ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIA – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5357/DF

*Alessandra Maria Sabatine Zambone**
*Maria Cristina Teixeira***

RESUMO

O objetivo deste estudo é analisar a decisão de mérito proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5357/DF, proposta pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos De Ensino – CONFENEN, com a finalidade de suscitar a interpretação dos arts. 28 § 1º e 30, caput, da Lei nº 13.146/2015, o Estatuto da Pessoa com Deficiência, especialmente no que se refere ao sentido atribuído à expressão privada. Para tanto será realizada uma síntese do processo, com os argumentos indicados pelo Autor para ver interpretados como inconstitucionais os atos normativos citados, dos fundamentos fáticos e jurídicos invocados pela Suprema Corte para indeferir o pedido inicial e a análise da decisão proferida diante da situação social e jurídica das pessoas com deficiência quanto à realização do direito à educação.

Palavras-chave: Ação Direta de Inconstitucionalidade. Supremo Tribunal Federal. Estatuto da Pessoa com Deficiência. Educação.

ABSTRACT

The purpose of this study is to analyze the decision of merit rendered in the Direct Action of Unconstitutionality (ADI) 5357 / DF, proposed by the National Con-

* Doutora em Direito pela Universidade Metropolitana de Santos (UNIMES). Coordenadora do Curso de Direito da Universidade Metodista de São Paulo.

** Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Professora do Curso de Direito da Universidade Metodista de São Paulo.

federation of Teaching Institutions - CONFENEN, with the purpose of eliciting the interpretation of arts. 28, § 1 and 30, caput, of Law 13,146 / 2015, the Statute of Persons with Disabilities, especially with regard to the meaning attributed to private expression. In order to do so, a summary of the proceedings will be made, with the arguments indicated by the Author to interpret the normative acts cited as unconstitutional, the legal and factual grounds invoked by the Supreme Court to reject the initial request and the analysis of the decision rendered before the social and The realization of the right to education.

Keywords: Direct Action of Unconstitutionality. Federal Court of Justice. Statute of the Person with Disabilities. Education.

1 SÍNTESE DO PROCESSO

A Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (CONFENEN) propôs a Ação Direta de Inconstitucionalidade 5357/DF com o objetivo de ver declarados inconstitucionais os arts 28, § 1º e 30 caput da Lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), que tratam da educação das pessoas com deficiência, nos seguintes termos:

Art. 28. Incumbe ao poder público assegurar, criar, desenvolver, implementar, incentivar, acompanhar e avaliar: [...]

§ 1º—As instituições privadas, de qualquer nível e modalidade de ensino, aplica-se obrigatoriamente o disposto nos incisos I, II, III, V, VII, VIII, IX, X, XI, XII, XIII, XIV, XV, XVI, XVII e XVIII do caput deste artigo, sendo vedada a cobrança de valores adicionais de qualquer natureza em suas mensalidades, anuidades e matrículas no cumprimento dessas determinações. [...]

Art. 30. Nos processos seletivos para ingresso e permanência nos cursos oferecidos pelas instituições de ensino superior e de educação profissional e tecnológica, públicas e privadas, devem ser adotadas as seguintes medidas:

Alega que referidos dispositivos violam os arts. 5º, *caput* e incisos XXII, XXIII, LIV, 170, incisos II e III, 205, 206, *ca-*

put, incisos II e III, 208, *caput*, inciso III, 209, 227, *caput*, § 1º, inciso II, da Constituição Federal.

Conforme indicado, no entendimento do Autor, a lei objeto da ação proposta fere o direito à propriedade, os princípios constitucionais do devido processo legal e da função social da propriedade, as finalidades do direito à educação, o desenvolvimento integral da pessoa, a preparação para o exercício da cidadania e a qualificação o trabalho (CF, art. 205), os princípios constitucionais do ensino (CF, art. 206), o dever do Estado com a realização da educação, nos moldes estabelecidos pelo art. 208, II, que deve ser prestado, preferencialmente na rede regular de ensino, a possibilidade de a iniciativa privada atuar na realização da educação (CF, art. 209), e o papel atribuído ao Estado para a realização da educação, especialmente no que diz respeito à criação de programas de atendimento para as pessoas com deficiência (CF, art. 227, *caput*, § 1º, II)

De acordo com a petição inicial, a obrigatoriedade imposta às escolas privadas para ao atendimento adequado e inclusivo das pessoas com deficiência trará, para aqueles estabelecimentos, custos que provocarão o encerramento das atividades de muitas instituições, o que constitui ofensa aos dispositivos constitucionais invocados como fundamentos do requerimento formulado. Ainda, houve pedido de concessão de medida cautelar para a suspensão da eficácia dos artigos atacados.

Após vieram prestação de informações pelos Presidentes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal e da Presidente da República, a respeito da regularidade do processo legislativo daquele diploma legal, da sintonia entre o Estatuto da Pessoa com Deficiência com as normas de Direito Internacional estabelecidas na Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, bem como da importância social do Estatuto que dá relevância jurídica aos direitos desse segmento da população e estabelece mecanismos

de proteção de seus direitos fundamentais, entre os quais destaca-se a educação, objeto desta ação.

Houve manifestação da Advocacia Geral da União pelo indeferimento da medida cautelas e foram admitidos como *amici curiae* a Federação Nacional das Apaes (FENAPAES), a Federação Brasileira das Associações de Síndrome de Down (FBASD), a Associação Nacional do Ministério Público de Defesa dos Direitos dos Idosos e Pessoas com Deficiência (AM-PID), o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB), a Associação Brasileira para a Ação por Direitos das Pessoas com Autismo (ABRAÇA), a Defensoria Pública do Estado de São Paulo (DPSP), o Movimento de Ação e Inovação Social (MAIS), o Movimento Down, a Organização Nacional de Cegos do Brasil (ONCB) e a Federação das Fraternidades Cristãs de Pessoas com Deficiência do Brasil (FDC/BR).

O pedido de medida cautelar foi indeferido, decisão que foi objeto de agravo e, suspenso o julgamento do referido pedido, foi acolhido pelo Plenário a conversão do julgamento do referendo em medida cautelar em julgamento de mérito.

2 A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF)

A decisão do STF indeferiu o pedido de declaração de inconstitucionalidade formulado com os seguintes argumentos: a Lei nº 13.146/2015 realiza o princípio fundamental do Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º, caput), bem como o do pluralismo (CF, art. 1º, V). Ainda, confirma a adequação da legislação nacional com a Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, na medida que a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, nos termos preconizados no art. 3º do Texto Constitucional será possível apenas com o convívio “com a diferença e com o seu necessário acolhimento”^{1*}.

¹ * ADI 5357/DF. Disponível em: <file:///C:/Users/Cristina/Downloads/texto_310709378.pdf>.

Para indicar de modo claro o entendimento do STF a respeito da questão, convém relatar os argumentos utilizados pelo Ministro Edson Fachin, relator desta Ação, para indeferir o pedido de medida cautelar, a partir dos quais fica claro o entendimento daquela Corte em relação ao cumprimento dos princípios constitucionais pela criação e vigência do Estatuto da Pessoa com Deficiência:

Explico: essa atuação não apenas diz respeito à inclusão das pessoas com deficiência, mas também, em perspectiva inversa, refere-se ao direito de todos os demais cidadãos ao acesso a uma arena democrática plural. A pluralidade - de pessoas, credos, ideologias, etc. - é elemento essencial da democracia e da vida democrática em comunidade. Nessa toada, a Constituição da República prevê em diversos dispositivos a proteção da pessoa com deficiência, conforme se verifica nos artigos 7º, XXXI, 23, II, 24, XIV, 37, VIII, 40, § 4º, I, 201, § 1º, 203, IV e V, 208, III, 227, § 1º, II, e § 2º, e 244.

Dos argumentos expendidos na decisão em comento verifica-se a interpretação oposta dada aos dispositivos constitucionais e legais a respeito do tema pela Suprema Corte e o Autor, representante de instituições que, por concessão ou delegação do Poder Público, prestam um serviço público que se caracteriza como direito fundamental social.

Cumprе esclarecer que foi aberta divergência pelo Ministro Marco Aurélio, para entender a constitucionalidade da interpretação de que é constitucional o entendimento de que deve haver planejamento para que a iniciativa privada atenda aos requisitos e situações contidos nos artigos analisados.

3. ANÁLISE DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Feitas as considerações necessárias ao conhecimento dos argumentos expendidos por Autor e Tribunal em relação à realização do direito à educação para as pessoas com deficiência em estabelecimentos privados de ensino é possível

analisar a situação colocada para consideração no que diz respeito à constitucionalidade da disciplina dada ao tema pela legislação, a partir dos princípios constitucionais invocados tanto na inicial quanto na decisão, bem como das condições sociais e econômicas determinantes para a elaboração da legislação e sua interpretação.

O Estado Democrático de Direito, conforme já referido, estabelecido como princípio fundamental do Estado no art. 1º *caput* da Constituição. Anthony Giddens e Philip W. Sutton² definem democracia³ como “Sistema político que viabiliza a participação dos cidadãos no processo de tomada de decisões políticas, diretamente ou por meio da eleição de representantes políticos”.

De acordo com Alf Ross⁴, o termo democracia pode ser utilizado, também, para designar situações a partir de seu conteúdo: é o caso da democracia econômica ou verdadeira, que tem como objetivo nivelar os privilégios e desigualdades econômicas resultantes da diferença entre classes, em favor

² GUIDDENS, Anthony; SUTTON, Philip W. **Conceitos essenciais da Sociologia**. São Paulo: UNESP, 2015, p. 315.

³ Nas grandes democracias ocidentais o poder do povo se expressa no voto direto, através do qual os cidadãos elegem seus representantes dos poderes Legislativo e Executivo para defender os seus interesses e através da decisão do próprio titular do poder, através do plebiscito, referendo e outros meios. Quanto ao modo de exercício a democracia pode ser direta, quando o próprio povo delibera e executa o poder; indireta, também chamada representativa, em que o corpo político escolhe os representantes que, por ele, exercitarão o poder; e semidireta ou mista, em que se combinam elementos das modalidades anteriores. A democracia apresenta modalidades, a saber: cristã, (conservadora, e direitista não radical); industrial (participação dos operários nos destinos da empresa); liberal (abstenção da intervenção estatal na ordem econômica e social); social; (redistribuidora da renda nacional); representativa (poder do voto); e popular (sem classes ou socialista) SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 485.

⁴ ROSS, Alf. ¿Por que Democracia? Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p. 84.

dos menos favorecidos. Também pode ser empregado para referir uma atitude, um modo de vida relacionado não apenas às situações de caráter político e econômico mas, também, às relações internacionais, à vida familiar, à educação dos filhos, ou seja em todas as relações sociais⁵.

No que se refere à democracia política, o autor⁶ entende que,

A Democracia é comumente definida como a forma de governo em que o poder político (soberania) pertence como direito a toda a população e não apenas a uma pessoa singular ou grupo específico e limitado de pessoas. Esta definição sofre de falta de clareza. Note-se que, os atos cruciais para a democracia não são mencionados e descritos.

No que se refere ao Estado Democrático de Direito, conforme estabelecido pela Constituição de 1988, entende José Afonso da Silva⁷ que o fato de o art. 1º *caput* da Constituição de 1988 afirmar que “A República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito [...] exprime juízo afirmativo e de existência [...] diz, ao mesmo tempo, com o tipo de Estado e com o regime adotado”.

Ainda de acordo com o autor⁸, “A configuração do Estado Democrático de Direito consiste na criação de um novo conceito, uma vez que diz respeito ao fundamento do Estado e não à sua organização. Qualifica o Estado, o que importa na fundamentação nos valores da democracia”.

No que se refere ao princípio do pluralismo político, conforme Nilo Pereira Pinto Júnior⁹:

⁵ Ibid., p. 83.

⁶ Ibid.

⁷ SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 32.

⁸ Idem. O Estado Democrático de Direito, in **Revista dos Tribunais**, vol. 635/1988, p. 7/13.

⁹ PINTO Júnior. Nilo Peçanha. **O Princípio do Pluralismo Político e a Constituição Federal**. Disponível em: <http://www.tre-rs.gov.br/arquivos/Pinto_junior_O_principio.PDF>.

[...] busca-se em seguida fundamentar o pluralismo político como uma espécie do gênero pluralismo, este como uma decorrência da democracia que tem como escudo a diversidade e as liberdades, devendo estas ser respeitadas pelos diversos grupos que detêm uma parcela de poder. Assim, o fracionamento do poder em grupos independentes não significa a fragilidade da soberania, mas a sua unificação através da vontade política comum e una, não obstante o estado ser divisível. As características do pluralismo político são externadas pela liberdade de associação, possibilidade de participação nas deliberações de poder e a existência de consensos sociais mínimos de cunho axiológicos. O pluralismo é visto como um direito à diferença e este se trata de um direito fundamental intrínseco ao conceito de dignidade humana, ou seja, um direito ao respeito e à tolerância de, em hipótese alguma, ser discriminado pelo fato de ser diferente ou adotar uma filosofia de vida, reverenciado-se a peculiaridade de cada indivíduo.

A respeito da importância do fato de considerar e atender a todos os segmentos da população para a realização desse princípio, entende o autor¹⁰ que:

Com relação à Constituição Brasileira, nota-se que houve uma preocupação ao adotar o pluralismo político, considerando os variados aspectos sociológicos e culturais do nosso país, como a recepção em nosso território das variadas etnias de todo o mundo. Com isso, o aparecimento da multiplicidade cultural trazida pelos nativos indígenas, africanos, dos europeus e dos imigrantes, inclusive orientais. Outrossim, não havia como reunir de forma harmoniosa tanta diversidade sem um regime 1. Artigo apresentado ao Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Orientador: Professor Doutor Edilson Nobre Pereira Júnior. centrado no respeito à diferença de cada um, além do mais deve se considerar ainda a miscigenação, pois a sociedade plural exige a possibilidade de representação de todos, inclusive das minorias.

¹⁰ Idem.

Finalmente, é importante lembrar que a educação é direito fundamental social, cujo acesso deve ser garantido a todos, conforme estabelecido pelo art. 206, I da Constituição que, além das características típicas dos direitos fundamentais possui traços característicos relacionados à sua condição de direito social que, conforme José Reinaldo de Lima Lopes¹¹:

[...]não são fruíveis ou exequíveis individualmente. Não quer isto dizer que juridicamente não possam, em determinadas circunstâncias, ser exigidos como se exigem judicialmente outros direitos subjetivos. Mas, de regra, dependem para sua eficácia, de atuação do Executivo e do Legislativo por terem o caráter de generalidade e publicidade. Assim é o caso da *educação pública*, da *saúde pública*, dos serviços de *segurança e justiça*, do direito a um *meio ambiente* sadio, o *lazer*, a *assistência aos desamparados*, a “ [...]

Especialmente em relação à educação, de acordo com a *Observación General 13 – El derecho a la educación (artículo 13)*¹², da Organização das Nações Unidas (ONU) são características desse direito a disponibilidade, acessibilidade material, acessibilidade econômica, aceitabilidade e adaptabilidade.

A disponibilidade¹⁴ relaciona-se com a existência de programas de ensino em quantidade suficiente para o atendimento da população, ou seja, a disponibilidade. Conforme o documento:

¹¹ LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito. In **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça**: São Paulo: Malheiros, 1994, p. 129.

¹² *Observación General 13 – El derecho a la educación (artículo 13)*. Disponível em: <<http://www.escri-net.org/es/docs/i/428712>>

¹³ A respeito, ver **Manual Direito Humano à Educação**, p. 24. Disponível em: <http://www.direitoaeducacao.org.br/wpcontent/uploads/2011/12/manual_dhaaeducacao_2011.pdf>

¹⁴ *Observación General 13 – El derecho a la educación (artículo 13)*. Disponível em: <<http://www.escri-net.org/es/docs/i/428712>>

As condições para que funcionem dependem de inúmeros fatores, entre outros, o contexto de desenvolvimento em que atuam; por exemplo, instituições e programas provavelmente necessitam de edifícios ou outra proteção contra os elementos, instalações sanitárias para ambos os sexos, água potável, professores qualificados salários competitivos, materiais de ensino etc.; alguns também exigem bibliotecas, serviços de informática, tecnologia da informação etc.

É possível relacionar essa característica com o princípio estabelecido no inciso I do art. 206 do Texto Constitucional, que trata da igualdade de condições para o acesso e permanência na escola, ou seja, a educação gratuita deve estar à disposição da população.

Em relação à educação infantil já existem decisões do STF¹⁵, que garantem o exercício deste direito por crianças entre 0 (zero) e 4 (quatro) anos, embora vários municípios não garantam a toda a população o acesso à educação pública infantil. Sabemos que a educação, nos termos do art. 206, III, também está aberta à atuação da iniciativa privada. Cabe ao Estado responder pela realização deste direito como principal prestador e à iniciativa privada atuação em caráter subsidiário.

A segunda, a acessibilidade, diz respeito ao acesso indiscriminado da população à educação. Esta situação divide-se em três dimensões: a não discriminação, aqui já referida, a acessibilidade material, que significa o acesso de todos, preferencialmente aos vulneráveis tanto sob o aspecto social quanto o jurídico e a acessibilidade econômica, que se realiza pela universalização do acesso.

A aceitabilidade, terceiro aspecto desse direito, trata dos aspectos materiais e formais da educação, uma vez que, conforme o documento¹⁶,

¹⁵ Ver: HC 100333, Informativo STF 632 e AI 677274, Informativo STF 520.

¹⁶ *Observación General 13 – El derecho a la educación (artículo 13)*. Disponível em: <<http://www.escri-net.org/es/docs/i/428712>>

A forma e o conteúdo da educação, incluindo os currículos e métodos de ensino, devem ser aceitáveis (por exemplo, relevantes, culturalmente adequados e de boa qualidade) para estudantes e, se for o caso, seus pais; isso é assunto para os objectivos da educação que se refere o parágrafo 1 do artigo 13 e os padrões mínimos aprovados pelo Estado na educação (ver parágrafos 3 e 4 do artigo 13).

A adaptabilidade significa que a educação deve ser flexível de forma a se adaptar às necessidades da sociedade e comunidade em transformação, e responder a esta demanda, além de integrar alunos de contextos sociais, culturais e econômicos diversos¹⁷.

Diante do exposto, podemos verificar que não há fundamento no requerimento para reconhecimento da inconstitucionalidade dos dispositivos legais do Estatuto da Pessoa com Deficiência nos moldes arguidos na Ação objeto desta análise.

Além dos argumentos suscitados na decisão de mérito e naquela que indeferiu o pedido de medida cautelar é importante frisar que a educação, por ser direito fundamental, quando prestada por pessoas jurídicas de direito privado deve ser realizada conforme as disposições constitucionais e legais que a disciplinam, não sendo razoável supor ou arguir que o custo financeiro necessário inviabilize a atividade do prestador de serviço, de modo a justificar o pedido de reconhecimento de inconstitucionalidade da norma reconhecedora de direitos de segmento da população, reconhecidamente, vulnerável.

REFERÊNCIAS

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5357/DF**. Disponível em:

≤file:///C:/Users/Cristina/Downloads/texto_310709378%20(1).pdf. ≥ Acesso em: 19/03/2017.

GUIDDENS, Anthony; SUTTON, Philip W. **Conceitos essenciais da Sociologia**. São Paulo: UNESP, 2015

¹⁷ *Observación General 13 – El derecho a la educación (artículo 13)*. Disponível em: ≤http://www.escri-net.org/es/docs/i/428712≥

PINTO JÚNIOR. Nilo Peçanha. **O Princípio do Pluralismo Político e a Constituição Federal.**

Disponível em: <http://www.tre-rs.gov.br/arquivos/Pinto_junior_O_principio.PDF>. Acesso em: 19/3/2017.

ROSS, Alf. ¿Por que Democracia? Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico.** 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição.** São Paulo: Malheiros, 2006, p. 32.

ORGANIZAÇÕES DAS NAÇÕES UNIDAS. **Observación General 13 - El derecho a la educación** (artículo 13). Disponível em: <<http://www.es.cr-net.org/es/docs/i/428712>> Acesso em: 14.nov.2014

ADI 5357 MC-Ref/DF-DISTRITOFEDERAL

REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Relator(a): Min. EDSON FACHIN

Julgamento: 09/06/2016

Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Publicação

PROCESSO ELETRÔNICO - DJe-240 DIVULG 10-11-2016 PUBLIC 11-11-2016

Parte(s)

REQTE. (S): CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS ESTABELECIMENTOS DE ENSINO - CONFENEN

ADV.(A/S): RICARDO ADOLPHO BORGES DE ALBUQUERQUE

INTDO. (A/S): PRESIDENTE DA REPÚBLICA

PROC.(A/S) (ES): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

INTDO. (A/S): PRESIDENTE DO CONGRESSO NACIONAL

PROC.(A/S) (ES): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

AM. CURIAE: FEDERAÇÃO NACIONAL DAS APAES - FENAPAES

ADV.(A/S): ROSANGELA WOLFF DE QUADROS MORO

AM. CURIAE: FEDERAÇÃO BRASILEIRA DAS ASSOCIAÇÕES DE SÍNDROME DE DOWN - FBASD

ADV.(A/S): JOELSON DIAS E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE DEFESA DOS DIREITOS DOS IDOSOS E PESSOAS COM DEFICIÊNCIA - AMPID

ADV.(A/S): CLAUDIA GRABOIS DISCHON

AM. CURIAE: CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL

ADV.(A/S): MARCUS VINICIUS FURTADO COELHO

AM. CURIAE: ASSOCIACAO BRASILEIRA PARA A ACAO POR DIREITOS DAS

PESSOAS COM AUTISMO (ABRACA)

ADV.(A/S): EDUARDO SZAZI E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE: DEFENSORIA PUBLICA DO ESTADO DE SAO PAULO

ADV.(A/S): DEFENSOR PUBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

AM. CURIAE: ASSOCIAÇÃO MOVIMENTO DE AÇÃO E INOVAÇÃO SOCIAL
- MAIS

ADV.(A/S): CARLOS DAVID ALBUQUERQUE BRAGA E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE: ORGANIZAÇÃO NACIONAL DE CEGOS DO BRASIL - ONCB-
-BRASIL

ADV.(A/S): CAIO SILVA DE SOUSA

AM. CURIAE: FEDERACAO DAS FRATERNIDADES CRISTAS DE PESSOAS
COM DEFICIENCIA DO BRASIL FCD/BR

ADV.(A/S): ARNALDO FERNANDES NOGUEIRA E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. ORGANIZAÇÃO NACIONAL DE ENTIDADES DE DEFICIENTES
FÍSICOS NO BRASIL - ONEDEF

ADV.(A/S): PAULO ROBERTO IOTTI VECCHIATTI

AM. CURIAE. ASSOCIAÇÃO DE PAIS, AMIGOS E PESSOAS COM DEFICI-
ÊNCIA, DE FUNCIONÁRIOS DO BANCO DO BRASIL E DA COMUNIDADE
- APABB

ADV.(A/S): JOÃO ADILBERTO PEREIRA XAVIER

AM. CURIAE. FEDERAÇÃO NACIONAL DAS ASSOCIAÇÕES PESTALOZZI

ADV.(A/S): JOAQUIM SANTANA NETO

Ementa

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 DA MEDIDA CAUTELAR. CONSTITUCIONALIDADE DA LEI 13.146/2015 (arts. 28, § 1º e 30, caput, da Lei nº 13.146/2015). 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. Nessa toada, a Constituição da República prevê em

diversos dispositivos a proteção da pessoa com deficiência, conforme se verifica nos artigos 7º, XXXI, 23, II, 24, XIV, 37, VIII, 40, § 4º, I, 201, § 1º, 203, IV e V, 208, III, 227, § 1º, II, e § 2º, e 244. 4. Pluralidade e igualdade são duas faces da mesma moeda. O respeito à pluralidade não prescinde do respeito ao princípio da igualdade. E na atual quadra histórica, uma leitura focada tão somente em seu aspecto formal não satisfaz a completude que exige o princípio. Assim, a igualdade não se esgota com a previsão normativa de acesso igualitário a bens jurídicos, mas engloba também a previsão normativa de medidas que efetivamente possibilitem tal acesso e sua efetivação concreta. 5. O enclausuramento em face do diferente furta o colorido da vivência cotidiana, privando-nos da estupefação diante do que se coloca como novo, como diferente. 6. É somente com o convívio com a diferença e com o seu necessário acolhimento que pode haver a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, em que o bem de todos seja promovido sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (Art. 3º, I e IV, CRFB). 7. A Lei nº 13.146/2015 indica assumir o compromisso ético de acolhimento e pluralidade democrática adotados pela Constituição ao exigir que não apenas as escolas públicas, mas também as particulares deverão pautar sua atuação educacional a partir de todas as facetas e potencialidades que o direito fundamental à educação possui e que são densificadas em seu Capítulo IV. 8. Medida cautelar indeferida. 9. Conversão do julgamento do referendo do indeferimento da cautelar, por unanimidade, em julgamento definitivo de mérito, julgando, por maioria e nos termos do Voto do Min. Relator Edson Fachin, improcedente a presente ação direta de inconstitucionalidade.

DECISÃO

O Tribunal, por unanimidade, acolheu o pedido de adiamento formulado pela requerente Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino - CONFENEN.

Ausentes, justificadamente, os Ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes e, nesta assentada, o Ministro Ricardo Lewandowski (Presidente). Presidência da Ministra Cármen Lúcia (Vice-Presidente). Plenário, 10.03.2016. Decisão: O Tribunal, por unanimidade, deliberou converter o julgamento do referendo da cautelar em julgamento de mérito, julgando, por maioria, improcedente a ação direta, vencido, no ponto, o Ministro Marco Aurélio, que a julgava parcialmente procedente, tudo nos termos do voto do Relator. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Falaram, pela requerente Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino - CONFENEN, o Dr. Roberto Geraldo de Paiva Dornas; pela Advocacia-Geral da União, a Dra. Grace Maria Fernandes Mendonça, Secretária-Geral de Contencioso; pelo amicus curiae Federação Nacional das Apaes - FENAPAES, a Dra. Rosângela Wolff Moro; pelo amicus curiae Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil o Dr. Oswaldo Pinheiro Ribeiro Júnior, e, pelo Ministério Público Federal, a Dra. Ela Wiecko Volkmer de Castilho, Vice-Procuradora-Geral da República. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 09.06.2016.

INDEXAÇÃO

- NECESSIDADE, ESTADO BRASILEIRO, IMPLEMENTAÇÃO, PARTICIPAÇÃO, PORTADOR DE DEFICIÊNCIA, IGUALDADE DE OPORTUNIDADES, SISTEMA DE ENSINO, COMUNIDADE. IMPOSSIBILIDADE, LIMITAÇÃO, ENSINO, ESTABELECIMENTO PÚBLICO, PORTADOR DE DEFICIÊNCIA. OBRIGATORIEDADE, INSERÇÃO, PORTADOR DE DEFICIÊNCIA, ESCOLA PARTICULAR, AUSÊNCIA, CUSTO, ADICIONAL, MENSALIDADE, ANUIDADE, MATRÍCULA. ATENDIMENTO, ESTADO BRASILEIRO, COMPROMISSO, ÂMBITO INTERNACIONAL, PROTEÇÃO, AMPLIAÇÃO, DIREITO FUNDAMENTAL, PORTADOR DE DEFICIÊNCIA, CONFORMIDADE, LEI IMPUGNADA. NECESSIDADE, ADEQUAÇÃO, INSTITUIÇÃO PRIVADA, ACOLHIMENTO, PORTADOR DE DEFICIÊNCIA, FINALIDADE, SUPERAÇÃO, OBSTÁCULO. POSSIBILIDADE, PERIGO DE DANO INVERSO, CONCESSÃO, MEDIDA CAUTELAR.

- FUNDAMENTAÇÃO COMPLEMENTAR, MIN. ROBERTO BARROSO: PREVISÃO, LEI, IMPORTÂNCIA, IGUALDADE, RECONHECIMENTO, MINORIA, INCLUSÃO, PORTADOR DE DEFICIÊNCIA.

- FUNDAMENTAÇÃO COMPLEMENTAR, MIN. TEORI ZAVASCKI: NECESSIDADE, CONVIVÊNCIA, ESCOLA, CRIANÇA, PORTADOR DE DEFICIÊNCIA, CRIANÇA, AUSÊNCIA, DEFICIÊNCIA FÍSICA, FUNDAMENTO, HUMANIDADE.

- FUNDAMENTAÇÃO COMPLEMENTAR, MIN. ROSA WEBER: NECESSIDADE, PARTICIPAÇÃO, PORTADOR DE DEFICIÊNCIA, SOCIEDADE, IGUALDADE DE OPORTUNIDADES. NECESSIDADE, DIVISÃO, CUSTO, IMPLEMENTAÇÃO, ACESSO À EDUCAÇÃO, PORTADOR DE DEFICIÊNCIA, INDEPENDÊNCIA, UTILIZAÇÃO, BENEFÍCIO, TOTALIDADE, ESTUDANTE. INEXISTÊNCIA, EXCLUSIVIDADE, OBRIGAÇÃO, ESTADO BRASILEIRO, ATENDIMENTO, PORTADOR DE DEFICIÊNCIA. CONFIGURAÇÃO, DEVER, INSTITUIÇÃO DE ENSINO, OFERECIMENTO, ACESSO À EDUCAÇÃO, EFETIVAÇÃO, MATRÍCULA, CRIANÇA, ADOLESCENTE, JOVEM, PORTADOR DE DEFICIÊNCIA.

- FUNDAMENTAÇÃO COMPLEMENTAR, MIN. LUIZ FUX: NECESSIDADE, PARTICIPAÇÃO, SOCIEDADE, ESCOLA PARTICULAR, EFETIVAÇÃO, DIREITO FUNDAMENTAL, EDUCAÇÃO, PORTADOR DE DEFICIÊNCIA. INCOMPATIBILIDADE, PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, PRECONCEITO.

- FUNDAMENTAÇÃO COMPLEMENTAR, MIN. CÁRMEN LÚCIA: POSSIBILIDADE, EXIGÊNCIA, PRESTADOR DE SERVIÇO PÚBLICO, SOCIEDADE, PRESERVAÇÃO, PRINCÍPIO DA MÁXIMA EFETIVIDADE, CONSTITUIÇÃO FEDERAL, FUNDAMENTO, PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE. APLICABILIDADE, PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE, BEM ESTAR SOCIAL, CONTRAPOSIÇÃO, PRINCÍPIO DA LIVRE INICIATIVA, PRINCÍPIO DA PROPRIEDADE PRIVADA, PRINCÍPIO DA LIVRE CONCORRÊNCIA. POSSIBILIDADE, CONDICIONAMENTO, ATUAÇÃO, PARTICULAR, CUMPRIMENTO, LEI DE DIRETRIZES E BASES DA EDUCAÇÃO NACIONAL (LDB), FUNÇÃO SOCIAL, FUNDAMENTO, CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

- FUNDAMENTAÇÃO COMPLEMENTAR, MIN. RICARDO LEWANDOWSKI: CONSIDERAÇÃO, DIREITO FUNDAMENTAL, OBRIGAÇÃO, ESTADO BRASILEIRO, PARTICULAR. NECESSIDADE, OBSERVÂNCIA, ESCOLA PARTICULAR, DEVER CONSTITUCIONAL, INCLUSÃO, PRESERVAÇÃO, IGUALDADE, CARÁTER MATERIAL.
- VOTO VENCIDO, MIN. MARCO AURÉLIO: PROVIMENTO PARCIAL, AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. IMPOSSIBILIDADE, IMPOSIÇÃO, INICIATIVA PRIVADA, MULTIPLICIDADE, PROVIDÊNCIA, SISTEMA DE ENSINO. NECESSIDADE, INTERVENÇÃO MÍNIMA, PODER PÚBLICO, ATIVIDADE ECONÔMICA. CONFIGURAÇÃO, EDUCAÇÃO, DEVER, PODER PÚBLICO, INICIATIVA PRIVADA, CARÁTER SUBSIDIÁRIO. CONSIDERAÇÃO, CONVENÇÃO INTERNACIONAL, EMENDA CONSTITUCIONAL, CASO CONCRETO.
- OBITER DICTUM, MIN. GILMAR MENDES: NECESSIDADE, IMPLEMENTAÇÃO, REGRA DE TRANSIÇÃO, FUNDAMENTO, DIFICULDADE, APLICAÇÃO IMEDIATA, LEI. RISCO, CRIAÇÃO, LEGISLAÇÃO SIMBÓLICA, AUSÊNCIA, PREPARAÇÃO, MECANISMO, EFETIVAÇÃO, LEI. APROVAÇÃO, CONVENÇÃO, FORMA, EMENDA CONSTITUCIONAL 45 DE 2004. NECESSIDADE, ACOMPANHAMENTO, MUDANÇA, SISTEMA DE ENSINO.
- TERMO(S) DE RESGATE: LEGISLAÇÃO SIMBÓLICA.

LEGISLAÇÃO

LEG-FED CF ANO-1988
ART-00001 ART-00003 INC-00001 INC-00004
ART-00005 “CAPUT” INC-00022 INC-00023
INC-00054 PAR-00003 ART-00007 INC-00031
ART-00023 INC-00002 ART-00024 INC-00014
ART-00037 INC-00008 ART-00040 PAR-00004
INC-00001 ART-00170 INC-00002 INC-00003
ART-00174 ART-00201 PAR-00001 ART-00203
INC-00004 INC-00005 ART-00205 ART-00206
“CAPUT” INC-00002 INC-00003 ART-00208
“CAPUT” INC-00001 INC-00003 ART-00209
INC-00001 INC-00002 ART-00227 “CAPUT”
PAR-00001 INC-00002 PAR-00002 ART-00244

CF-1988 CONSTITUIÇÃO FEDERAL
LEG-FED EMC-000045 ANO-2004
EMENDA CONSTITUCIONAL
LEG-FED LEI-009394 ANO-1996
ART-00058 PAR-00001 PAR-00002 PAR-00003
ART-00059 INC-00001 INC-00002 INC-00003
INC-00004 INC-00005 ART-00060 PAR-ÚNICO
CAPÍTULO-4
LDBEN-1996 LEI DE DIRETRIZES E BASES DA EDUCAÇÃO NACIONAL
LEG-FED LEI-009868 ANO-1999
ART-00010
LEI ORDINÁRIA
LEG-FED LEI-013146 ANO-2015
ART-00028 INC-00001 PAR-00001 ART-00030
“CAPUT” ART-00127
LEI ORDINÁRIA
LEG-FED DEL-003689 ANO-1941
ART-00068
CPP-1941 CÓDIGO DE PROCESSO PENAL
LEG-FED DLG-000198 ANO-2001
DECRETO LEGISLATIVO - APROVA A CONVENÇÃO INTERAMERICANA PARA A ELIMINAÇÃO DE TODAS AS FORMAS DE DISCRIMINAÇÃO CONTRA AS PESSOAS PORTADORAS DE DEFICIÊNCIA
LEG-FED DLG-000186 ANO-2008
DECRETO LEGISLATIVO - APROVA A CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E SEU PROTOCOLO FACULTATIVO, ASSINADOS EM NOVA YORK, EM 30 DE MARÇO DE 2007
LEG-FED DEC-003956 ANO-2001
DECRETO - PROMULGA A CONVENÇÃO INTERAMERICANA PARA A ELIMINAÇÃO DE TODAS AS FORMAS DE DISCRIMINAÇÃO CONTRA AS PESSOAS PORTADORAS DE DEFICIÊNCIA
LEG-FED DEC-006949 ANO-2009
ART-00001
DECRETO - PROMULGA A CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E SEU PROTOCOLO FACULTATIVO, AS-

SINADOS EM NOVA YORK, EM 30 DE MARÇO DE 2007
LEG-FED RES-000002 ANO-2001
ART-00002 ART-00017
RESOLUÇÃO DA CÂMARA DA EDUCAÇÃO BÁSICA DO
CONSELHO NACIONAL DE EDUCAÇÃO - CNE/CEB
LEG-FED RGI ANO-1980
ART-00021 INC-00005
RISTF-1980 REGIMENTO INTERNO DO SUPREMO TRI-
BUNAL FEDERAL
LEG-FED PRC-000017 ANO-2001
PARECER DA CÂMARA DA EDUCAÇÃO BÁSICA DO
CONSELHO NACIONAL DE EDUCAÇÃO - CNE/CEB
LEG-INT CVC ANO-1999
CONVENÇÃO INTERAMERICANA PARA A ELIMINAÇÃO
DE TODAS AS FORMAS DE DISCRIMINAÇÃO CONTRA
AS PESSOAS PORTADORAS DE DEFICIÊNCIA
LEG-INT CVC ANO-2007
ART-00002 ART-00024 NÚMERO-1
CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS
DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E SEU PROTOCOLO
FACULTATIVO, ASSINADOS EM NOVA YORK, EM 30
DE MARÇO DE 2007

OBSERVAÇÃO

- Acórdão(s) citado(s):

(LEGITIMIDADE, ADI)

ADI 1007 (TP), ADI 1266 (TP), ADI 1472 (TP), ADI 2448
(TP), ADI 3330 (TP), ADI 3710 (TP).

(ADI, INSERÇÃO, PORTADOR DE DEFICIÊNCIA, SO-
CIEDADE)

ADI 903 (TP), RE 241757 AgR (2ªT), MI 1885 AgR (TP),
RMS 32732 AgR (2ªT), MS 31695 AgR (2ªT), MI 6326
AgR (TP), RE 855573 AgR (1ªT), ARE 850154 AgR (2ªT),
ARE 860979 AgR (2ªT), ARE 863187 AgR (1ªT), ARE
863596 AgR (1ªT), RMS 27710 AgR (TP), ARE 891418
AgR (1ªT), MS 33694 AgR (TP), ARE 903565 AgR (2ªT),
ARE 903216 AgR (1ªT), RE 917802 AgR (2ªT).

(DIREITO FUNDAMENTAL, OBRIGAÇÃO, ESTADO BRA-
SILEIRO, RELAÇÃO PRIVADA)

RE 201819 (2ªT).

(DIREITO, PORTADOR DE DEFICIÊNCIA, CONTRAPO-

SIÇÃO, PRINCÍPIO DA LIVRE INICIATIVA, PRINCÍPIO DA LIVRE CONCORRÊNCIA)

ADI 2649 (TP).

- Veja Declaração de Salamanca, item 3.

Número de páginas: 103.

Análise: 02/12/2016, JSF.

Revisão: 07/12/2016, KBP.

Doutrina

ARAÚJO, Luiz Alberto David. Painel sobre a Proteção das Pessoas com Deficiência no Brasil. A Aparente Insuficiência da Constituição e uma Tentativa de Diagnóstico. In: ROMBOLI, Roberto; ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de (Orgs.). Justiça Constitucional

e

Tutela Jurisdicional dos Direitos Fundamentais. Belo Horizonte: Arraes, 2015. p. 510.

BATISTA, Cristina Abranches Mota e MANTOAN, Maria Teresa Egler. Educação inclusiva: atendimento educacional especializado para a deficiência mental. p. 10. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/seesp/arquivos/pdf/defmental.pdf>. Acesso em: 11. mar. 2016.

BRASIL. Ministério da Educação. Relatório do Parecer da Câmara da Educação Básica do Conselho Nacional de Educação CNE/CEB nº 17/2001 sobre a Educação Especial, 2001. p. 39 e 40.

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

http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=6726-marcos-politicos-legais&Itemid=30192. Acesso em: 11 mar. 2016.

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

http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/pessoa-comdeficiencia/acesso_alunos_ensino_publico_2004. Acesso em: 11 mar. 2016.

BRASIL. Secretaria de Educação Especial/MEC. Diretrizes Nacionais para a Educação Especial na Educação Básica, 2001.

CHUEIRI, Vera Karam de; CÂMARA, H. Direitos Humanos em movimento: migração, refúgio, saudade e hospitalidade. *Revista Direito, Estado e Sociedade* (PUC-RJ), 2014. v. 45, p. 174.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; WYKROTA, Leonardo Martins. Nos Corredores do Direito. In: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. (Coord.) (O) Outro (e)(o) Direito. Belo Horizonte: Arraes, 2015. v. 1. p. 27.

DELORS, Jaques, et al. Educação: um tesouro a descobrir – relatório para a UNESCO da Comissão Internacional sobre Educação para o século XXI. São Paulo: Cortez, 1998. p. 89, 90, 97, 98 e 130.

FONSECA. Ricardo Tadeu Marques da. O conceito revolucionário de Pessoa com Deficiência. Disponível em: http://www2.portoalegre.rs.gov.br/smacis/default.php?reg=4&p_secao=96. Acesso em: 20 jun. 2016.

GONZAGA. Eugênia. Direitos de pessoas com deficiência: garantia e igualdade na diversidade. 3. ed. Rio de Janeiro: WVA Ed, 2012. p. 103.

GUGEL. Maria Aparecida. Pessoas com deficiência e o direito ao concurso público. Disponível em: <http://www.ampid.org.br/v1/wp-content/uploads/2016/06/PESSOAS-COM-DEFICIENCIA-E-O-DIREITO-AO-CONCURSO- P%3%9ABLICO-MARIA-APARECIDAGUGEL-20161.pdf>.

Acesso em: 20 jun.2016.

MAIOR, Izabel de Loureiro. Quem são as pessoas com deficiência: novo conceito trazido pela Convenção da ONU. Disponível em: <http://www.esaoabsp.edu.br/revista/edicao20/data/document.pdf><http://www.esaoabsp.edu.br/revista/edicao20/data/document.pdf>.

Acesso em: 11 mar. 2016.

MALISKA, Marcos Augusto. Comentário ao artigo 208. In: CANOTILHO J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (coords.) Comentário à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/ Almedina, 2013. p. 1971.

SILVA, José Afonso da. Comentário contextual à Constituição. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 795.