de atos normativos, bem como da realização de consulta pública sempre que conveniente.

Também o art. 29, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, prevê que a edição de atos normativos, por autoridade administrativa, poderá ser

precedida de consulta pública aos interessados, preferencialmente por meio eletrônico, a qual será considerada na decisão. E, o Decreto n. 9.830/2019, que regulamenta os artigos 20 a 30 da LINDB, traz o processo de formulação da consulta popular.

A Avaliação de Impacto Regulatório, trazida pela Lei n. 10.411/2020, prevê no art. 8º, que poderá ocorrer participação social específica, realizada antes da decisão sobre a melhor alternativa para enfrentar o problema regulatório identificado, e antes da elaboração da eventual minuta de ato normativo a ser editado. E seu art. 9º acrescenta que o texto preliminar da proposta de ato normativo poderá ser objeto de consulta pública ou de consulta aos segmentos sociais diretamente afetados pela norma.

Vale a pena apontar que a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei n. 9.394/1996), em consonância com a Constituição Federal, prevê entre seus princípios “a gestão democrática do ensino público e da legislação dos sistemas de ensino” (art.3º, VIII). Observa-se que a legislação brasileira já traz a preocupação de ouvir os interessados na proposta de novos atos regulamentares, entretanto, de modo geral, a oitiva dos interessados se daria a critério da administração pública, tornando, portanto, discricionária essa escolha. Todavia, não parece ser essa a melhor solução. O exercício da cidadania plena exige não apenas a participação no processo políticos, mas também naqueles que interfiram na órbita de interesse do cidadão diretamente interessado.

Conforme acima observado, a participação popular não acontece em todas as propostas de alteração das normas em matéria de educação, basta ver o ocorrido com o Decreto 10.502/2020, que alterou a política nacional de educação especial de forma prejudicial aos alunos com deficiência, sem que fossem ao menos realizadas audiências públicas para ouvir os interessados, conforme alertado por Maria Cecília Alvim Guimarães: “a portas fechadas a atual gestão do Ministério da Educação vem pensando alterações nesta importante legislação (POLÍTICA NACIONAL DE EDUCAÇÃO ESPECIAL NA PERSPECTIVA INCLUSIVA) sem amplo processo de debate com a sociedade” (GUIMARÃES. 2018, p. 11).

Aliás, as audiências públicas para oitiva dos interessados foram realizadas por iniciativa do Min. Dias Tofolli, Relator da ADI 6590/2021, já no âmbito do Poder Judiciário (STF. 2023).

Se as audiências públicas, para oitiva das pessoas com deficiência e seus representantes, tivessem sido realizadas, provavelmente, as alterações trazidas pelo Decreto n. 10.502/2020 não teriam ocorrido, pois a sociedade civil e as pessoas com deficiência e suas organizações representativas defendem que o lugar da pessoa com deficiência é na escola regular e não segregadas em escolas especiais.

A fim de saber as percepções da população brasileira sobre a educação das pessoas com deficiência nas escolas regulares, bem como sobre a influência da convivência escola/trabalho teria sobre as pessoas sem deficiência, o Instituto Alana, entidade sem fins lucrativos, de forma precursora, encomendou, com recursos próprios, pesquisa ao DATAFOLHA sobre o tema.

Durante a pesquisa, foram entrevistadas pessoas em todas as regiões do Brasil, englobando 130 municípios, com cotas de gênero, idade, perfil sócio-econômico, utilizando os mesmos procedimentos adotados pelo IBGE no censo demográfico de 2010. As entrevistas foram pessoais e individuais, realizadas por meio de questionários, nos quais os entrevistados deveriam responder se concordavam ou discordavam de várias assertivas sobre educação inclusiva. Foram realizadas 2.074 entrevistas em todo o Brasil.

A seguir, as principais conclusões da pesquisa:

1) AS ESCOLAS TORNAM-SE MELHORES QUANDO AS CRIANÇAS COM DEFICIÊNCIA ESTÃO INCLUÍDAS.	
86% CONCORDAM	13% DISCORDAM
2) CRIANÇAS COM DEFICIÊNCIAS APRENDEM MAIS QUANDO ESTUDAM COM CRIANÇAS NÃO DEFICIENTES.	
76% CONCORDAM	21% DISCORDAM
3) O ATRASO DE CRIANÇAS COM DEFICIÊNCIA PREJUDICA O PROCESSO DE APRENDIZAGEM DE CRIANÇAS NÃO DEFICIENTES QUANDO ESTUDAM JUNTAS.	
30% CONCORDAM	68% DISCORDAM
4) OS PROFESSORES ESTÃO INTERESSADOS EM ENSINAR CRIANÇAS COM DEFICIÊNCIAS	
71% CONCORDAM	25% DISCORDAM
5) OS PROFESSORES NÃO TÊM O ADEQUADO TREINAMENTO PARA ENSINAR CRIANÇAS COM DEFICIÊNCIAS.	
67% CONCORDAM	29% DISCORDAM
6) É MELHOR PARA CRIANÇAS COM DEFICIÊNCIA ESTUDAR EM ESCOLAS ONDE APENAS CRIANÇAS COM AS DEFICIÊNCIAS ESTUDAM.	
40% CONCORDAM	59% DISCORDAM

7) AS ESCOLAS PODEM ESCOLHER SE ACEITAM MATRICULAR CRIANÇA COM DEFICIÊNCIA.	
37% CONCORDAM	60% DISCORDAM
8) PAIS DE CRIANÇAS COM DEFICIÊNCIA TÊM MEDO DE QUE SEUS FILHOS SOFRAM PRECONCEITO NA ESCOLA REGULAR.	
87% CONCORDAM	12% DISCORDAM
9) ESCOLAS PRIVADAS ESTÃO MAIS PREPARADAS PARA INCLUIR CRIANÇAS COM DEFICIÊNCIAS.	
62% CONCORDAM	33% DISCORDAM
10) PAIS DE CRIANÇAS NÃO DEFICIENTES NÃO QUEREM CRIANÇAS COM DEFICIÊNCIAS NA ESCOLA.	
36% CONCORDAM	60% DISCORDAM

Observa-se das respostas obtidas, que a maioria dos entrevistados discorda das afirmações, tais como: "crianças com deficiência retardam o processo de aprendizagem de outras crianças"; "é melhor que as crianças com deficiência estudem em escolas onde apenas crianças com deficiência frequentam"; "as escolas podem escolher se aceitam matricular uma criança com deficiência"; e "pais de crianças sem deficiência não querem crianças com deficiência na escola".

Os entrevistados responderam que as escolas não podem escolher entre matricular ou não matricular crianças com deficiência - de forma quase intuitiva, pois não há referência ao sistema jurídico brasileiro sobre o direito à educação em igualdade de condições, nos termos do art. 205, da Constituição Federal. São 60% concordando com a inclusão de crianças deficientes no ensino regular, independentemente da vontade da escola. Muitos pais de crianças deficientes relatam que, ao procurarem escolas particulares, em busca de vagas, recebem resposta positiva, mas na hora de efetivar a matrícula da criança deficiente, a vaga deixa de existir.

Também é possível observar que os entrevistados concordam que os pais de crianças com deficiência temem que seus filhos sofram preconceito na escola regular. E, em relação aos professores, os entrevistados reconhecem que há o interesse do professor em ensinar crianças com deficiência, ao mesmo tempo em que apontam a falta de treinamento para tanto.

Consoante se vê, a pesquisa demonstra que a sociedade brasileira é favorável à inclusão das crianças com deficiência no ensino regular e aponta essa convivência sendo favorável tanto para o desempenho escolar da criança com

deficiência, como para a criação de uma escola melhor com a socialização entre crianças com deficiência e sem deficiência.

Assim, é possível conciliar num mesmo sentido a percepção da sociedade sobre o acesso e permanência das pessoas com deficiência na escola regular e o processo de produção de atos normativos relativos à educação inclusiva.

CAPÍTULO 3 - DO DIREITO À EDUCAÇÃO INCLUSIVA E OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

Procurou-se comprovar no CAPÍTULO 1, que existe fundamento constitucional para o Direito à Educação Inclusiva no Brasil. E mais que isso, que o Direito à educação inclusiva está inserido no âmbito do mínimo existencial, bem como no princípio da proibição de retrocesso.

No CAPÍTULO 2, pretendeu-se esclarecer que o serviço público de educação pode ser prestado pelo Estado (serviço público) e pelo Particular (atividade econômica); bem como se existe espaço normativo para regulação em matéria do Direito à Educação Inclusiva; e se existe espaço para a participação popular e dos atores privados no campo do planejamento, assim como a possibilidade de aplicação da análise de impacto regulatório.

Neste CAPÍTULO 3, procurar-se-á demonstrar que o Direito à Educação Inclusiva faz parte de tratados internacionais de direitos humanos assinados pelo Brasil e incorporados ao ordenamento pátrio. Portanto, há um arcabouço jurídico nos compromissos internacionais em direitos humanos que exigem do Estado brasileiro a implementação do Direito à Educação Inclusiva.

3.1. Apontamentos sobre a celebração, ratificação e incorporação dos tratados internacionais dos quais o Brasil é parte

A Convenção de Viena, sobre Direito dos tratados, promulgada através do Decreto 7.030/2009, art. 2º, 1, a, que “tratado significa um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conte de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica”.

A Constituição Federal utiliza terminologia variada ao mencionar os acordos internacionais, assim, por exemplo, no art. 5º, §§2º e 3º, utiliza a expressão “tratados internacionais; no art. 5º, §3º, emprega a expressão “convenção internacional”; no art. 49, I, usa “atos internacionais” e “acordos internacionais” e o art. 143, X, faz uso

da expressão “compromissos internacionais”. Utilizando-se a nomenclatura da Convenção de Viena, todos podem, em sentido lato, receber a denominação de Tratados.

Em conformidade com os artigos 84, VIII e 49, I, ambos da Constituição Federal, compete ao Presidente da República celebrar tratados e ao Congresso Nacional referendá-los. “A participação dos dois poderes na formação da vontade brasileira em celebrar definitivamente um tratado consagrou a chamada ‘teoria da junção de vontades ou teoria dos atos complexos’ (RAMOS, 2021, p. 602).

Existem três fases na celebração de tratados, a saber: fase da assinatura; fase da aprovação congressual (mediante Decreto Legislativo); fase da ratificação e a fase da incorporação (mediante Decreto Presidencial/ Decreto de Promulgação (PIOVESAN, 2022).

Nos termos do art. 84, VIII, da Constituição Federal, a assinatura de tratado internacional é da competência do Presidente da República. Observe-se que, nesta fase, não há ainda vinculação do Estado brasileiro, o que só ocorrerá após a aprovação do Congresso Nacional. Esta seria a primeira fase do processo de celebração de tratado internacional.

A segunda fase de formação é a da aprovação do Congresso Nacional, também chamada de fase do decreto legislativo. O Presidente da República encaminha a mensagem à Câmara dos Deputados, onde será preparado um projeto de decreto legislativo pela Comissão de Relações Exteriores e depois será apreciado e eventualmente aprovado por maioria simples, presente a maioria absoluta dos membros da casa. Após isso, o projeto de decreto legislativo será remetido ao Senado Federal, onde será novamente apreciado, eventualmente aprovado e expedido o Decreto legislativo. Cabe ao Presidente do Senado promulgar e publicar o Decreto Legislativo. Com a publicação do Decreto Legislativo “fica o Presidente da República autorizado a celebrar em definitivo o tratado por meio da ratificação ou ato similar” (RAMOS, 2021, p. 605).

Ratificado o tratado, ocorre a entrada em vigor do tratado no plano internacional, assim, eventual descumprimento do tratado ensejará a responsabilização do Brasil perante a ordem internacional.

No plano interno, o tratado somente terá validade após a edição do Decreto de Promulgação/Decreto Executivo/Decreto Presidencial. Referendado pelo Ministro

de Relações exteriores, nos termos do art. 87, I, da Constituição Federal. É o Decreto Legislativo que inaugura a ordem jurídica brasileira, tornando válido o tratado internamente, nesse sentido tem decidido o STF de forma reiterada (CR 8.279-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, j. 17-06-1998, Plenário, DJ de 10-08-2000).

Importante anotar que André de Carvalho Ramos entende pela desnecessidade da edição de Decreto de Promulgação para todo e qualquer tratado:

A publicidade da ratificação e entrada em vigor internacional deve ser apenas atestada (efeito meramente declaratório) nos registros públicos do Ministério das Relações Exteriores (Diário Oficial da União). Esse aviso, de caráter declaratório, em nada afetaria o disposto no art. 84, inciso VIII, e ainda asseguraria publicidade – desejável em nome da segurança jurídica – e sintonia entre a validade internacional e a validade interna dos tratados. (RAMOS, 2021, p. 606)

Não obstante a visão do internacionalista, prevalece, no âmbito jurisprudencial, o entendimento acerca da necessidade do decreto de promulgação, nesse sentido, a decisão do TSE, Registro de Candidatura (11532). N. 0600903-50.2018.6.00.0000, Rel. Min. Roberto Barroso, por maioria, j. 31-08-2015), decidindo que a ausência de decreto de promulgação impedia a incorporação do Primeiro Protocolo ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos ao ordenamento jurídico brasileiro.

3.2. A hierarquia comum ou ordinária dos tratados internacionais

A partir da análise dos artigos 102, III, b; 105, III, a; e 47, todos da Constituição Federal, foi construído o entendimento, segundo o qual os tratados internacionais possuem hierarquia normativa comum ou ordinária.

O art. 102, III, b, da Constituição Federal dispõe que cabe ao Supremo Tribunal Federal julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em última ou única instância, quando a decisão declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal. O art. 105, III, da Carta Magna, estabelece que compete ao Superior Tribunal Federal julgar em recurso especial as causas, decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos

Estados, do Distrito Federal e territórios, quando a decisão recorrida contraria tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência. E o artigo 47, da Carta cidadã estabelece que se a espécie normativa não tiver quórum indicado no texto constitucional, será aprovada por maioria simples, a exemplo do que ocorre com a lei ordinária federal e o decreto legislativo.

Antes da Constituição de 1988, o STF já entendia que a hierarquia dos tratados internacionais era ordinária ou comum, conforme RE 80.004/SE, Rel. Min. Cunha Peixoto, j. 1º-06-1977, DJU 29-12-1977. Com o advento da nova Constituição Federal, o STF manteve o mesmo entendimento, conforme se observa no voto do Min. Celso de Mello no MI 772-AgR:

Supremacia da CF sobre todos os tratados internacionais. O exercício do *treaty-making power*, pelo Estado brasileiro, está sujeito à observância das limitações jurídicas emergentes do texto constitucional. Os tratados celebrados pelo Brasil estão subordinados à autoridade normativa da CF, nenhum valor jurídico terá o tratado internacional, que, incorporado ao sistema de direito positivo interno, transgredir, formal ou materialmente, o texto da Carta Política. Precedentes. (MI 772-Agr, rel. Min. Celso de Mello, j. 24-10-2007, Plenário, DJe 20-3-2009).

Assim, no conflito entre normas constitucionais e um tratado em geral, prevalecerá a Constituição Federal, cabendo a análise tanto no controle concentrado, quanto no controle difuso de constitucionalidade e os diplomas impugnados serão o Decreto Legislativo e o Decreto de promulgação.

3.3. A hierarquia dos Tratados de Direitos Humanos nas decisões do STF e as divergências doutrinárias

No decorrer da história, o STF foi alterando seu entendimento sobre a hierarquia dos tratados de direitos humanos, passando da primazia dos tratados sobre o direito interno até chegar ao estágio atual em que abraça a hierarquia infraconstitucional dos tratados de direitos humanos e lhes reconhece a supralegalidade, conforme a seguir será demonstrado.

Antes de 1977, o STF, em diversos acórdãos, consagrava o primado do Direito Internacional, “como é o caso da União Federal vs. Cia Rádio Internacional

do Brasil (1951), em que O Supremo Tribunal Federal decidiu unanimemente que um tratado revogava as leis anteriores. Merece também menção a um acórdão do STF, em 1914, no pedido de extradição n. 7 de 1913, em que se declarava estar em vigor e aplicável um tratado, apesar de haver lei posterior contrária a ele. O acórdão na Apelação Cível n. 7872, de 1943, com base no voto de Philadelpho de Azevedo, também afirmava que a lei não revoga o tratado. Ainda, nesse sentido, está a Lei n. 5.172/66, que estabelece: “Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna e serão observados pela que lhe sobrevinha” (PIOVESAN, 2022, p. 148).

Observa-se, daí, que a primeira posição do STF era pelo primado dos tratados em face da legislação interna.

A partir de 1977, o STF passou a admitir que a legislação interna podia revogar tratado internacional. No Recurso Extraordinário n. 80.004, o Supremo Tribunal Federal decidiu, em 1977, que uma lei posterior revoga tratado anterior. Aqui, portanto, foi abandonado o primado do tratado internacional, passando a vigorar o entendimento da paridade hierárquica entre tratados e lei federal.

Observe-se que Celso D. Albuquerque entendia à época que a “tendência mais recente no Brasil é de um verdadeiro retrocesso nesta matéria” (MELLO, 1979, p. 69), isso, porque, a posição do STF violava a Convenção de Viena sobre o Direitos dos Tratados que, no art. 27, dispõe que o Estado-parte não pode invocar disposições de direito interno como justificativa para não cumprir tratado internacional por ele celebrado. Além disso, violava o princípio da boa-fé, uma vez que o Estado-parte livremente e no exercício de sua soberania celebrou tratado.

Em 1995, mesmo após o advento da Constituição Federal de 1988, o Supremo Tribunal Federal manteve o entendimento acerca da paridade entre tratado e lei federal:

Com efeito, no julgamento do HC 72.131-RJ (22.11.1995), ao enfrentar a questão concernente ao impacto do Pacto de São Jose da Costa Rica (particularmente do art. 7º, VII, que proíbe a prisão civil por dívida, salvo no caso de alimentos) no Direito brasileiro, o Supremo Tribunal Federal, em votação não unânime (vencidos os Ministros Marco Aurélio, Carlos Veloso e Sepúlveda Pertence), afirmou que ‘inexiste, na perspectiva do modelo constitucional brasileiro, qualquer precedência ou primazia hierárquico-normativa dos tratados ou convenções internacionais sobre o direito interno, sobretudo em face de cláusulas inscritas no texto da Constituição da

República, eis que a ordem normativa externa não se superpõe, em hipótese alguma, ao que prescreve a Lei Fundamental da República” (PIOVESAN, 2022, pag. 148).

Posteriormente, em 2008, no julgamento do RE 466.343, o Ministro Gilmar Mendes proferiu voto defendendo o entendimento da supralegalidade dos tratados de direitos humanos e isso se deu após a EC 45/2004, que introduziu o parágrafo 3º, no art. 5º, da Constituição Federal:

[...] a reforma acabou por ressaltar o caráter especial dos tratados de direitos humanos em relação aos demais tratados de reciprocidade entre Estados pactuantes, conferindo-lhes lugar privilegiado no ordenamento jurídico [...] a mudança constitucional ao menos acena para a insuficiência da tese da legalidade ordinária dos tratados já ratificados pelo Brasil, a qual tem sido preconizada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal desde o remoto julgamento do RE 80.004/SE, de relatoria do Ministro Xavier de Albuquerque (julgado em 1.6.1977); DJ 29.12.1977) e encontra respaldo em largo repertório de casos julgados após o advento da Constituição de 1988. [...] tudo indica, portanto, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sem sobra de dúvidas, tem de ser revisitada criticamente. [...]. Assim, a premente necessidade de se dar efetividade à proteção dos direitos humanos nos planos interno e internacional torna imperiosa uma mudança de posição quanto ao papel dos tratados internacionais sobre direitos na ordem jurídica nacional. É necessário assumir uma postura jurisdicional mais adequada às realidades emergentes em âmbitos supranacionais, voltadas primordialmente à proteção do ser humano [...] Deixo acentuado, também, que a evolução jurisprudencial sempre foi uma marca de qualquer jurisdição constitucional [...] Tenho certeza que o espírito dessa corte, hoje, mais do que nunca, está preparado para essa atualização jurisprudencial. (PIOVESAN, 2022, p. 163).

Consoante o voto vencedor do Ministro Gilmar Mendes, o Supremo Tribunal Federal alterou entendimento que era mantido desde 1977, admitindo um regime diferenciado aos tratados de direitos humanos em relação aos tratados de outras matérias, atribuindo aos primeiros o caráter de supralegalidade. É o rompimento de um paradigma que durou mais de três décadas.

Entretanto, deve ser anotado que os Ministros Celso de Mello, Cesar Peluso, Ellen Gracie e Eros Grau foram vencidos, pois conferiam um regime diferenciado aos tratados de direitos humanos e adotavam a tese de que aos tratados de direitos humanos seria conferido *status* constitucional.

O Supremo Tribunal Federal também firmou entendimento segundo o qual é necessário o procedimento de ratificação previsto pela Constituição Federal para internalização do tratado de direitos humanos no ordenamento jurídico interno.

Além disso, diante da tese da supralegalidade, as normas internas conflitantes com os tratados internacionais não são revogadas, mas deixam de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante do tratado sobre a legislação infraconstitucional.

Observa-se, portanto, que o STF consagrou a teoria do duplo estatuto dos tratados de direitos humanos, ou seja, os tratados de direitos humanos aprovados nos termos do §3º, do art. 5º, da Constituição Federal terão natureza de norma constitucional e todos os demais tratados de direitos humanos, quer sejam anteriores ou posteriores à emenda Constitucional n. 45, que incluiu o §3º, no art. 5º, da Constituição Federal, e que tenham sido aprovados por maioria simples, turno único em cada casa do Congresso, terão natureza supralegal.

Não obstante a decisão do Supremo Tribunal Federal, a doutrina pátria não é uníssona quanto à supralegalidade dos tratados de direitos humanos, tanto é assim que Flávia Piovesan, por exemplo, defende a tese segundo a qual o parágrafo 3º, do art. 5º, da Constituição Federal, reconhece de modo explícito a natureza materialmente constitucional dos tratados de direitos humanos, reforçando a existência de um sistema jurídico misto que diferencia os tratados de direitos humanos dos demais tratados. Os tratados de direitos humanos ratificados segundo o parágrafo 3º, do Art. 5º, da Constituição Federal, seriam formalmente constitucionais, conseqüentemente não admitiriam renúncia, posto que equiparados à emenda constitucional. Ao passo que os tratados materialmente constitucionais (aqueles ratificados nos termos do parágrafo 2º, do art. 5º, da Constituição Federal), poderiam ser objeto de renúncia:

[...] com o advento do Parágrafo 3º do art. 5º, surgem duas categorias de tratado: a) os materialmente constitucionais; e b) os materialmente e formalmente constitucionais. Frise-se: todos tratados de direito humanos são materialmente constitucionais, por força do parágrafo 2º do art. 5º” (PIOVESAN, 2022, p. 169).

Antonio Augusto Cançado Trindade, por sua vez, entende que o parágrafo 3º, do art. 5º, da Constituição, “[...] representa um lamentável retrocesso em relação

ao modelo aberto consagrado no parágrafo segundo do art. 5º da Constituição Federal de 1988 [...] não passa de uma lamentável aberração jurídica” (TRINDADE *apud* MELLO, 2019, p. 40).

E, Carolina Alves de Souza Lima entende que o parágrafo 3º do art.5º, da Constituição Federal é inconstitucional e contraria o parágrafo 2º do referido artigo, pois estabelece tratamento diferenciado para os direitos humanos. A doutrinadora aponta que o parágrafo 2º do art. 5º, criação do legislador constituinte originário, já disciplinava a incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos ao ordenamento nacional, tornando desnecessário, a princípio, o parágrafo 3º do art. 5º da Constituição Federal. Acrescenta, ainda, que “o Congresso Nacional poderá decidir qual tratado tem hierarquia de norma constitucional e qual não tem referida hierarquia, o que já revela total desconformidade com os fundamentos dos direitos humanos, introduzidos pelo Constituinte de 1988” (LIMA. 2019, p. 37).

André de Carvalho Ramos defende a mesma posição de Carolina Alves de Souza Lima, pois entende ser “inegável o estatuto constitucional de todos os tratados internacionais de direitos humanos, em face do disposto especialmente no art. 10, *caput*, e inciso III (estabelecimento do Estado Democrático de Direito e ainda a consagração da dignidade humana como fundamento da República), bem como em face do art. 5º, §2º” (RAMOS, 2021, p. 624).

Este trabalho abraça a tese da inconstitucionalidade do parágrafo 3º, do art. 5º, da Constituição Federal. Primeiro, porque os tratados de direitos humanos protegem os direitos inerentes ao homem enquanto ser humano, inexistindo hierarquia entre direitos humanos protegidos. Segundo, porque o legislador constituinte originário não quis fazer nenhuma diferenciação entre os direitos humanos decorrentes de tratados internacionais ratificados pelo Brasil e somente ele poderia inovar o regime jurídico constitucional para trazer regime jurídico mais gravoso no tratamento dos tratados de direitos humanos. Terceiro, os tratados de direitos humanos ratificados são normas constitucionais, nos termos do parágrafo 2º, do art. 5º, da Constituição Federal, e passam a ser cláusulas pétreas, nos termos do art. 60, parágrafo 4º, IV, da Constituição Federal. Quarto, os direitos humanos, porquanto fundamentais, não podem ficar à mercê da competência discricionária do Poder Legislativo para incorporá-los com status ou não de norma constitucional.

Após a Emenda n. 45/2004, o Congresso Nacional aprovou vários tratados de direitos humanos pelo rito comum, por exemplo, convenção sobre proteção e promoção da diversidade de expressões culturais (Decreto Legislativo n. 485 de 20-12-2006 e Decreto n. 6.177, de 1-8-2007); Convenção internacional para a proteção de todas as pessoas contra o desaparecimento forçado, Decreto Legislativo n. 661, de 1-9-2010, ratificado em 29-09-2010; o Protocolo facultativo ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e segundo Protocolo Facultativo ao Pacto internacional sobre direitos civis e políticos com vistas à abolição da pena de morte, ambos aprovados pelo Decreto legislativo n. 331, de 16-6-2009, ratificado em 25-9-2009.

E os primeiros tratados aprovados nos termos do §3º, do art. 5º, da Constituição Federal, foram a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e seu Protocolo Facultativo que trata sobre o direito de petição das vítimas de violação dos direitos da pessoa com deficiência, ambos assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007.

Posteriormente, em 2015, foi aprovado também, pelo rito especial, o Tratado de Marraqueche para facilitar o acesso a obras publicadas às pessoas cegas, com deficiência visual ou outras dificuldades para ter acesso ao texto impresso, celebrado em 28 de junho de 2013, e incorporado ao direito interno pelo Decreto Legislativo n. 261, de 25 de novembro de 2015.

Os três tratados aprovados nos moldes do §3º, do art. 5º, da Constituição Federal, trazem normas que, segundo Carolina Alves de Souza Lima, “protegem o ser humano enquanto espécie humana, ou seja, pertencente à humanidade. Todos esses direitos estão fundamentados no respeito à dignidade da pessoa humana”, portanto, não poderiam ficar à mercê da competência discricionária do Poder Legislativo para incorporá-los com status ou não de norma constitucional.

Enfatize-se que a Constituição Federal desde seu preâmbulo visa assegurar os direitos fundamentais (direitos sociais e individuais, liberdade, bem-estar, desenvolvimento, igualdade, justiça e outros) e o Título I elenca a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito e a “essência do próprio Estado brasileiro é servir ao homem para que ele tenha uma vida digna” (LIMA, 2019, p. 27).

Sobre a questão, Antonio Augusto Cançado Trindade diz que a inclusão do parágrafo 3º. no art. 5º, da Constituição Federal, foi um verdadeiro retrocesso e demonstra um inteiro desconhecimento de como funciona o ordenamento jurídico internacional:

[...] retrocesso provinciano põe em risco a inter-relação ou indivisibilidade dos direitos protegidos em nosso país (previstos nos tratados que o vinculam), ameaçando-os de fragmentação ou atomização, em favor dos excessos de um formalismo e hermetismo jurídicos eivados de obscurantismo [...] Os triunfalistas da recente Emenda Constitucional 45/2004, não se dão conta de que, do prisma do direito internacional, um tratado ratificado por um Estado o vincula *ipso jure*, aplicando-se de imediato, quer tenha ele previamente obtido aprovação parlamentar por maioria simples ou qualificada. Tais providências de ordem interna – ou, ainda menos, de interna *corporis* – são simples fatos do ponto de vista do ordenamento jurídico internacional, ou seja, são, do ponto de vista jurídico internacional, inteiramente irrelevantes. A responsabilidade internacional do Estado por violações comprovadas de direitos humanos permanece intangível, independentemente dos malabarismos pseudojurídicos de certos publicistas (como a criação de distintas modalidades de prévia aprovação parlamentar de determinados tratados, a previsão de pré-requisitos para a aplicabilidade direta de tratados no direito interno, dentre outros), que nada mais fazem do que oferecer subterfúgios vazios aos Estados para tentar evadir-se de seus compromissos de proteção do ser humano no âmbito do contencioso internacional dos direitos humanos. (TRINDADE, 2005, p. 209).

Aqui a solução defendida seria a de que o sistema de proteção dos direitos fundamentais e de direitos humanos não admite diferenciação de regime jurídico entre tratados de direitos humanos, uma vez que esses direitos estão fundamentados no respeito à dignidade da pessoa.

3.4. Direitos do homem ou direitos fundamentais ou direitos humanos: qual expressão utilizar no âmbito dos tratados internacionais de direitos humanos?

Após a segunda guerra mundial, segundo Fábio Konder Comparato, sobreveio a necessidade de criação de uma “maquinaria adequada para assegurar o respeito aos direitos humanos e tratar os casos de sua violação”. E, a Organização das Nações Unidas foi criada com a vocação de promover a defesa dos direitos da

família humana. Assim é que, em 1948, aprovou a Declaração Universal dos Direitos, reconhecendo os valores supremos da igualdade, da liberdade e da fraternidade entre os homens, conforme estabelecido em seu artigo I” (COMPARATO, 2004, p. 225).

Indaga-se, por ser relevante, qual seria a distinção entre direitos do homem, direitos fundamentais e direitos humanos?

Antonio Perez Luno distingue direitos fundamentais e direitos humanos, nos seguintes termos:

Los términos ‘derechos humanos’ y ‘derechos fundamentales’ son utilizados, muchas veces, como sinónimos. Sin embargo, no han faltado tentativas doctrinales encaminadas a explicar el respectivo alcance de ambas expresiones. Así, se ha hecho hincapié en la propensión doctrinal y normativa a reservar el término ‘derechos fundamentales’ para designar los derechos positivados a nivel interno, en tanto que la fórmula ‘derechos humanos’ sería la más usual para denominar los derechos naturales positivados en las declaraciones y convenciones Internacionales, así como aquellas exigencias básicas relacionadas con la dignidad, libertad e igualdad da persona que no han alcanzado un estatuto jurídico positivo. (LUNO, 1998, p. 44)

Por sua vez, Ingo Wolfgang Sarlet explica que a expressão “direitos do homem” guarda relação com direitos naturais não positivados ou ainda não positivados. Ao passo que os termos “direitos humanos” e “direitos fundamentais” são muitas vezes usados como sinônimos, entretanto, a expressão “direitos fundamentais” se aplicaria aos direitos humanos reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado. E, a expressão direitos humanos ficaria direcionada ao direito internacional (SARLET, 2012).

É por esse motivo que J. J. Gomes Canotilho (2003) ressalta que:

Não basta qualquer positivação. É necessário assinalar-lhes a dimensão de *fundamental rights* colocados no lugar cimeiro das fontes de direito: as normas constitucionais. Sem essa positivação jurídica, os ‘direitos do homem são esperanças, aspirações, ideias, impulsos, ou, até, por vezes, mera retórica política’, mas não direitos protegidos sob a forma de normas (regras e princípios) de direito constitucional (Grundrechts-normen). Por outras palavras, que pertencem a Cruz Villalon: “onde não existir constituição não haverá direitos fundamentais. Existirão outras coisas, seguramente mais importantes, direitos humanos, dignidade da pessoa humana; existirão coisas parecidas, igualmente importantes, como as liberdades públicas francesas, os direitos subjetivos públicos dos

alemães; haverá, enfim, coisas distintas como foros ou privilégios. (CANOTILHO, 2003, p. 378).

A maioria dos autores reconhece a existência de três dimensões de direitos. É fato que Paulo Bonavides defende a existência de uma quarta geração de direitos, relacionada à globalização dos direitos fundamentais e incluiria direitos à democracia direta, à informação e ao pluralismo. O autor defende, ainda, a existência de uma quinta geração de direito, traduzida pelo direito à paz, entretanto, não há consenso doutrinário sobre o tema (BONAVIDES, 2009).

Os direitos de primeira dimensão são conhecidos como aqueles que preservam a liberdade de agir em face do Estado e da coletividade, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado. Eles são decorrentes do pensamento liberal-burguês do século XVIII, de caráter individualista. Nesta categoria, estão incluídos os direitos à vida, à liberdade, à propriedade, à igualdade perante a lei, bem como pelos direitos de participação política (voto e capacidade de ser votado). Em outras palavras, são os direitos civis e políticos. (RAMOS, 2022).

A industrialização, os problemas sociais e econômicos, bem como as doutrinas socialistas geraram movimentos reivindicatórios de atuação do Estado para a realização da justiça social. Os direitos de segunda dimensão seriam os direitos que exigem uma atuação positiva do Estado. Nesta categoria, estariam os direitos à educação, saúde, trabalho. São direitos cujo objetivo é propiciar a defesa do indivíduo contra a dominação econômica. Carolina Zancaner pontua que “enquanto os direitos individuais interditam atuações estatais, os direitos sociais erguem barreiras que defendem o indivíduo da dominação econômica dos outros indivíduos” (ZANCANER, 2009, p. 38).

Os direitos de terceira dimensão seriam aqueles referidos ao direito do gênero humano, estariam aqui inseridos o direito ao desenvolvimento, o direito ao meio ambiente, dentre outros. São também denominados de direitos de fraternidade ou de solidariedade e trazem como nota distintiva, segundo Ingo Wolfgang Sarlet, o fato de se desprenderem da figura do homem indivíduo como seu titular, passando a proteger os direitos de titularidade coletiva ou difusa (SARLET, 2012).

Entretanto, Antônio Augusto Cançado Trindade (2005) observa que a classificação de gerações de direitos “prestou um desserviço à causa dos direitos humanos”, pois é uma classificação indemonstrável, juridicamente infundada e tem

sido usada para que muitos governos nada façam para concretizar a totalidade dos direitos humanos, sob o pretexto de que os direitos civis e políticos são mais importantes. E outros governos promovem apenas os direitos sociais e econômicos esquecendo dos direitos civis e políticos. Por isso, o doutrinador diz ser imperioso o reconhecimento da inter-relação ou indivisibilidade de todos os direitos humanos (TRINDADE, 2005).

Importante frisar que não se nega a historicidade do direito, visto que os direitos fundamentais (constitucionais) e os direitos humanos (internacionais) decorrem do reconhecimento de uma série de direitos outorgados ao homem por sua singular condição humana, conforme assinala Norberto Bobbio: “também os direitos do homem são direitos históricos, que emergem gradualmente das lutas que o homem trava por sua própria emancipação e das transformações das condições de vida que essas lutas travam” (BOBBIO, 1992, p. 32).

Então, neste trabalho, será utilizada a distinção realizada por Ingo Wolfgang Sarlet, segundo a qual, direitos humanos estão para o direito internacional, assim como direitos fundamentais estão para o plano constitucional. Entende-se, portanto, que no âmbito dos tratados internacionais é utilizada a expressão direitos humanos.

3.5. O Direito à Educação Inclusiva no âmbito dos tratados Internacionais

No Brasil, a Declaração Universal dos Direitos do Homem foi promulgada através do Decreto n. 19.841/45, sob a Presidência de Getúlio Vargas. O art. XXVI, da Declaração Universal dos Direitos, trata especificamente sobre o direito à educação, estabelecendo que todo homem tem direito à educação, devendo ser gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais, sendo aquela obrigatória. Além disso, a instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e no fortalecimento do respeito pelos direitos do homem e pelas liberdades fundamentais, promovendo a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e grupos nacionais ou religiosos.

Observa-se que a Declaração Universal dos Direitos do Homem é cristalina ao proclamar que “todo homem tem direito à educação”, inexistindo diferenciação de

raça, sexo, credo ou de qualquer outra espécie para o exercício do direito à educação.

Em 1966, a XXI Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas adotou o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), reconhecendo que os direitos sociais, em sentido amplo, são realizados progressivamente, cabendo aos Estados partes dispor do máximo dos recursos disponíveis para a sua efetivação, o que não exclui a obrigatoriedade de sua promoção (TAVARES, 2022).

O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) foi ratificado pelo Brasil, em 24 de janeiro de 1992, através do Decreto n. 591/1992, sob a Presidência de Fernando Collor.

O art. 13, do PIDESC, estabeleceu o direito de toda pessoa à educação, objetivando o pleno desenvolvimento da personalidade humana, do sentido de sua dignidade, bem como o fortalecimento do respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais. O referido artigo dispõe, ainda, 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. Portanto, o art. 13, do PIDESC, reconhece o direito de toda pessoa à educação, incluindo, portanto, as pessoas com deficiência. Ainda, a educação deverá capacitar todas as pessoas a participar efetivamente da sociedade.

Em 1975, a Assembleia Geral das Nações Unidas aprovou a Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes, estabelecendo no art. 3º que as pessoas com deficiência têm o direito inerente de respeito por sua dignidade humana e que possuem os mesmos direitos fundamentais que seus concidadãos da mesma idade, o que implica, antes de tudo, o direito de desfrutar de uma vida decente, tão normal e plena quanto possível. Como se vê, a Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes impede tratamento diferenciado entre pessoas em razão da deficiência (BRASIL, 2023).

No ano de 1990, a UNESCO realizou a “Conferência Mundial sobre Educação para Todos”, na cidade de Jomtien, na Tailândia, e o Brasil foi um dos países participantes da Conferência. Na ocasião, foi produzido um documento

denominado “Declaração Mundial Sobre Educação para Todos”, lembrando, em seu preâmbulo, que há mais de quarenta anos, a Declaração Universal dos Direitos do Homem proclamou que “todas as pessoas têm direito à educação”, entretanto, ainda existem barreiras para o exercício do direito à educação. E, no art. 5º, estabeleceu que “as necessidades básicas de aprendizagem das pessoas portadoras de deficiências requerem atenção especial. É preciso tomar medidas que garantam a igualdade de acesso à educação aos portadores de todo e qualquer tipo de deficiência, como parte integrante do sistema educativo”. Mais uma vez, o documento internacional preocupou-se com a igualdade de condições de acesso da pessoa deficiente à educação (UNESCO, 2023).

Em 1994, o Brasil foi um dos signatários da Declaração de Salamanca, assumindo o compromisso de incluir todas as crianças na escola regular independentemente de suas dificuldades. A Convenção de Salamanca, no capítulo sobre Princípios, Políticas e Práticas na Área das Necessidades Educativas Especiais reafirmou “o direito à educação de todos os indivíduos”, conforme o compromisso da Declaração Universal dos Direitos Humanos e da Declaração Mundial sobre Educação para Todos. A Declaração de Salamanca proclamou no art. 2º que as crianças e jovens com necessidades educativas especiais devem ter acesso às escolas regulares, que a elas se devem adequar através duma pedagogia centrada na criança, capaz de ir ao encontro destas necessidade; as escolas regulares, seguindo essa orientação inclusiva, constituem os meios mais capazes para combater as atitudes discriminatórias, criando comunidades abertas e solidárias, construindo uma sociedade inclusiva e atingindo a educação para todos; além disso, proporcionam uma educação adequada à maioria das crianças e promovem a eficiência, numa ótima relação custo-qualidade, de todo o sistema educativo (UNESCO, 2023).

No ano de 1999, sobreveio a Convenção Interamericana para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência (a convenção de Guatemala foi ratificada através do Decreto n. 3.956/2001), mais uma vez foi reafirmado o compromisso segundo o qual todas as pessoas com deficiência têm os mesmos direitos humanos e liberdades fundamentais que outras pessoas e que estes direitos, inclusive o direito de não ser submetidas à discriminação com

base na deficiência, emanam da dignidade e da igualdade que são inerentes a todo ser humano.

Posteriormente, em 2007, adveio a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD), cujo propósito estabelecido no art. 1º “é promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente”. A CDPD/ONU foi assinada pelo Brasil, em março de 2007 e, no ano de 2008, passou a integrar a Constituição Federal. A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência foi aprovada pelo Congresso Nacional através do Decreto Legislativo n. 186/08, tornando-se o primeiro tratado internacional aprovado nos moldes do §3º do art. 5º, da Constituição Federal.

A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência inovou ao estabelecer conceitos jurídicos de deficiência, discriminação e acomodação razoável. O art. 1º, da Convenção da Pessoa com deficiência, formula o conceito de pessoa com deficiência, segundo o qual, “pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas”.

No art. 2º, a Convenção das Pessoas com deficiência conceitua “discriminação por motivo de deficiência” como qualquer diferenciação, exclusão ou restrição baseada em deficiência, com o propósito ou efeito de impedir ou impossibilitar o reconhecimento, o gozo ou o exercício, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais nos âmbitos políticos, econômico, social, cultural, civil ou qualquer outro. Abrange todas as formas de discriminação, inclusive a recusa de adaptação razoável”.

E o art. 3º, da Convenção das Pessoas com deficiência, explica que “adaptação razoável” são as “modificações e os ajustes necessários e adequados que não acarretem ônus desproporcional ou indevido, quando requeridos em cada caso, a fim de assegurar que as pessoas com deficiência possam gozar ou exercer, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, todos os direitos humanos

e liberdades fundamentais”. Nesse contexto, as adaptações necessárias para atender a pessoas com deficiência envolvem alterações e modificações no conteúdo, métodos de ensino, abordagens, estruturas e matéria de educação a fim de atender às peculiaridades do estudante com deficiência. Sem essas medidas, ter-se-á integração, mas não a inclusão preconizada nos tratados internacionais assinados pelo Brasil e incorporados ao ordenamento jurídico nacional.

Nesse novo modelo, a deficiência “passou a ser compreendida como experiência de desigualdade compartilhada por pessoas com diferentes tipos de impedimentos corporais ou psíquicos, cuja causalidade não está nos corpos, mas nas barreiras, obstáculos e opressões sociais” (DINIZ; BARBOSA; SANTOS, 2009, p. 70).

O art. 24, da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, trata sobre a educação das pessoas com deficiência, proclamando que elas não sejam excluídas do ensino em razão da deficiência, bem como tenham acesso ao ensino inclusivo de qualidade e gratuito em igualdade de condições com as demais pessoas de sua comunidade e que sejam realizadas as adaptações necessárias para facilitar sua efetiva educação, com medidas de apoio individualizado e efetivas para maximizar o desenvolvimento acadêmico e social.

Em 2015, o Brasil participou do “Fórum Mundial da Educação”, realizado na cidade de Incheon, na Coreia. Na ocasião, foi produzida uma declaração, cujo título é “Rumo a uma educação de qualidade inclusiva e equitativa e à educação ao longo da vida para todos”, representando um compromisso histórico entre os países para transformar vidas através da educação, englobando um período de 15 anos. O Fórum teve a participação de 160 países, incluindo mais de 120 ministros, organizações multilaterais, bilaterais, além de representantes da sociedade civil, da profissão docente, do movimento jovem e do setor privado. O Item 7, da Declaração de Incheon, dispõe que nenhuma meta de educação deverá ser considerada cumprida a menos que tenha sido atingida por todos, incluindo as pessoas com deficiência, a fim de assegurar que ninguém seja deixado para trás (UNESCO, 2023).

Posteriormente, em 2016, o Comitê dos Direitos das Pessoas com Deficiência editou o Comentário Geral n. 4. Vale esclarecer que Comitê dos Direitos das Pessoas com deficiência foi criado para avaliar a implementação da

CDPD/ONU, bem como para elaborar “Observações Gerais” ou “Comentários Gerais” que trazem a interpretação dos direitos protegidos pela Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência.

O Comentário Geral n. 4 assegura que milhões de pessoas com deficiência continuam a ter seu direito à educação negado, enquanto para muitos outros, a educação é realizada em ambientes separados e recebem educação simplificada. E que as barreiras dentro da comunidade e sociedade são responsáveis pela exclusão e não os impedimentos pessoais das pessoas com deficiência. Acrescenta que falta conhecimento sobre a natureza e as vantagens da educação inclusiva e de qualidade, bem como apoio aos pais de pessoas com deficiência com o escopo de afastar temores e estereótipos sobre a educação inclusiva, especialmente o argumento de que a inclusão causaria prejuízo à qualidade de educação de pessoas sem deficiência.

A falta de dados e pesquisas, segundo o comentário geral n. 4, impede o desenvolvimento de políticas públicas que promovam intervenções efetivas para o desenvolvimento da educação inclusiva. Ainda, a falta de conhecimento técnico e a falta de vontade política; a falta de capacitação e de financiamento apropriado; a falta de incentivos e adaptações razoáveis; a falta de coordenação ministerial, apoio e sustentabilidade, todos juntos, são obstáculos ao atingimento da educação inclusiva de qualidade.

Na segunda parte do Comentário Geral n. 4, o item 24 prevê que exclusão de pessoas com deficiência do sistema educacional geral deve ser proibida, bem como quaisquer disposições legislativas ou regulamentares que limitem sua inclusão com base em sua deficiência ou no “nível” de seu comprometimento.

Os documentos internacionais, conforme demonstrado, vedam a exclusão do aluno com deficiência da rede regular de ensino, bem como a sua permanência em escolas especiais ou em classes separadas de escolas regulares.

Depreende-se, portanto, que o percurso do tratamento igualitário no âmbito do direito à Educação é longo, pois a garantia de educação para todos com iguais oportunidades ainda é uma meta a ser alcançada na comunidade internacional, na medida em que Direito à educação inclusiva requer transformações cultural, política e prática dos ambientes escolares para receber as diferentes necessidades dos estudantes com deficiência.

CAPÍTULO 4 – DA INCONSTITUCIONALIDADE E DA INCONVENCIONALIDADE DO DECRETO N. 10.502/2020 E SUA REVOGAÇÃO

No CAPÍTULO 3, procurou-se demonstrar que o Direito à Educação Inclusiva faz parte de tratados internacionais de direitos humanos, assinados pelo Brasil e incorporados ao ordenamento pátrio. Portanto, há um arcabouço jurídico nos compromissos internacionais em direitos humanos que exigem do Estado brasileiro a implementação do Direito à Educação Inclusiva.

Neste CAPÍTULO 4, objetiva-se demonstrar a inconstitucionalidade e a inconvencionalidade do Decreto n. 10.502/2020. É fato que o referido Decreto foi revogado em 1º de janeiro de 2023, entretanto, sua análise continua sendo importante para afastar possíveis edições de atos normativos com teor semelhante.

4.1. Esclarecimentos conceituais sobre o controle de constitucionalidade

Inicialmente, cabe dizer que este trabalho não tem o objetivo de analisar todas as questões doutrinárias acerca do controle de constitucionalidade, mas apenas fornecer parâmetros para posterior demonstração da inconstitucionalidade do Decreto 10.502/2020.

A Constituição de 1988 traz nos art. 102, I, a, e III, a, b, e c e no art. 103, §§ 1º ao 3º, o cabimento de ação para o controle da constitucionalidade de atos normativos. Infere-se dos dispositivos indicados que o controle de constitucionalidade é jurisdicional e combina os critérios difuso e concentrado, o primeiro poderá ser realizado por qualquer juiz ou tribunal de forma incidental em qualquer processo; ao passo que o segundo é exclusivo do Supremo Tribunal Federal.

Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1998), o controle de constitucionalidade surgiu nos Estados Unidos, sob uma Constituição que não o prevê expressamente. O juiz Marshall, no caso *Malbury vesus Madison*, conseguiu deduzir do sistema o controle de constitucionalidade, reconhecendo que cabe ao Judiciário realizá-lo.

O controle de constitucionalidade, para Manoel Gonçalves Ferreira Filho, seria a:

[...] verificação da adequação de um ato jurídico (particularmente a lei à Constituição. Envolve a verificação de requisitos formais – subjetivos, como a competência do órgão que a editou – objetivos – como a forma, os prazos e o rito, observados em sua edição – quantos aos substanciais – respeito aos direitos e às garantias consagrados na Constituição – de constitucionalidade do ato jurídico. (FERREIRA FILHO. 1998, p. 30).

Celso Ribeiro Bastos, por sua vez, explica que “a invalidade de qualquer ato jurídico se traduz numa inaptidão para produzir efeitos de direito, porque não foi produzido que no que diga respeito a sua forma, que no que se refira ao seu conteúdo, segundo os ditames da norma superior” (BASTOS, 1996, p. 346).

Por sua vez, José Afonso da Silva elucida que “todas as normas que integram a ordenação jurídica nacional só serão válidas se se conformarem com as normas da Constituição Federal”. Mais adiante, o autor completa “nem o governo federal, nem os governos Estaduais, nem os dos Municípios ou do Distrito Federal são soberanos, porque todos são limitados, expressa ou implicitamente, pelas normas positivas daquela lei fundamental (SILVA, 2012, p. 46).

Importante anotar que Gilmar Ferreira Mendes entende que a concepção do Direito presa aos postulados kelsenianos realiza uma cisão entre o mundo do Direito e o mundo dos fatos. O autor argumenta que:

[...] até mesmo no chamado controle abstrato de normas não se procede a um simples contraste entre disposição do direito ordinário e os princípios constitucionais. Ao revés, também aqui fica evidente que se aprecia a relação entre a lei e o problema que se lhe apresenta em face do parâmetro constitucional” (MENDES, 1998, p. 466-467).

André Ramos Tavares possui o mesmo entendimento de Gilmar Mendes ao dizer que:

“Na realidade, a possibilidade de recorrer aos fatos faz parte da própria competência atribuída à Corte pela Constituição para o controle da constitucionalidade das leis [...]. De concluir que a inconstitucionalidade material é uma relação que se estabelece entre normas, mas que não afasta a necessidade de uma apreciação de fatos” (TAVARES, 2018, p. 306-307).

Depreende-se que a inconstitucionalidade necessita de uma estrutura hierarquizada de normas, nos moldes kelsenianos. Dentro do sistema jurídico, há uma relação entre a Constituição e as demais leis existentes, devendo estas ter submissão àquela. Em caso de violação, o sistema prevê como sanção a invalidade da lei inferior.

Questão importante a ser apreciada é saber se é possível o controle de constitucionalidade face ao Decreto. Jorge Miranda explica que o que diferencia inconstitucionalidade de ilegalidade é a qualidade do preceito jurídico ofendido (MIRANDA, 1988, p. 276-277).

André Ramos Tavares abraça a mesma posição, informando que somente haverá inconstitucionalidade quando houver uma relação direta entre a lei e a Constituição, e que não ocorreria inconstitucionalidade no caso de ato interposto, ou seja, na hipótese de um decreto presidencial ser contrário à Constituição, ocorreria, assim, caso de invalidade e não de inconstitucionalidade no sentido estrito do termo (TAVARES, 2012).

Gilmar Ferreira Mendes, entretanto, enxerga casos em que há possibilidade de se aferir a inconstitucionalidade de outros atos do Poder executivo, como pareceres da Consultoria-Geral da União, aprovados pelo Presidente da República, e Decretos que exorbitem o âmbito da Lei ou assumam perfil autônomo:

“Também outros atos do Poder Executivo com força normativa, como os pareceres da Consultoria-Geral da União, devidamente aprovados pelo Presidente da República (Dec. 92.889, de 7-7-1986 ou Decreto que assumam perfil autônomo ou exorbite flagrantemente do âmbito do Poder Regulamentar” (MENDES, 2008, p. 1113).

O STF tem se posicionado conforme o entendimento de Gilmar Ferreira Mendes, de acordo com o que se verifica na ADI-MC 2.155/PR, Rel. Sidney Sanches, DJ de 1º-6-2001; ADI-MC 1.435/DF, Rel. Francisco Rezek, DJ de 6-8-1999.

O Min. Dias Toffoli, ao conceder medida cautelar na ADI-MC 6990/DF, elucidou que:

O Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que os atos normativos para os quais se admite o controle concentrado de

constitucionalidade são aqueles dotados de abstração e generalidade, ou seja, aqueles que possuem densidade normativa suficiente a atrair a aferição de sua validade perante a Constituição Federal. A presente ação, em tese, afastaria o cabimento do controle de constitucionalidade, por se tratar, em geral, de norma de caráter secundário, que regulamenta outro ato normativo infraconstitucional, e que, portanto, estaria sujeito apenas a um controle de legalidade, cujo parâmetro seria a lei regulamentada. Extrai-se do Decreto no 10.502/2020 uma inovação no ordenamento jurídico, considerando que seu texto não se limita a pormenorizar os termos da lei regulamentada, mas promove a introdução de nova política educacional nacional, com o estabelecimento de institutos, serviços e obrigações, que, até então, não estavam inseridos na disciplina educacional do país. Assim sendo, em que pese o fundamento de validade do ato impugnado ser a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, vislumbro densidade normativa a justificar o cabimento da presente ação direta de inconstitucionalidade, tendo em vista tratar-se de disciplina inovadora em matéria de educação, a qual, ademais, encontra-se contemplada na Constituição Federal, em seus artigos 205 a 214. Nesse sentido, o parâmetro de controle a ser confrontado diretamente com a norma questionada só pode ser o texto constitucional” (ADI-MC 6590/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, DJ de 24-05-2022)

Assim, na medida em que um decreto inova o ordenamento jurídico para além do texto legal, passa a possuir densidade normativa a ensejar o controle de constitucionalidade, pois o Decreto, ao ir além da Lei que fundamenta sua edição, pode vir a violar o próprio texto da Constituição Federal.

4.2. Da Inconstitucionalidade do Decreto n. 10.502/2020

É possível dizer que existe um modelo de educação inclusiva da pessoa com deficiência no Brasil?

A Constituição Federal, no Título II, explicitou os direitos sociais fundamentais e não se pode negar a legitimação democrática de uma Assembleia Nacional Constituinte que deu origem à Constituição Federal de 1988. Assim, o Título II, da Constituição Federal de 1988, consagra os Direitos Sociais básicos, a saber, educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência social.

Trata-se de posição de vanguarda adotada pelo legislador constituinte originário, na medida em que sua opção permitiu o reconhecimento de uma força

normativa superior aos direitos sociais positivados. E, o art. 6º, da Constituição Federal de 1988, reconhece expressamente o direito à educação como direito social, integrando o rol de Direitos Fundamentais e, por isso mesmo, sujeito a um regime jurídico diferenciado. Vale observar que a previsão do referido artigo traz uma cláusula genérica, cujo conteúdo será preenchido pelos artigos 205 a 208 da Constituição de 1988. A “Constituição, além de tratar a educação como direito fundamental, elegeu como princípios basilares do ensino, a igualdade de condições para acesso e permanência na escola” (FÁVERO, 2004, p. 30).

Conforme já demonstrado nos capítulos antecedentes, as pessoas com deficiência têm direito à educação em escolas regulares, nos termos do art. 205, *caput*, da Constituição Federal, isto é, devem ser recebidas no mesmo espaço que os demais. Em outras palavras, os estudantes com deficiência e os estudantes sem deficiência possuem o mesmo direito de acessar a escola regular do sistema educacional geral e obter todos os serviços de suporte necessários ao aprendizado em todos os níveis.

E, se necessitarem de atendimento especial, este deverá ser realizado à parte, como complemento, nos termos do art. 208, III, da Constituição Federal, através do denominado AEE (Atendimento Escolar Especializado), preferencialmente nas escolas de ensino regular. Em outras palavras, o AEE é atividade suplementar ou complementar do ensino regular, assim, o estudante com deficiência deve ser matriculado na escola regular e no contra turno participar do AEE.

Feitas essas considerações iniciais, passar-se-á à análise do Decreto n. 10.502/2020.

O art. 2º, do Decreto n. 10.502/2020, traz onze incisos, dentre os quais destacam-se os incisos VI - **escolas especializadas**, instituições de ensino planejadas para o atendimento educacional aos educandos de educação especial que não se beneficiam, em seu desenvolvimento, quando incluídos em escolas regulares inclusivas e que apresentam demanda por apoios múltiplos e contínuos; VII – **classes especializadas**, classes organizadas em escolas regulares inclusivas, com acessibilidade de arquitetura, equipamentos, mobiliário, projeto pedagógico e material didático, planejados com vistas ao atendimento das especificidades do público ao qual são destinadas, e que devem ser regidas por profissionais

qualificados para o cumprimento de sua finalidade; X – **escolas regulares inclusivas**, instituições de ensino que oferecem atendimento educacional especializado ou salas de recursos.

Depreende-se daí que, para o Decreto n. 10.502/2020, a escola especializada ou a classe especializada ou a escola regular inclusiva poderá atender à pessoa com deficiência. Entretanto, não é essa a dicção do art. 205, da Constituição Federal, posto que prevê expressamente a igualdade de acesso à educação, entenda-se, educação em escolas regulares. Aliás, essa interpretação é reforçada pelo art. 208, III, também da Constituição Federal, que dispõe que o atendimento educacional especializado ocorrerá preferencialmente nas escolas regulares. Bem por isso, a Lei n. 13.146/2015 (estatuto da pessoa com deficiência) prevê no art. 28, que “incumbe ao poder público assegurar, criar, desenvolver, implementar, incentivar, acompanhar e avaliar: I – sistema educacional inclusivo em todos os níveis e modalidade, bem como o aprendizado ao longo da vida”. E, o parágrafo primeiro desse artigo dispõe que às instituições privadas de qualquer nível e modalidade de ensino cabe seguir o disposto no inciso I, ou seja, sistema educacional inclusivo, sendo vedada a cobrança de valores adicionais de qualquer natureza em suas mensalidades, anuidades e matrículas no cumprimento dessa determinação.

Antes do Estatuto da Pessoa com Deficiência, em 2007, foi formulado um documento denominado “Política Nacional de Educação Especial na Perspectiva da Educação Inclusiva”, redigido por um grupo de trabalho constituído pela Portaria Ministerial n. 555/2007, sob a coordenação da Secretaria de Educação Especial (SEE/MEC), estabelecendo, no Inciso IV, que a “educação especial é uma modalidade de ensino que perpassa todos os níveis, etapas e modalidades, realiza o atendimento educacional especializado, disponibiliza os recursos e serviços e orienta quanto a sua utilização no processo de ensino e aprendizagem nas turmas comuns do ensino regular”. Esse documento passou a nortear a educação inclusiva das pessoas com deficiência.

Posteriormente, o Decreto n. 6.571/2008, regulamentando o parágrafo único, do art. 60, da Lei n. 9.394/1996 (LDBEN), determinou que os sistemas de ensino deveriam matricular os alunos com deficiência, transtornos globais de desenvolvimento e altas habilidade/superdotação nas classes comuns do ensino

regular e no Atendimento Educacional Especializado (AEE), ofertado nas salas de recursos multifuncionais ou em centros de Atendimento Educacional Especializado da rede pública ou de instituições comunitárias, confessionais, ou filantrópicas sem fins lucrativos”.

Mais adiante, o artigo 1º, da Resolução n. 4/2009, do CNE, órgão com competência normativa do Ministério da Educação, estabeleceu que os sistemas de ensino deveriam matricular os alunos com deficiência nas classes comuns do ensino regular e no Atendimento Educacional Especializado (AEE), ofertado em salas multifuncionais ou centros de educação especializados da rede pública ou de instituições comunitárias, confessionais ou filantrópicas. Complementando o artigo primeiro, o artigo 2º, da Resolução do CNE, deixa claro que o AEE tem função complementar ou suplementar à formação do aluno, portanto, não pode ser entendido como meio substitutivo às classes comuns. Por fim, o art. 4º delimita quem é o público alvo do AEE, incluindo, dentre outros, os alunos com deficiência, ou seja, “aqueles que têm impedimento de longo prazo de natureza física, intelectual, mental ou sensorial.

O modelo legal da educação inclusiva brasileiro vai ao encontro das melhores práticas pedagógicas e dos conhecimentos médicos sobre deficiência, uma vez que o convívio com outras crianças fortalece o sentimento de pertencimento, bem como propicia a participação na sociedade como ela é, heterogênea e cheia de contrastes que se completam. É de se ver que “as pessoas com deficiência figuram como grupos, mormente minoritários, em busca do reconhecimento, de identidade, para terem efetiva participação na construção da sociedade” (TEIXEIRA; MACIEL, 2017, p. 46).

Vale anotar que o Decreto 10.502/2020 pretendeu alterar os artigos 205 e 208, III, ambos da Constituição Federal, bem como a Lei n. 13.146/2015 (estatuto da pessoa com deficiência), demonstrando desconhecimento da hierarquia existente entre os diplomas normativos.

Outra inovação do Decreto n. 10.502/2020 foi a previsão de “escolas regulares inclusivas”. Trata-se de criação contrária ao espírito da legislação que rege a educação inclusiva, pois toda escola regular deve ser inclusiva. Aliás, foi nesse sentido o voto do Min. Dias Tofolli, relator da ADI 6590:

“Salta aos olhos o fato de que o dispositivo trata as escolas regulares inclusivas como uma categoria específica dentro do universo da educação especial, **como se houvesse a possibilidade de existirem escolas regulares não-inclusivas**. Ocorre que a educação inclusiva não significa a implementação de uma nova instituição, mas a adaptação de todo o sistema de educação regular, no intuito de congrega alunos com e sem deficiência no âmbito de uma mesma proposta de ensino, na medida de suas especificidades” (ADI 6590 MC. TRIBUNAL PLENO. Rel. Min. Dias Toffoli. Julgamento 21-12-2020. Publicação 12-02-2021).

A expressão utilizada pelo Min. Dias Toffoli não poderia ser melhor: “salta aos olhos” a pretendida substituição da educação inclusiva no âmbito das escolas regulares por classes especiais e escolas especiais. Como bem frisou o Ministro, educação inclusiva não é um novo sistema de educação, mas a adaptação de todo o sistema regular de ensino.

O Min. Dias Toffoli, ao determinar a suspensão liminar do Decreto n. 10.502/2020, nos autos da ADI 6590, ressaltou, ainda, que:

“O paradigma da educação inclusiva é o resultado de um processo de conquistas sociais que afastaram a ideia de vivência segregada das pessoas com deficiência ou necessidades especiais para inseri-las no contexto da comunidade. **Subverter esse paradigma significa, além de grave ofensa à Constituição de 1988, um retrocesso na proteção de direitos desses indivíduos**” (ADI 6590 MC. TRIBUNAL PLENO. Rel. Min. Dias Toffoli. Julgamento 21-12-2020. Publicação 12-02-2021).

Tem-se, pois, que através da educação inclusiva se oferece oportunidade para o desenvolvimento da expressão de vontade e das preferências dos estudantes com deficiência, mais particularmente para aqueles com questões psicossociais ou deficiências intelectuais para que, no futuro, possam diminuir o apoio de que necessitam se assim o desejarem no futuro.

Por fim, a educação ajuda a construir não só a autoestima da pessoa com deficiência, mas também fornece uma porta de saída para o exercício de uma profissão, o que ajuda a pessoa com deficiência a obter uma maior independência para administrar sua vida pessoal e sua vida comunitária, trazendo inclusive reflexos no desenvolvimento econômico e social do País.

Também no julgamento da ADI 5357, os Ministros Edson Fachin, Luiz Fux e Ricardo Lewandowski apresentaram argumentos acerca da existência jurídica da

educação inclusiva no ordenamento pátrio, bem como de sua importância para a construção de uma sociedade justa e solidária, conforme a seguir detalhado. O Ministro Edson Fachin, em seu voto, pontuou que: “O ensino inclusivo é política pública estável, desenhada, amadurecida e depurada ao longo do tempo em espaços deliberativos nacionais e internacionais dos quais o Brasil faz parte. Não bastasse isso, foi incorporado à Constituição da República como regra”. Por seu turno, o ministro Luiz Fux entendeu que “não se pode resolver um problema humano desta ordem sem perpassarmos pela promessa constitucional de criar uma sociedade justa e solidária e, ao mesmo tempo, entender que hoje o ser humano é o centro da Constituição; é a sua dignidade que está em jogo”.

Outro aspecto do Decreto n. 10.502/2020 que difere da Política Nacional de Educação Especial na Perspectiva Inclusiva e da legislação correlata é a preferência da participação das famílias no processo de decisão sobre os serviços e recursos do atendimento educacional especializado. Em outras palavras, caberá à família decidir onde o aluno deficiente vai estudar. Este sedutor argumento da “livre escolha”, para as famílias, viola os art. 205 e 208, III, ambos da Constituição Federal, bem como a legislação correlata, pois é dever da família matricular o aluno com deficiência na escola regular e no AEE de forma complementar ou suplementar, conforme já demonstrado neste trabalho.

O legislador ordinário deverá observar o modelo constitucional de educação inclusiva, bem como observar que a educação inclusiva está protegida pelo piso vital mínimo e pela proibição de retrocesso, conforme justificado no CAPÍTULO I deste trabalho.

4.3. Esclarecimentos conceituais sobre o controle de convencionalidade

Inicialmente, cabe dizer que este trabalho não tem o objetivo de analisar todas as questões doutrinárias acerca do controle de convencionalidade, mas apenas fornecer parâmetros para posterior demonstração da inconveniência do Decreto 10.502/2020.

O art. 26 da Convenção de Viena, promulgada pelo Decreto Presidencial n. 7.030/2009, dispõe que “todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser

cumprido por elas de boa fé”. Trata-se da explicitação do princípio jurídico *pacta sunt servanda*, um dos princípios mais importantes do Direito Internacional Público. Em complemento, o art. 27, da Convenção de Viena, estabelece que “uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”, cuja finalidade é a de evitar que os Estados descumpram tratados firmados livremente. Nesse contexto, mostra-se oportuna a análise do controle de convencionalidade.

André de Carvalho Ramos explica que controle de convencionalidade “consiste na análise da compatibilidade dos atos internos (comissivos ou omissivos) em face das normas internacionais” (RAMOS, 2021, p. 630).

Ao passo que Valério de Oliveira Mazzuoli entende que o controle de convencionalidade das leis é a “compatibilização vertical das normas domésticas com os tratados internacionais de direitos humanos (mais benéficos em vigor no Estado)” (MAZZUOLI, 2018, p. 30).

Portanto, o controle de convencionalidade analisa a compatibilidade da norma interna com o tratado internacional. Esse controle pode ter efeito negativo ou positivo:

“O efeito negativo consiste na invalidação das normas e decisões nacionais contrárias às normas internacionais, resultando no chamado controle destrutivo ou saneador de convencionalidade; o efeito positivo consiste na interpretação adequada das normas internacionais (efeito positivo do controle de convencionalidade), resultando em um controle construtivo de convencionalidade” (RAMOS, 2021, p. 630).

O controle de convencionalidade pode ser de matriz internacional, também conhecido por controle de convencionalidade autêntico ou definitivo; e o controle de convencionalidade, de matriz nacional, também é chamado de provisório ou primário. No primeiro caso, órgãos internacionais com juízes independentes realizam o controle de convencionalidade autêntico ou de matriz internacional, assim evita-se *judex in causa sua*. No âmbito dos Direitos Humanos, o controle de convencionalidade autêntico é realizado pelos tribunais internacionais de Direitos Humanos, como a Corte Europeia, Interamericana e Africana. Ao passo que, o controle de matriz nacional é realizado pelos juízes e tribunais locais (RAMOS, 2021).

Portanto, no controle de convencionalidade de matriz nacional, ou controle primário, analisa-se a compatibilidade das leis com os tratados internacionais ratificados e em vigor nos Estados.

Vale observar que a Corte Interamericana de Direitos Humanos dispõe que o controle de convencionalidade deve primeiro ocorrer no plano interno dos Estados parte no tocante aos tratados de direitos humanos: “somente quando um caso não tenha sido solucionado no plano interno, como corresponderia primariamente fazê-lo a qualquer Estado parte na Convenção no exercício efetivo do controle de convencionalidade, poderia ele então chegar ao sistema” (MAZZOULI, 2018, p. 68).

Importa saber se os parágrafos 2º e 3º, do art. 5º, da Constituição Federal, que tratam dos tratados internacionais de direitos humanos incorporados ao ordenamento interno são passíveis de controle difuso e concentrado de convencionalidade.

Jose Afonso da Silva entende que os tratados de direitos humanos incorporados nos termos do 3º, do art. 5º, da Constituição Federal, seriam paradigmas para o controle difuso e concentrado:

“As normas infraconstitucionais que violarem as normas internacionais acolhidas na forma daquele §3º são inconstitucionais, e ficam sujeitas ao sistema de controle de constitucionalidade na via incidente como na via direta; as que não forem acolhidas desse modo, ingressam no ordenamento interno no nível da lei ordinária e eventual conflito se resolverá, no nosso entender, pelo modo de apreciação da relação entre lei especial e lei geral” (SILVA, 2012, p. 183)

Valério de Oliveira Mazzouli, por outro lado, defende que os tratados de direitos humanos, incorporados nos moldes do §2º e §3º, do art. 5º, da Constituição Federal, estão sujeitos ao controle difuso de constitucionalidade, devendo os juízes e tribunais locais (incluindo-se o STF) compatibilizar, diante de um caso concreto, as leis nacionais com o conteúdo dos tratados de direitos humanos em vigor no Brasil. Ao passo que apenas os tratados de direitos humanos incorporados nos termos do §3º, do art. 5º, da Constituição, estariam sujeitos ao controle concentrado realizado pelo STF:

“O exercício de compatibilização das leis domésticas para com os tratados de direitos humanos em vigor no Estado pode realizar-se

tanto pela via incidente (controle difuso de convencionalidade) quanto pela via da ação direta (controle concentrado de convencionalidade). A primeira modalidade realiza-se relativamente aos tratados de status (art. 5.º, § 2.º) ou equivalência (art. 5.º, § 3.º) constitucional, indistintamente; e a segunda recai apenas sobre os tratados equivalentes às emendas constitucionais (art. 5.º, § 3.º). (MAZZUOLI, 2018, p. 149)

Das duas posições elencadas, este trabalho abraça a posição de Valério de Oliveira Mazzuoli, pois oferece maior abrangência no controle de convencionalidade das leis nacionais em face dos tratados de direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico nacional.

Nesse sentido, o voto do Min. Celso de Mello no HC 87.585-8 TO expôs que:

“Após muita reflexão sobre esse tema, e não obstante anteriores julgamentos desta Corte de que participei como Relator (RTJ 174/463-465 – RTJ 179/493-496), inclino-me a acolher essa orientação, que atribui natureza constitucional às convenções internacionais de direitos humanos, reconhecendo, para efeito de outorga dessa especial qualificação jurídica” (STF. HC. 87.585/TO)

Assim, é cabível o controle de convencionalidade dos tratados de direitos humanos incorporados ao direito pátrio.

4.4. Da inconvenção do Decreto 10.520/2020

A Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e seu protocolo facultativo entraram em vigor para o Brasil, no plano internacional, em 31 de agosto de 2008. E, no âmbito interno, em 25 de agosto de 2009, através do Decreto Presidencial n. 6.949/2009 que promulgou o texto dos dois tratados.

Segundo Flavia Piovesan, a “Convenção é inovadora em muitos aspectos, tendo sido o tratado de direitos humanos mais rapidamente negociado e o primeiro do século XXI” (PIOVESAN, 2022, p. 327). Dentre suas inovações, pode-se destacar que a deficiência passa a ser vista como resultado da interação entre indivíduos e o seu meio ambiente.

Observe-se que por meio do Protocolo Facultativo à Convenção é reconhecida a competência do Comitê sobre os Direitos das Pessoas com

Deficiência para receber e considerar petições individuais ou de grupos vítimas de violação por um Estado parte dos direitos previstos na Convenção, para que sejam admitidas, é necessário inexistir litispendência internacional, bem como haver ocorrido o esgotamento de todos os recursos no âmbito interno do respectivo Estado parte, conforme expresso no art. 2º, da Convenção.

Após essas considerações, far-se-á o cotejo entre as disposições do Decreto n. 10.502/2020 e a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência em relação à educação inclusiva. O art. 24, 1, da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência será integralmente transcrito para facilitar a comparação a ser realizada entre ele e o Decreto n. 10.502/2020:

“Artigo 24

Educação

1. “Os Estados Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência à educação. Para efetiva 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.
(...)
2. Para 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.
(...)
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” (grifos nossos).

Depreende-se do art. 24, da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, que a educação inclusiva dar-se-á no sistema de ensino regular em igualdade de condições com as demais pessoas da comunidade em que vive a pessoa com deficiência, bem como haverá apoio necessário e adaptações razoáveis para que sua inclusão e seu aproveitamento no ambiente escolar ocorram de forma efetiva.

O art. 2º, do Decreto n. 10.502/2020, por sua vez, traz onze incisos, dentre os quais destacam-se os incisos VI - **escolas especializadas**, instituições de ensino planejadas para o atendimento educacional aos educandos de educação especial que não se beneficiam, em seu desenvolvimento, quando incluídos em escolas regulares inclusivas e que apresentam demanda por apoios múltiplos e contínuos; VII – **classes especializadas**, classes organizadas em escolas regulares inclusivas, com acessibilidade de arquitetura, equipamentos, mobiliário, projeto pedagógico e material didático, planejados com vistas ao atendimento das especificidades do público ao qual são destinadas, e que devem ser regidas por profissionais qualificados para o cumprimento de sua finalidade; X – **escolas regulares inclusivas**, instituições de ensino que oferecem atendimento educacional especializado ou salas de recursos.

Uma rápida olhada no art. 30, do Decreto n. 10.502/2020 já demonstra sua total incompatibilidade com a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, isso porque a Convenção é clara ao estabelecer a igualdade de acesso e tratamento das pessoas com deficiência no sistema de ensino regular, devendo ser oferecido apoio a adaptações, razões para que as pessoas com deficiência possam ser inseridas no ambiente escolar. O Decreto n. 10.502/2020 prescreve escolas especializadas, classes especiais e escolas regulares inclusivas, demonstrando claro objetivo de segregar as pessoas com deficiência do ambiente escolar regular.

Nesse sentido, a decisão do STF na ADI n. 5357:

“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 os 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” (STF. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE n. 5357. Origem: DF - DISTRITO FEDERAL Relator: MIN. EDSON FACHIN).

Conforme se depreende do Acórdão, o STF reconheceu que, por força da Convenção Internacional da Pessoa com Deficiência e da Constituição Federal, a educação inclusiva faz parte do ordenamento jurídico pátrio.

Entender contrariamente seria um franco retrocesso na Política Educacional, expresso na concepção, já ultrapassada, de que o fracasso escolar, bem como o fracasso de processos inclusivos, seja de exclusiva responsabilidade do aluno com deficiência, devido a sua condição de deficiência, ou de diagnóstico de transtorno global do desenvolvimento, altas habilidades e superdotação.

O Brasil, conforme ressaltado acima, é signatário da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, aprovado sem reservas e incorporado ao direito pátrio. Diante disso, deve ser reconhecida a inconveniência do Decreto 10.502/2020, pois o ato normativo teria como real objetivo, ao prever o incentivo à criação de escolas e classes especializadas para alunos com deficiência, discriminar e segregar esses alunos.

Acrescente-se, por oportuno, que o Decreto n. 10.502/2020 desconsiderou a discussão pública realizada em torno da ADI 5357, que reafirmou os princípios da Lei Brasileira de Inclusão (Lei n. 13.146/2015):

Entende-se, portanto, que igualdade de condições de acesso e permanência implica a convivência no mesmo espaço de todos os educandos. É a diversidade fazendo seu chamado para a construção de uma sociedade solidária.

CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1988 e os Tratados Internacionais dos quais o Brasil faz parte deixam clara a opção da nação de tratar a pessoa com deficiência com dignidade, fornecendo-lhe a possibilidade de fazer parte da vida comunitária através da educação inclusiva, aumentando sua autoestima e promovendo sua relativa independência.

Cabe ao Estado, aos pais, às escolas, aos estudantes com deficiência a construção desse novo paradigma educacional: a educação inclusiva. Não se requer a criação de um novo sistema educacional, mas a adaptação das escolas regulares para o acesso das pessoas com deficiência.

E, o sucesso na inclusão de pessoa com deficiência no ambiente escolar depende da atuação conjunta do Estado, da família, da escola e da sociedade. Do Estado, na medida em que dele depende a construção de políticas públicas que facilitem a inclusão; da família, a partir do momento que ela enxergue o deficiente como portador de talentos únicos que podem ser desenvolvidos; da escola, que deve promover a adequação de conteúdo, formação de corpo técnico e ambientes acessíveis, forma do discurso de “maiores custos” e de toda a sociedade, no sentido de ver o diferente com olhos de igualdade.

É preciso deixar claro que a educação inclusiva é o novo paradigma para a educação de pessoas com deficiência, nem se alegue que o ônus financeiro impede a realização do compromisso constitucional. Aqui a reserva do possível deverá ser balanceada com a necessidade de se manter o mínimo existencial, posto que a educação inclusiva está intimamente ligada à dignidade da pessoa com deficiência.

A possibilidade de ter sua capacidade reconhecida, através da adaptação razoável, mediante métodos de ensino e aprendizagem adaptados aos seus pontos fortes e estilo de aprendizagem, faz parte da dignidade da pessoa com deficiência de ser reconhecida enquanto pessoa participante da sociedade em que vive.

De outro lado, é a inclusão de pessoas com deficiência na educação regular que ajudará a promover uma sociedade livre, justa e solidária, nos termos do artigo 3º, da Constituição Federal: livre de preconceitos e estereótipos.

Entretanto, é preciso manter vigilância constante em face das tentativas de interpretações equivocadas acerca do Direito à Educação Inclusiva, haja vista o ocorrido no Decreto n. 10.502/2020, que tentava restabelecer escolas especializadas, classes especiais e escolar regulares inclusivas, fazendo sempre presente a proibição de retrocesso no Direito à Educação Inclusiva, bem como seu conteúdo fazer parte do piso vital mínimo ou mínimo existencial.

Entende-se, portanto, que igualdade de condições de acesso e permanência implica a convivência no mesmo espaço de todos os educandos, sejam pretos, brancos, deficientes ou não. É a diversidade fazendo seu chamado para a construção de uma sociedade solidária.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Malheiros. 2008.

ALTON, S. Differentiation not Discrimination: Delivering the Curriculum for Children with Down's Syndrome in Mainstream Schools. **Support for Learning**, v. 13, n. 4, p. 167-173, 1998.

ARAÚJO, Luiz David de; COSTA FILHO, Waldir Macieira da. **A Educação Inclusiva como Direito Fundamental e a Inconstitucionalidade do Decreto Federal nº. 10.502/2020**. São Paulo: Instituto Alana. 2022.

ARAÚJO, Luiz David de; MAIA, Maurício. Direito à educação: a matrícula da pessoa com deficiência intelectual na rede regular de ensino. **Revista Direito e Garantia Fundamentais**, Vitória, v. 16, n. 2, p. 73-100, jul./dez., 2015.

BAJER, Paula. **Processo Penal e Cidadania**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor. 2002.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **A eficácia das normas constitucionais sobre justiça social**. São Paulo: RT. 1981.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. São Paulo: Malheiros. 2008.

BARCELOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista Diálogo Jurídico**, Bahia, n. 15, jan./fev./mar., 2007.

BAROSO, João. O estado, a educação e a regulação das políticas públicas. **Educação e Sociedade**, v. 26, n. 92, p. 725-751, 2005. Disponível em: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87313714002>. Acesso em: 05 maio 2023.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva. 2004.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Editora Campus. 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Malheiros. 2006.

BRASIL. Ministério da Educação. **Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional**. Brasília, 2023.

BRASIL. Ministério da Educação. **Base Nacional Comum Curricular Nacional**. Brasília, 2023.

BRASIL. Ministério da Educação e Cultura – MEC. 2023. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/seesp/arquivos/pdf/dec_def.pdf. Acesso em: 21 maio 2022.

BUILLET, D. **Some Aspects as collaboration in Inclusive Education – Teacher’s Experiences**. Center for education Policy Studies Journal, v. 3, n. 2, p. 93-11, 2013.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva. 2006.

BUCCI, Maria Paula Dallari. As políticas públicas e o direito administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 13, 1996.

BUCCI, Maria Paula Dallari. “Notas para uma metodologia jurídica de análise de políticas públicas”. In: FONTINI, Cristina; ESTEVES, Júlio Cesar dos Santos; DIAS, Maria Teresa Fonseca (Org.). **Políticas Públicas: possibilidade e limites**. Belo Horizonte: Fórum. 2008.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina. 2003.

COMPARATO, F. K. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Editora Saraiva. 2001.

COMPARATO, F. K. “Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas”. **Revista dos Tribunais**, v. 737, 1997.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Administração indireta brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

DE PAULA, A. P. P.; PREZOTTI PALASSI, M.; ZANON, R. S. “Políticas públicas, neoliberalismo e participação social: Transições e dilemas”. **Cadernos de Gestão Pública e Cidadania**, São Paulo, v. 26, n. 85, 2021. Disponível em: <https://biblioteca.digital.fgv.br/ojs/index.php/cgpc/article/wiew/84362>. Acesso em: 3 maio 2023.

DIAS, Reinaldo; MATOS, Fernanda Costa. **Políticas Públicas: Princípios, Propósitos e Processos**. São Paulo: Editora Atlas. 2020.

DINIZ, D; BARBOSA, L.; SANTOS, WR dos. Deficiência. Direitos Humanos e Justiça. **SUR, Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, v. 6, n. 11.

DUGUIT, Léon. **Las transformaciones del derecho público**. Tradução com estudo preliminar de Adolfo Posada e Ramón Jaén. 2. ed. Madrid: Francisco Beltran, 1926.

DUGUIT, Léon. **O Estado de São Paulo**, 27/11/2022, MetrÓpole, pag. A19.

DUGUIT, Léon. **Folha de São Paulo**, 18/11/2022, Folha mais - pag. 3.

FONTE, Felipe de Melo. **Políticas Públicas e Direitos Fundamentais**. São Paulo:Saraiva. 2015.

GALEANO, Eduardo. **O livro dos Abraços**. Porto Alegre: L&PM Pocket. 2008.

GOUVÊA, Marcos Masselli de. **O Controle Judicial das Omissões Administrativas. Novas Perspectivas de Implementação de Direitos Prestacionais**. Rio de Janeiro: Forense. 2003.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros Editores. 2003.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Evolução da teoria do serviço público. **Enciclopédia Jurídica da PUC-SP**. Celso Fernandes Campilongo, Álvaro Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coord.) Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/40/edicao-1/evolucao-da-teoria-do-servico-publico>. Acesso em: 10 abr. 2023.

GUIMARÃES, Maria Cecília Alvim Guimarães. Política Nacional de Educação Especial 2008-2018: a inclusão escolar entre o texto e o contexto. **VIII Congresso Brasileiro de Educação Especial**. 2018.

HEHIR, Thomas; GRINDAL, Todd; FREEMAN, Brian; LAMOREAU, Renée; BORQUAVE, Yolanda; BURKE, Samantha. **A SUMMARY OF THE EVIDENCE ON INCLUSIVE EDUCATION**. Instituto Alana. São Paulo. 2016. Disponível em: <http://www.alana.org.br/en/>. Acesso em: 15 mar. 2023.

HEHIR, Thomas; GRINDAL, Todd e EIDELMAN, H. **Rewiew of special education in the Commonwealth of Massachusetts**. Boston, MA. 2012. Massachusetts Department of Elementary and Secondary Education. Disponível em: <http://www.doe.mass.edu/sped/hehir/2012-04sped.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2023.

HUGHES, J. Inclusive Education for Individuals with Down Syndrome. **Downs Syndrome News and Update**, v. 6, n. 1, p. 1-3, 2006. Disponível em: <http://doi.org/10.3104/practice.370>. Acesso em: 15 fev. 2023.

JUNSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 13 ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 2018.

KANT, Emmanuel. **Fondements de la Métaphysique des Moeurs**. Paris: Librairie Philosophique. 1992.

KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 2002.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**. São Paulo: Ed. Companhia das Letras. 1991.

LANA JUNIOR, M. C. **História do movimento político das pessoas com deficiência no Brasil**. Brasília/DF: Secretaria de Direitos Humanos; Secretária Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência. 2010.

LAWS, G., BYRNE, A.; BUCKLEY, S. (2000). Language and Memory Development in Children with Down Syndrome at Mainstream Schools and Special Schools: comparison. **Educational Psychology**, v. 20, n. 4, p. 447–457, 2000. Disponível em: <http://doi.org/10.1080/713663758>. Acesso em: 01 dez. 2022.

LIMA, Caroline Costa Nunes; BES, Pablo; NUNES, Alex Ribeiro; OLIVEIRA, Simone de. Freitas, Gloria. **Políticas Públicas e Educação**. Porto Alegre: SAGAH. 2018.

LUNO, Antonio e Perez. **Los Derechos Fundamentales**. Madrid: Editorial Tecnos S.A. Madrid. 1998.

MELLO, Celso D. Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 1979.

MACHADO, Rosângela; BOCK, Geisa Letícia Kempfer; MELLO, Anahi Guedes de. A escolarização das Pessoas com Deficiência no Brasil: Educação Inclusiva e Produção de Sentidos. *In: Estudos da deficiência na educação: Anticapacitismo interccionalidade e ética do cuidado*. Florianópolis: Editora UDESC. 2022.

MAGANO, Octávio Bueno. **Revisão Constitucional**. Conjuntura Social, Brasília, v. 5, n. 1, p. 13-17, jan., 1994.

MANTOAN, Maria Tereza Eglér. **Sobre a Igualdade e a Diferença em Questões Educacionais**. São Paulo: Biscalchin Editor. 2012.

MARTEL, Letícia de Campos Velho. Adaptação razoável: o novo conceito sob as lentes de uma gramática constitucional inclusiva. **SUR, Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, v. 8, n. 14, 2011.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Dignidade Humana**. Refugiados, imigrantes e igualdade dos povos: estudos em homenagem a António Guterres. Eduardo Vera-Cruz Pinto, Jose Rodolpho Perazzolo, Luiz Roberto Barroso, Marco Antonio Marques da Silva e Maria Cristina de Cicco (coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2017.

MASAGÃO, Mário. **Curso de direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1968.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. Rio de Janeiro: Livraria do Advogado. 1963.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis**. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros. 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. São Paulo: Celso Bastos Editor/Instituto Brasileiro de Direito do Consumidor. 1998.

MENEGUIN, Fernando B.; MELO, Ana Paula. **Análise de Impacto para Além das Regulações**. Consultoria Legislativa do Senado. Brasília/DF. (Série Textos para Discussão). Disponível em: <https://www2.senado.gov.br/bdsf/handle/id/580632>. Acesso em: 13 jan. 2023.

MORENO, Soraya Ramirez. **A Inclusão Escolar de Alunos com Deficiências: Análise do Conceito**. 2009. Dissertação (Mestrado em Educação). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, PUC/SP. 2009.

MIRANGA, Jorge. A Dignidade da Pessoa Humana e a Unidade Valorativa do Sistema de Direitos Fundamentais. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 52. 2014.

MORAES, MAK Alisson Borges de; SILVA, Luiz Carlos Avelino da. Bullying e inclusão escolar: a percepção dos professores. **Anais: V Seminário Nacional de Educação Especial. IV Encontro de Pesquisadores de Educação Especial e Inclusão Escolar**. Universidade Federal de Uberlândia.

MYKLEBUST, J. O. Diverging paths in upper secondary education: competence attainment among students with special education needs. *International Journal of Inclusive Education*, v. 11, n. 2, p. 215–231, 2017. Disponível em: <http://doi.org/10.1080/13603110500375432>. Acesso em: 06 fev. 2023.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais enquanto direitos fundamentais**. Coimbra: Editora Coimbra, 2010.

OCDE. Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico. **Relatório sobre a Reforma Regulatória BRASIL fortalecendo a governança para o crescimento**. Biblioteca Presidência da República Disponível em <https://biblioteca.presidencia.gov.br/publicacoes-oficiais/catalogo/ocde-2013-relatorio-sobre-reforma-a-reforma-regulatoria-brasil-fortalecendo-a-governanca-para-o-crescimento/view>. Acesso em: 22 out. 2022

OJOK, Patric. **Inclusion of Pupils with Intellectual Disabilities: A Survey of Primary School Teacher' Attitudes and Willingness in Abim District – Uganda**. Master Thesis, 2008. Disponível em: https://www.duo.uio.no/bitstream/handle/10852/31987/ojok_thesis.pdf?sequence=2. Acesso em: 20 jan. 2023.

ORTEGA-TUDELA, J. M.; GOMEZ-ARIZA, C. J. Computer-assisted teaching and mathematical learning in Down Syndrome children. **Journal of Computer Assisted Learning**, v. 22, n. 4, p. 298–307, 2006. Disponível em: <http://doi.org/10.1111/j.13652729.2006.00179.x>. Acesso em: 10 nov. 2022.

OSWALD, M. e SWART, E. Addressing South African Pre-service Teachers' Sentiments, Attitudes and Concerns Regarding Inclusive Education. **International Journal of Disability, Development and Education**, v. 58, n. 4, p. 389-403, 2011. Disponível em: <http://doi.org/10.1080/1034912X.2011.626665>. Acesso em: 20 dez. 2022.

PEIXOTO, Leandro Antonio. “Abordagens e perspectivas de participação social no monitoramento de políticas públicas”. **Revista de Políticas Públicas**, Universidade Federal do Maranhão, v. 19, n. 2, jul./dez. 2015.

PEREIRA, Dayane Correia. **Educação Inclusiva e prática educacional do Professor dos Anos Iniciais do Ensino Fundamental: Uma Revisão Sistemática de Pesquisas de 2009 a 2020. 2021.** Dissertação (Mestrado em Educação). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, PUC/SP. 2021.

PINHEIRO, Alessandra do Carmo. “**Participação popular e política pública habitacional; Santa Maria/RS**”. 2004. Dissertação (Mestrado). Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Filosofia e Ciências humanas. 2004. Disponível em: <http://repositório.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/87564>. Acesso em: 20 set. 2022.

PILONI, Thiago. A Contestável Lógica da Nova Política de Educação Especial. *In: Estudos da deficiência na educação: Anticapacitismo, interccionalidade e ética do cuidado.* Florianópolis: Editora UDESC. 2022.

PORTUGAL. Ministério da Reforma do Estado e da Administração Pública. **Para uma melhor legislação: Relatório Final do Grupo de Alto Nível para a Melhoria da Qualidade Legislativa (Grupo Mandelkem).** Lisboa. 2002.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos.** São Paulo: Saraiva. 2022.

ROCHA, Júlio César de Sá. **Direito sanitário na perspectiva dos interesses difusos e coletivos.** São Paulo: LTr, 1990.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Fundamentais, Orçamento e Reserva do Possível.** Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2008.

SCHWABE, Jurgen. **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão.** Montevideu: Fundação Konrad Adenauer. 2005.

SILVA, Marco Antonio Marques da Silva. Processo Penal e Estado Democrático de Direito. **Enciclopédia Jurídica da PUC.** Tomo VIII (recurso eletrônico). São Paulo, 2020.

SILVA, José Afonso da, **Curso de Direito Constitucional Positivo.** São Paulo: Malheiros. 2012.

SILVEIRA, Thais Becker Henrique; GONÇALVES, Carla Ramos. Educação Inclusiva: Um Direito Fundamental, Difuso e Indisponível. *In: Estudos da deficiência na educação: Anticapacitismo, interccionalidade e ética do cuidado.* Florianópolis. Editora UDESC. 2022.

SOLOMON, Andrew. **Longe da Árvore.** São Paulo: Companhia das Letras. 2012.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2018.

TEIXEIRA, Beatriz Rego. Do direito da pessoa autista à educação inclusiva. A incidência do princípio da solidariedade no ordenamento jurídico brasileiro. *In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (org.). Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas.* Rio de Janeiro. Processo. 2016.

TEIXEIRA, Anderson Vichnkeski; MACIEL, Aquiles Silva. Direito fundamental à educação e inclusão social de pessoas com deficiência. **Revista Direito e Liberdade- RDL- ESMERMAN**, v. 19, n. 1. 2017.

TORRES, Ricardo Lobo. **O Direito ao Mínimo Existencial.** Rio de Janeiro: Renovar. 2018.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **Os rumos do direito internacional dos direitos humanos.** Porto alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor. 2005.

UNESCO DIGITAL LIBRARY. **UNESCO Educação 2030:** Declaração de Incheon e Marco de Ação rumo a uma educação de qualidade inclusiva e equitativa e à educação ao longo da vida para todos.

UNICEF. **Declaração Mundial sobre Educação para Todos.** Conferência de Jomtien, 1990. Disponível em: unicef.org. Acesso em: 20 jan. 2023.

VILHENA, Carlos Alberto et al. A Inconstitucionalidade e a Inconvencionalidade do Decreto Federal n. 10.502/2020. *In: Estudos da deficiência na educação: Anticapacitismo, interccionalidade e ética do cuidado.* Florianópolis: Editora UDESC. 2022.

WIENER, J.; TARDIF, C. Y. Social and Emotional Functioning of Children with Learnin Disabilities. Does Special Education Placemet Make a Difference? **Learning Disabilities Research & Practices**, v. 19, n. 1, p. 20-30. Disponível em: <http://doi.org/10.1111/j.1540-5826.2004.00086.x>. Acesso em: 15 nov. 2022.

YAMADA, Gustava (org.). **Reducción de la pobreza y fortalecimiento del capital social y la participación:** la acción reciente del Banco Internacional de Desarrollo. BID. Banco Interamericano de Desenvolvimento. 2001.

ZANCANER, Carolina. **Da intervenção do Estado no domínio social.** São Paulo: Ed. Malheiros. 2009.

ZOCKUN, Maurício Pallares; ZOCKUN, Carolina Zancaner. A Regulação Administrativa e o Princípio da Legalidade. *In: Aspectos gerais da Lei de Liberdade Econômica*. São Paulo: Editora Íthala. 2022.

PORTUGAL. Ministério da Reforma do Estado e da Administração Pública. **Para uma melhor legislação**: Relatório Final do Grupo de Alto Nível para a Melhoria da Qualidade Legislativa (Grupo Mandelkem). Lisboa. 2002.

ANEXO I

NOCÕES PROPEDÊUTICAS SOBRE EDUCAÇÃO INCLUSIVA

1. UMA VIAGEM INESPERADA

Em 2014, nasceram meus filhos Francisco e Pedro. E, para minha surpresa, o primeiro nasceu com Síndrome de Down. A partir daí a felicidade da maternidade foi permeada por dúvidas quanto ao futuro de um filho com deficiência e pelas dificuldades encontradas no processo de acolhimento por creches e escolas.

O mais assustador é que muitos pais continuam a enfrentar a mesma situação no ano de 2022, o que pode ser traduzido pelas duas notícias extraídas de jornais de grande circulação:

“PAI DE CRIANÇA COM EPILEPSIA VAI À JUSTIÇA POR MATRÍCULA ESCOLAR – Motorista diz que colégios da rede privada de SP negaram vaga para seu filho, instituições afirmam estar disponíveis” (*Folha de São Paulo*, 2022. p. 3);

“ESCOLA PARA CRIANÇA AUTISTA É UM DESAFIO PARA SISTEMA EDUCACIONAL – Pais e especialistas comentam o cotidiano de alunos com seus diferentes graus de autismo nos sistemas públicos e particulares” (*O Estado de São Paulo*, 2022, p. A19)

Ter um filho com deficiência é uma viagem inesperada, cheia de incertezas, dores e alegrias. É um filho igual aos outros, mas ao mesmo tempo diferente, como são aliás todos os filhos. Apenas mais desafiador, sobretudo no aspecto da educação formal. Inserir uma pessoa com deficiência na escola regular requer, para os pais, o conhecimento do direito fundamental à educação regular da pessoa com deficiência; para a escola, o olhar acolhedor para incluí-la respeitando suas limitações e incentivando seu potencial específico; para a sociedade, olhar o diferente com respeito e sem estranhamento e para o Estado, a formulação de políticas públicas capazes de verdadeiramente promover a inclusão.

Há uma história conhecida pela maioria dos pais de pessoas com deficiência que descreve uma viagem com destino alterado a despeito da vontade dos viajantes, a seguir transcrita:

“Quando você vai ter um bebê, é como planejar uma fabulosa viagem de férias – para Itália. Você compra uma penca de guias de viagem e faz planos maravilhosos. O coliseu. O Davi, de Michelangelo. As gôndolas de Veneza. Você pode aprender algumas frases úteis em italiano. É tudo muito empolgante.

Após meses de ansiosa expectativa, finalmente chega o dia. Você arruma sua mala e parte. Várias horas depois, o avião aterrissa. A comissária de bordo diz: “Bem-vindos à Holanda”.

“Holanda?! Como assim, Holanda? Eu escolhi a Itália. Deveria estar na Itália. Toda minha vida sonhei em ir à Itália”.

Mas houve uma mudança no plano de voo. Eles aterrissaram na Holanda e lá você deve ficar.

O mais importante é que não levem você a um lugar horrível, repulsivo, imundo, cheio de pestilência, com fome, doenças. É apenas um lugar diferente.

Então você precisa sair e comprar novos guias de viagem. E deve aprender todo um novo idioma. E vai conhecer um novo grupo de pessoas que você nunca teria conhecido.

É apenas um lugar diferente. Tem um ritmo mais lento que a Itália, é menos vistoso do que a Itália. Mas depois de estar lá por um tempo e respirar fundo, você olha ao redor ... e começa a perceber que a Holanda tem moinhos de vento ... tem tulipas. A Holanda tem até Rembrandts.

Mas todo mundo que você conhece está ocupado indo e voltando da Itália ... E todos se gabam de quão maravilhoso foram os momentos que passaram lá. E pelo resto de sua vida você vai dizer: Sim, era para onde eu deveria ter ido. É o que eu tinha planejado.

E a dor que isso causa não irá embora nunca mais ... porque a perda desse sonho é uma perda extremamente significativa.

Porém ... se passa a vida lamentando o fato de não ter chegado à Itália você nunca estará livre para aproveitar as coisas muito especiais, as coisas adoráveis ... da Holanda” (SOLOMON, 2012, p. 205).

O inesperado destino, ainda que belo, exige novos guias de viagem. É o conhecimento dos novos caminhos que ensejará a certeza do lugar certo; o conhecimento das peculiaridades, dos desafios e dos potenciais fará o medo do desconhecido ser substituído pela coragem de descobrir novas coisas encantadoras.

Um novo guia de viagem implica um novo conhecimento, uma outra abordagem para aproveitar o destino desconhecido. Características, limitações, direitos, deveres, tudo o que puder facilitar a jornada deve ser apreendido para se poder dizer que o imprevisto, embora doído, ensejou uma boa jornada.

Segundo o censo populacional do IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), a deficiência no Brasil está distribuída da seguinte forma¹:

• DEFICIÊNCIA VISUAL	
○ NÃO CONSEGUE DE MODO ALGUM	506.377
○ GRANDE DIFICULDADE	6.056.533
○ ALGUMA DIFICULDADE	29.211.482
• DIFICIÊNCIA AUDITIVA	
○ NÃO CONSEGUE DE MODO ALGUM	344.206
○ GRANDE DIFICULDADE	1.798.967
○ ALGUMA DIFICULDADE	7.574.145
• DEFICIÊNCIA MOTORA	
○ NÃO CONSEGUE DE MODO ALGUM	734.421
○ GRANDE DIFICULDADE	3.698.929
○ ALGUMA DIFICULDADE	8.832.249
• DEFICIÊNCIA MENTAL/INTELLECTUAL	2.611.536

Vê-se, daí, que no Brasil, de acordo com o censo populacional de 2018, mais de 45 milhões de pessoas possuem alguma dificuldade, grande dificuldade ou não conseguem de forma alguma realizar pelo menos uma das habilidades investigadas pelo IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística). Isso significa que cerca de 24% da população declararam ter algum grau de dificuldade em enxergar, ouvir, caminhar ou subir escadas e/ou possuir deficiência mental/intelectual.

Observe-se que o IBGE classifica as pessoas com deficiência como aquelas que reconhecem “muita dificuldade” ou “incapaz de fazer” atividades relacionadas aos domínios de funcionamento avaliados.

Dessa forma, se for considerado apenas o resultado das pessoas com grande ou total dificuldade para enxergar, ouvir, caminhar e subir escadas e/ou deficiência mental/intelectual, o percentual corresponderá a 6,7 da população, ou seja, mais de 12,5 milhões de brasileiros com deficiência.

Anote-se que estão sendo utilizadas informações do último censo concluído, uma vez que o censo 2022 ainda está em curso.

Segundo a Cartilha sobre deficiência do censo 2010, existem 3.459.401 milhões de crianças entre 0 a 14 anos com deficiência. Nesse período, em regra, as pessoas deficientes não devem cursar o ensino fundamental I e II. Nesse cenário, o acesso e a permanência das pessoas no ambiente escolar devem ser objeto de política pública do Estado Brasileiro, pois as competências básicas de leitura, interpretação, operações matemáticas, dentre outras, são consolidadas nessas duas etapas de ensino.

Também as demais etapas de formação escolar da pessoa com ou sem deficiência são importantes, uma vez que a educação secundária e a educação superior oferecem ferramentas para qualificar a pessoa com deficiência ou não e incluí-la no mercado de trabalho e, com isso, fortalecer sua independência.

Entretanto, para a pessoa com deficiência há necessidade de eliminação de barreiras para que possa exercer seu direito fundamental à educação em igualdades de condições com os demais, e possa usufruir do poder transformador da educação que melhora sua qualidade de vida, promove sua inserção social e lhe garante a possibilidade de exercer sua cidadania.

2. O QUE É EDUCAÇÃO INCLUSIVA?

A resposta para essa pergunta implica que primeiro seja feita a distinção entre exclusão, segregação e integração no ambiente escolar.

Enquanto exclusão ocorre nos modelos nos quais os alunos com deficiência têm acesso negado a qualquer forma de educação, a segregação se dá quando a educação é oferecida aos alunos com deficiência em ambientes separados dos alunos sem deficiência (MORENO, 2009).

A integração, por sua vez, ocorre quando os alunos com deficiência são admitidos nas escolas regulares desde que se adaptem ao modelo de ensino da instituição. Aqui é o aluno que deve moldar-se ao modelo pedagógico da escola (MORENO, 2009).

Ao passo que, a inclusão implica uma reforma sistêmica do ambiente escolar, devendo a escola incorporar mudanças de conteúdo, método de ensino, estruturas e abordagens para superar as barreiras decorrentes da deficiência. O ambiente

escolar deve corresponder às necessidades e aptidões do aluno com deficiência (PEREIRA, 2021).

Infelizmente, ainda hoje, “os ambientes educacionais para alunos com deficiência variam de uma negação completa de serviços educacionais a uma participação igual em todos os aspectos do sistema educacional” (HEIR, GRINDAL, FREEMAN, LAMOREAU, BORQUAYE, BURQUE, 2016. p. 2), e isso impossibilita uma participação igualitária das pessoas com deficiência ao sistema educacional.

É através da educação inclusiva, em todos os ambientes escolares, como política pública de Estado, que se almeja preparar os alunos com deficiência para uma vida participativa na sociedade, mediante o exercício de sua cidadania plena.

3. A EDUCAÇÃO INCLUSIVA FAZ A DIFERENÇA

A seguir apresentaremos exemplos ilustrativos sobre como a educação inclusiva faz diferença na vida da pessoa com deficiência:

Francisco, 7 anos, com deficiência intelectual, acabou de receber seu “Certificado de Conclusão do Ensino Infantil”. Iniciou sua vida escolar aos 5 anos em uma escola regular da rede municipal de ensino. Usa material didático adaptado às suas necessidades cognitivas. Adora seus amigos, professores e apresenta progressos, permitindo-lhe frequentar o ensino fundamental I no próximo ano.

João é cadeirante e está na terceira série do ensino fundamental. A escola que frequenta destina as salas do térreo ao primeiro e segundo anos. O acesso ao primeiro pavimento ocorre por escadas, não há elevador. Como resolver o caso? A escola eliminou a barreira arquitetônica, transferindo a sala do terceiro ano para o andar térreo.

Maria é surda, conhece libras, foi alfabetizada e consegue ler e escrever normalmente. Frequenta escola regular e sua professora conhece a língua dos sinais, relaciona-se normalmente com seus colegas e tem bom desempenho escolar.

O que diferencia as situações acima descritas?

Primeiro, o tipo de deficiência: deficiência intelectual, deficiência motora e deficiência visual. Segundo o censo do IBGE, as deficiências são classificadas em visual, auditiva, motora e mental/intelectual.

Segundo, todos estão matriculados em escolas regulares, convivendo com seus pares em igualdades de condições, uma vez que as barreiras que impediam a inclusão foram eliminadas.

Verifica-se dos exemplos acima que cada deficiência exige uma conduta diferenciada no ambiente escolar para que a educação inclusiva efetivamente ocorra. Por isso, é necessária “a formulação de parâmetros para execução de uma política de ensino complexa, que também seja capaz de atender adequadamente às necessidades de cada grupo de alunos” (ARAÚJO; COSTA FILHO, 2022, p. 131-132).

Entretanto, a trajetória da política de educação para pessoas com deficiência não é linear, passando da segregação, para a integração em classes especiais até chegar ao modelo contemporâneo da inclusão escolar, conforme será demonstrado a seguir.

Antes de 1988, ao aluno com deficiência restava apenas socorrer-se de instituições apartadas do sistema educacional regular, isso porque a história das pessoas com deficiência coincide com a história de muitos outros grupos excluídos ou abandonados do convívio social ou simplesmente tolerados ou respeitados (MACHADO, BOCK E MELLO, 2022).

Posteriormente, com a Constituição garantindo a inclusão do aluno com deficiência nas escolas regulares, nos termos do art. 205, a admissão desses alunos passou a ocorrer, mas não de forma imediata e generalizada. Muitas escolas, ao saber se tratar de aluno com deficiência, subitamente ficavam sem vagas. Outras vezes, aceitavam o aluno com deficiência para tratá-lo de forma apartada dos demais, sob o argumento de manter a normalidade da aprendizagem (SILVEIRA; GONÇALVES, 2022).

Apenas para ilustrar as dificuldades de assimilação do modelo educacional inclusivo, segue o relato de uma situação real, com os nomes dos envolvidos alterados a fim de lhes preservar o direito à intimidade:

João, com síndrome de Down, 17 anos, frequentava escola regular. Mas sempre que sua mãe lhe questionava como se dava a rotina escolar, ele se esquivava. A genitora acabou descobrindo que seu filho fora aceito pela escola, mas não permanecia na sala com as demais crianças, para não atrapalhar o rendimento da classe. A mãe, indignada, impetrou Mandado de Segurança para o filho ter

assegurado seu direito líquido e certo de frequentar a escola regular nos mesmos moldes que os demais alunos.

Ora, o direito à educação é um direito humano fundamental assegurado a todos. Assim, às pessoas com deficiência também é assegurado, em igualdade de condições, o direito à educação. As pessoas com deficiência “têm direito à educação, à cultura, como forma de aprimoramento intelectual, por se tratar de um bem derivado do direito à vida” (ARAÚJO, 1992, p. 74).

Vê-se, daí a força do Direito operando, posto que a escola não observou a garantia constitucional de igualdade de tratamento de todos os alunos, bem como o Direito à Educação Inclusiva aos alunos com deficiência previsto na Constituição Federal de 1988.

Foi necessário todo um “iter” para fazer a Constituição ser cumprida: a escola aceita o ingresso; nega o tratamento igualitário; impetra-se Mandado de Segurança e, só assim, o estudante com deficiência passa a ser incluído na rotina regular do estabelecimento de ensino.

Aqui, o Remédio Constitucional contra o descumprimento da garantia constitucional de igualdade de acesso à educação regular inclusiva e participação em condições de igualdade nas rotinas escolares (com as adaptações necessárias) foi usado para garantir a efetividade do direito consagrado constitucionalmente.

Infere-se do exemplo, que a educação inclusiva da pessoa com deficiência é um processo de implementação gradual, pois a sociedade, os pais, as escolas e o Estado, aos poucos, vão descobrindo o poder da educação inclusiva como meio de transformar a pessoa com deficiência em agente transformador de sua própria história, na medida em que participa e opina da vida em sociedade.

Vale observar que, segundo Carolina Alves de Souza Lima, “a educação empodera as pessoas para se desenvolverem no máximo de suas capacidades e potencialidades” (LIMA, 2019, p. 60), devendo esse objetivo de empoderamento ser alcançado pelas pessoas com deficiência através da educação inclusiva.

Aqui não é possível deixar de fazer uma analogia com a situação retratada na série “The Crown”, exibida pela NETFLIX, na quarta temporada, mostrando que as sobrinhas deficientes do Rei George foram confinadas em estabelecimento para deficientes e dadas como mortas na genealogia da família. Ora, se a família – com vergonha do deficiente ou por entender ser a melhor opção para protegê-lo - decidir

fazer sua matrícula numa escola especial ou deixá-lo frequentar classe especial - estaria violando o direito subjetivo da pessoa com deficiência de estudar em estabelecimento regular de ensino em igualdade de condições com os demais, uma vez que a própria Constituição lhe garante este direito fundamental oponível ao Estado e até mesmo ao particular.

4. BENEFÍCIOS DA EDUCAÇÃO INCLUSIVA PARA ALUNOS COM DEFICIÊNCIA E SEM DEFICIÊNCIA

Os impactos da educação inclusiva têm sido objeto de estudos em vários países, demonstrando que a educação inclusiva é uma preocupação não apenas do Brasil. Esses estudos indicam que alunos oriundos de escolas inclusivas superam academicamente estudantes segregados.

Foram coligidos para este trabalho estudos realizados nos Estados Unidos da América e na Europa, a fim de demonstrar que a educação inclusiva é objeto de pesquisa em países com nível de desenvolvimento econômico e social superiores ao brasileiro. A seguir, há uma breve compilação desses estudos internacionais que concluem pelos benefícios da educação inclusiva para alunos com e sem deficiência

Em 2012, Hehir, Grindal e Eidelman analisaram o desempenho de mais de 68.000 alunos do ensino fundamental e médio com deficiência no estado norte-americano de Massachussets. Eles observaram que renda familiar, qualidade escolar e proficiência em inglês estavam relacionados ao desempenho acadêmico de uma criança. Mas, além disso, os autores observaram que os alunos com deficiência que passaram uma maior proporção de seu dia escolar com colegas sem deficiência tiveram desempenho melhor em linguagem e matemática do que alunos com deficiências semelhantes que passaram uma proporção menor de seu dia escolar com seus colegas sem deficiência (HEIR, GRINDAL, EIDELMAN, 2012).

O mesmo resultado foi obtido na Noruega, onde foram acompanhados quase 500 alunos do ensino médio com deficiência. Nesse estudo, foi concluído que os alunos incluídos tinham mais propensão a continuar estudando após o término do ensino médio do que os alunos educados em classes especiais (MYKLEBUST, 2007).

Na Holanda, durante quatro anos, foi acompanhado e comparado o desenvolvimento de 200 alunos, de 7 e 8 anos, com dificuldade de aprendizagem, dificuldades comportamentais ou deficiência intelectual leve, incluídos em escolas especiais e escolas regulares. Foi observado que os alunos em escolas regulares tiveram mais progresso acadêmico que os alunos segregados em escolas especiais (PEETSMA, VERGEER, ROELEVELD e KARSTEN, 2001).

Estudo realizado no Reino Unido, com 44 crianças com deficiência intelectual em ambiente escolar inclusivo e escolas especiais, demonstrou que as crianças do grupo inclusivo tiveram pontuações mais altas em compreensão de linguagem e memória de curto prazo quando comparado com crianças que frequentam escolas especializadas. A razão dessa pontuação maior, segundo os pesquisadores, decorre da maior exposição à linguagem e instrução acadêmica (LAWS, BYRNE, BUCKLEY, 2000).

Os alunos sem deficiência também podem se beneficiar academicamente da inclusão, além de apoiar o desenvolvimento social e emocional desses alunos. Isso porque, há diminuição do medo das diferenças humanas, desenvolvimento de princípios morais e éticos pessoais, maior tolerância com os outros e comunicação eficaz com todos os colegas, aumento da autoestima e sentimento de pertencimento, menos preconceito e maior capacidade de respostas às necessidades dos outros (HEIR, GRINDAL, FREEMAN, LAMOREAU, BORQUAYE, BURQUE, 2016).

Não se pode deixar de abordar a preocupação dos pais de estudantes sem deficiência acerca da possibilidade dessa convivência atrapalhar o desempenho acadêmico de seus filhos. Pesquisas realizadas em escolas inclusivas revelaram que não há prejuízo para estudantes não deficientes. A presença de estudante deficientes tem efeito neutro ou positivo (HEIR, GRINDAL, FREEMAN, LAMOREAU, BORQUAYE, BURQUE, 2016).

Observa-se, portanto, que alunos com deficiência incluídos fazem mais progresso em leitura e matemática, possuem menos problemas comportamentais, pois se espelham em seus colegas não deficientes, possuem mais probabilidade de continuar estudando, concluindo o ensino médio e até mesmo seguindo para educação superior e para o trabalho.

Os estudos acadêmicos estrangeiros também demonstram que escolas inclusivas trazem benefícios para estudantes sem deficiência, na medida em que

aumenta a tolerância desses alunos com o diferente, diminuindo o preconceito e aumentando a empatia.

5. O QUE OS BRASILEIROS PENSAM SOBRE EDUCAÇÃO INCLUSIVA?

O que os brasileiros pensam sobre a educação inclusiva é importante para descobrir até que ponto a sociedade está preparada para aceitar e até mesmo incentivar a participação de pessoas com deficiência no ensino regular.

Em 2019, o Instituto Alana, de forma precursora, encomendou ao DATAFOLHA pesquisa para saber as percepções da população brasileira sobre educação inclusiva nas escolas, bem como sobre que influência a convivência escola/trabalho teria sobre as pessoas sem deficiência. Observe-se que o Instituto Alana contratou o instituto de pesquisa DATAFOLHA com recursos próprios, pois desde 2013 é mantido pelos rendimentos de um fundo patrimonial particular.

A investigação estatística inovadora, promovida pelo Instituto Alana, no âmbito da educação inclusiva, foi o que ensejou a escolha desta pesquisa para ilustrar o pensamento da sociedade civil sobre a educação inclusiva.

Durante a pesquisa, foram entrevistadas pessoas em todas as regiões do Brasil, englobando 130 municípios, com cotas de gênero, idade, perfil sócio-econômico, utilizando os mesmos procedimentos adotados pelo IBGE no censo demográfico de 2010. As entrevistas foram pessoais e individuais, realizadas por meio de questionários nos quais os entrevistados deveriam responder se concordavam ou discordavam de várias assertivas sobre educação inclusiva. Foram realizadas 2.074 entrevistas em todo o Brasil, com o resultado abaixo:

TABELA I
POPULAÇÃO/ENTREVISTAS

	AMOSTRA	MARGEM DE ERRO %
POPULAÇÃO		
ENTREVISTAS	2.074	2
PESSOAS POR DOMICÍLIO	7.080	1
PESSOAS COM DEFICIÊNCIA DENTRE TODOS OS RESIDENTES	453	5

FONTE: INSTITUTO ALANA

Com base na Tabela 1, é possível aferir que a taxa geral de pessoas sem deficiência seria de 93%. E, que a taxa geral de pessoas com deficiência seria de 7%, percentuais com base no número de pessoas por domicílio (7.080).

Cotejando-se o resultado da pesquisa do Instituto Alana com os dados estatísticos do IBGE para o Censo 2010, verifica-se praticamente o mesmo percentual de pessoas com deficiência, posto que o Censo 2010 apurou 6,7% da população com deficiência, ou seja, mais de 12,5 milhões de brasileiros com deficiência.

Abaixo, as tabelas com resultado da pesquisa, indicando o percentual de pessoas com deficiência na escola; crianças de 0 a 14 anos dentro e fora da escola e pessoas com deficiência que trabalham e não trabalham.

TABELA II
PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NA ESCOLA



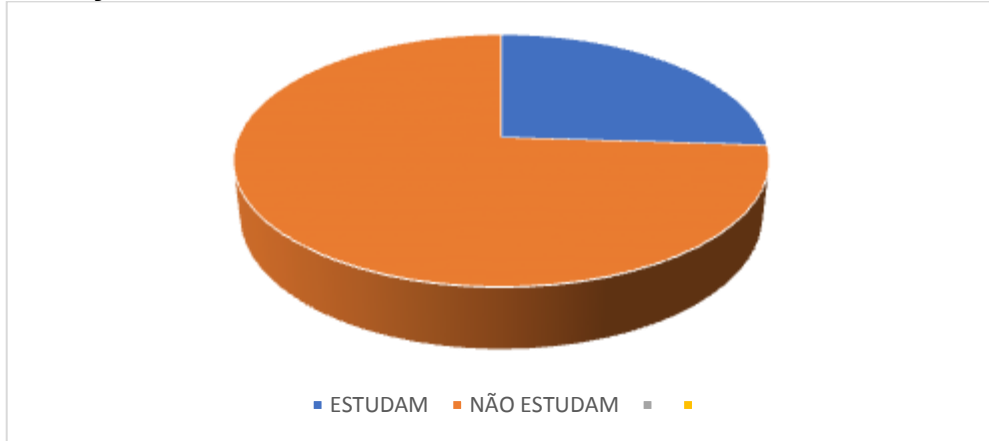
FONTE: INSTITUTO ALANA

Entre os 14% que estudam:

10% em escola pública regular
2% em escola privada regular
2% em escola pública especial

Percentual baseado em pessoas com deficiência dentre todos os residentes (453)

TABELA III
CRIANÇAS COM DEFICIÊNCIA DE 0 A 14 ANOS DENTRO E FORA DA ESCOLA



FONTE: INSTITUTO ALANA

26% estudam
74% não estudam

Percentual baseado em pessoas com deficiência dentro do total de residentes (453)

TABELA IV
PESSOAS COM DEFICIÊNCIA EMPREGADAS



FONTE: INSTITUTO ALANA

30% trabalham
70% não trabalham

Percentual baseado em pessoas com deficiência dentro do total de residentes (453)

Abaixo, algumas das perguntas realizadas na pesquisa e o seu resultado:

- 11) AS ESCOLAS TORNAM-SE MELHORES QUANDO AS CRIANÇAS COM DEFICIÊNCIA ESTÃO INCLUÍDAS.
86% CONCORDAM 13% DISCORDAM
- 12) CRIANÇAS COM DEFICIÊNCIAS APRENDEM MAIS QUANDO ESTUDAM COM CRIANÇAS NÃO DEFICIENTES.
76% CONCORDAM 21% DISCORDAM
- 13) O ATRASO DE CRIANÇAS COM DEFICIÊNCIA PREJUDICA O PROCESSO DE APRENDIZAGEM DE CRIANÇAS NÃO DEFICIENTES QUANDO ESTUDAM JUNTAS.
30% CONCORDAM 68% DISCORDAM
- 14) OS PROFESSORES ESTÃO INTERESSADOS EM ENSINAR CRIANÇAS COM DEFICIÊNCIAS.
71% CONCORDAM 25% DISCORDAM
- 15) OS PROFESSORES NÃO TÊM O ADEQUADO TREINAMENTO PARA ENSINAR CRIANÇAS COM DEFICIÊNCIAS.
67% CONCORDAM 29% DISCORDAM
- 16) É MELHOR PARA CRIANÇAS COM DEFICIÊNCIA ESTUDAR EM ESCOLAS ONDE APENAS CRIANÇAS COM DEFICIÊNCIAS ESTUDAM.
40% CONCORDAM 59% DISCORDAM
- 17) AS ESCOLAS PODEM ESCOLHER SE ACEITAM MATRICULAR CRIANÇA COM DEFICIÊNCIA.
37% CONCORDAM 60% DISCORDAM
- 18) PAIS DE CRIANÇAS COM DEFICIÊNCIA TÊM MEDO DE QUE SEUS FILHOS SOFRAM PRECONCEITO NA ESCOLA REGULAR.
87% CONCORDAM 12% DISCORDAM
- 19) ESCOLAS PRIVADAS ESTÃO MAIS PREPARADAS PARA INCLUIR CRIANÇAS COM DEFICIÊNCIAS.
62% CONCORDAM 33% DISCORDAM
- 20) PAIS DE CRIANÇAS NÃO DEFICIENTES NÃO QUEREM CRIANÇAS COM DEFICIÊNCIAS NA ESCOLA.
36% CONCORDAM 60% DISCORDAM

Observa-se das respostas obtidas, que a maioria dos entrevistados discorda das afirmações tais como: "crianças com deficiência retardam o processo de aprendizagem de outras crianças"; "é melhor que as crianças com deficiência estudem em escolas onde apenas crianças com deficiência frequentam"; "as escolas podem escolher se aceitam matricular uma criança com deficiência", e "pais de crianças sem deficiência não querem crianças com deficiência na escola".

Os entrevistados responderam que as escolas não podem escolher entre matricular ou não matricular crianças com deficiência - de forma quase intuitiva, pois não há referência ao sistema jurídico brasileiro sobre o direito à educação em

igualdade de condições, nos termos do art. 205, da Constituição Federal. São 60% concordando com a inclusão de crianças deficientes no ensino regular, independentemente da vontade da escola. Muitos pais de crianças deficientes relatam que, ao procurarem escolas particulares em busca de vagas, recebem resposta positiva, mas na hora de efetivar a matrícula da criança deficiente, a vaga deixa de existir.

Também é possível observar que os entrevistados concordam que os pais de crianças com deficiência temem que seus filhos sofram preconceito na escola regular. E, em relação aos professores, os entrevistados reconhecem que há o interesse de o professor ensinar crianças com deficiência, ao mesmo tempo em que apontam a falta de treinamento para tanto.

Consoante se vê, a pesquisa demonstra que a sociedade brasileira é favorável à inclusão das crianças com deficiência no ensino regular e aponta esta convivência sendo favorável tanto para o desempenho escolar da criança com deficiência, como para a criação de uma escola melhor com a socialização entre crianças com deficiência e sem deficiência.

Até agora foram apresentadas, neste trabalho, duas premissas favoráveis à educação inclusiva. A primeira diz respeito às pesquisas em países desenvolvidos, tais como Holanda, Reino Unido, Estados Unidos da América, sobre os benefícios da educação inclusiva para o desenvolvimento das pessoas com deficiência. A segunda refere-se ao fato de 60% da sociedade civil concordar com a necessidade de incluir as pessoas com deficiência na educação regular, conforme demonstrou a pesquisa realizada pelo Instituto Alana.

Assim, é possível conciliar num mesmo sentido os estudos científicos realizados com a percepção da sociedade acerca dos benefícios da educação inclusiva para sociedade como um todo.