



Artigo recebido em 23.05.2018 / Aprovado em 11.09.2018

## TUTELA EFETIVA DOS DIREITOS DOS DEFICIENTES: ANÁLISE A PARTIR DA DECISÃO DA AÇÃO DIRETA DE INCONTITUCIONALIDADE N°5357/2015

## OF THE RIGHTS OF DISABLED PEOPLE: ANALYSIS FROM OF THE ACTION DECISION DIRECT OF UNCONSTITUTIONALITY N ° 5357/2015

Camilla Luise Souza Oliveira<sup>1</sup>

Helen Corrêa Solis Neves<sup>2</sup>

### RESUMO

Este artigo discute sobre os direitos das pessoas com deficiência e o amparo dado pela ordem jurídica vigente no Brasil. Inicia-se com o conceito de pessoa com deficiência mostrando a evolução deste ao longo da história. Desenvolve-se a partir de análise dos principais aspectos de uma decisão do Supremo Tribunal Federal que tutela os interesses sobre a educação deste grupo de cidadãos. Toma-se por base o acórdão proferido pela Suprema Corte e a petição inicial do processo apresentada pela CONFENEN - Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino, finalizando com o conluio de opinião com a decisão destinada ao caso analisado.

**PALAVRAS-CHAVE:** Deficiência; educação; pessoa.

### ABSTRACT

This article discusses about of rights of the persons with disability and the support given by Brazilian legal system. It begins with the concept of person with disability, showing the evolution of this throughout history. It developed from an analyzing the principals aspects of a decision of the Federal Supreme Court what ensuring interests about education of this group of citizens. It's based on the judgment pronounced by the

<sup>1</sup> Discente de Direito do Centro Universitário de Patos de Minas – MG, ORCID ID: 0000-0003-1798-0052. E-mail: camillaluise@hotmail.com

<sup>2</sup> Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Católica de Brasília - UCB. Graduação em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia - UFU Professora de Direito Constitucional do Centro Universitário de Patos de Minas - UNIPAM e do Centro Universitário do Triângulo -UNITRI. E-mail: helensolis@unipam.edu.br.



Supreme Court and the initial petition of the process presented by CONFENEN - National Confederation of Educational Institutions, ending with the collusion of opinion with the decision destined to the case analyzed.

**KEYWORDS:** Deficiency; education; person.

## INTRODUÇÃO

Existe na história inúmeros precedentes relacionados aos muitos preconceitos sofridos pelas pessoas com deficiências, que inclusive eram considerados inúteis à sociedade. Com a evolução da razão humana, os conceitos também se superaram.

Atualmente, pela lei, devem ser concebidos com dignidade e respeito, assim merecem maior proteção em razão das condições especiais que necessitam. Entretanto, ainda existe um arcaísmo histórico-social em não aceitá-los, os colocando à margem da sociedade.

Após a incorporação da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo pelo ordenamento jurídico brasileiro, através de um Decreto (nº 6.949), o poder Legislativo editou a Lei – nº 13.146/2015, para ampliar a proteção concebida pela norma constitucional.

A CONFENEN – Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino buscou, então, através da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5357 de 2015, a declaração de inconstitucionalidade dos artigos 28, §1º e 30, “caput” da Lei nº 13.146/2015 que expressam comandos obrigatórios para as escolas da rede privada. Eis os artigos: § 1º do art. 28, Lei nº 13.146, *in verbis*:

Às 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.

E “caput” do art.30, Lei nº 13.146:

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.

A construção deste trabalho se deu em razão de um questionamento feito à Suprema Corte Brasileira que teve que se posicionar. A Corte teve, então, que levar ao plenário o julgamento sobre a obrigatoriedade de inclusão das pessoas com deficiência em escolas privadas.

O grande debate se relaciona às obrigações que a CONFENEN diz serem atribuídas pelo Estado, que, em verdade, seriam inerentes à este e não passíveis de transferência ou cessão, tanto para as escolas particulares ou quaisquer outros órgãos de ensino privado. Devendo o ser o próprio Estado promotor de políticas públicas para se alcançar a plena inclusão.

O objetivo é analisar os argumentos constitucionais que garantem os direitos das pessoas com deficiência de inclusão no meio educacional, a partir de estudo da decisão sobre o tema, pelo Supremo Tribunal Federal e os argumentos colacionados pelas partes na ADI nº5357.

Elucida-se tanto os argumentos favoráveis às pessoas com deficiência afim de demonstrar os direitos que possuem, como também os argumentos expostos na inicial da ação para que fosse extinta a obrigação por parte das escolas de incluírem tais pessoas. Esses argumentos são expostos, pois desencadearam todo o debate acerca deste tema – direitos das pessoas com deficiência.

A esquematização da análise da ação julgada, inicia-se pelo conceito de pessoa com deficiência. Logo após elenca-se diversos dispositivos envolvendo toda a hierarquia do ordenamento, a começar pela Carta Magna e perpassando entre Leis Infraconstitucionais e correlacionando com a Convenção Internacional de Direitos



Humanos, acrescentada por rito de Emenda à Constituição e incorporada com força normativa.

Serão discutidos os argumentos usados pelo Relator da ADI – Edson Fachin e exposição dos fundamentos da CONFENEN, afim de que se possa chegar à decisão da Suprema Corte, entendendo os argumentos refutados e os que foram acatados, para melhor compreender o teor e motivos da decisão, tal qual como foi concedida.

Para o desenvolvimento do artigo foi utilizada pesquisa webliográfica através de jurisprudência (julgado da Ação Direta de Inconstitucionalidade), artigos científicos e leis, tais quais, a Constituição, a Lei nº 13.146/2015, o Decreto nº 6.949 e o Código Civil com o objetivo de fundamentar os argumentos, tanto favoráveis quanto os desfavoráveis no desenvolvimento do tema, buscando informações completas e relevantes.

## 1. DOS DEFICIENTES

### 1.1 Evolução etimológica da palavra deficiente

Ao passo que a sociedade humana evoluiu em seus aspectos sociais, culturais e políticos, se torna imperioso a evolução de certos conceitos juntamente com a derrocada de preconceitos. Durante séculos, a humanidade enxergou as pessoas com deficiência como "inválidos", aqueles que eram inúteis, um fardo para as famílias e até mesmo castigo divino, na época em que o cristianismo católico reinava sobre o intelecto humano. Dando um salto na história, já no século XX, época inclusive da elaboração do Código Civil de 1916, a etimologia da palavra deficiente passa a ser "incapaz". Assim torna essas pessoas socialmente úteis, mas ainda incapazes de exercerem sozinhos os atos da vida civil, como era disposto neste Código Civil em seu artigo 5º que tratava do absolutamente incapaz, citando em seus incisos II e III, os loucos de todos os gêneros e os surdos-mudos.

Na disciplina introdutória ao Direito, Psicologia Jurídica, aborda-se a questão dos



manicômios judiciais, que foram criados para tratamento dos considerados doentes mentais criminosos. Esses manicômios não mais existem e caso seja necessário, aplica-se medida de segurança ou internação, no âmbito penal e curatela ou tomada de decisão apoiada, como sanção civil. Na época das décadas de 1960 - 1980, eram utilizadas expressões tais como: defeituosos e excepcionais, o que conferiam aos deficientes exclusão social. Tal fato ocorreu em virtude dos padrões estabelecidos pela sociedade e seus grupos, assim era comum que ocorrer flagrantes de segregação e até mesmo falta de respeito aos deficientes.

O novo Código Civil, no ano de 2002, vigente até os dias atuais, dispõe em seu artigo 3º como absolutamente incapazes os que têm deficiência mental que afeta suas capacidades de discernimento, dessa forma a doutrina e jurisprudência já se posicionam de forma a protegê-los de maneira mais ampla. No ano de 2007, com a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, o termo passa a ser "pessoa com deficiência". O Decreto (6.949/2009) diz em seu artigo 1:

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.

Em 2015, a Lei 13.146 que alterou o Código de Processo Civil, não desfez o Instituto da Interdição, mas abriu maior espaço para o Instituto da Curatela (art. 1.767, CC; 748, CPC e art. 84, Lei 13.146/15) e Tomada de Decisão Apoiada (art. 1.783, CPC e art.116, Lei 13.146/15) dando, portanto, maior importância e valorizando a pessoa em detrimento a qualquer problema físico ou mental. Verifica-se dessa forma uma preocupação do legislador em disciplinar a matéria, afim de tratá-los com maior igualdade. Com todas as mudanças na legislação, é preciso que também se modifique o linguajar usado na denominação do deficiente, cabendo as palavras de Maria Isabel da Silva ao dizer que “para se construir uma sociedade inclusiva é preciso que se passe



pelo cuidado com a linguagem” (apud BOTELHO, 2009, p.4).

## 1.2. Força Constitucional dos Direitos dos Deficientes

A entrada em vigor da Constituição Federal de 1988 trouxe novos paradigmas para o Direito Civil ao quebrar a dicotomia entre público e privado, versando em seus artigos sobre contratos, família e propriedade. Os assuntos citados eram tutelados apenas pelo Código Civil e ao serem inseridos na Constituição da República, são interpretados e aplicados a partir do entendimento do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

De acordo com o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso:

A importância do vínculo da Constituição com os demais sistemas do ordenamento passou a ser premissa em razão do reconhecimento de sua força normativa, do caráter vinculativo e obrigatório de suas disposições. Vale dizer: as normas constitucionais são dotadas de imperatividade. (BARROSO, 2017, p.7).

No ano de 2004, foi aprovada pelo Congresso Nacional, seguindo os ritos previstos no artigo 60, § 3º, CF/88, a Emenda à Constituição de nº 45. Essa Emenda veio modificar alguns artigos da Constituição da República em questão o artigo o art.5º, § 3º, *in verbis*:

Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Assim sabe-se que após a Emenda Constitucional 45/2004, os Tratados Internacionais que versam sobre Direitos Humanos, desde que aprovados com o rito de Emenda, serão equiparados à norma Constitucional.

Após essa Emenda nº 45, em 30 de março de 2007, na cidade de Nova York, foram assinados a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo. E por meio do Decreto nº 6.949, do dia 25 de



agosto de 2009, este Tratado foi incorporado ao Ordenamento Jurídico Brasileiro, sendo aprovado pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 186, dia 9 de julho de 2008, conforme o procedimento do § 3º do art. 5º da Constituição.

Uma vez aprovado por rito de Emenda, passa a integrar o Bloco de Constitucionalidade, conceito que a doutrina criou como parâmetro de controle de constitucionalidade, isto é, verifica-se a constitucionalidade das novas normas não somente pela Constituição, mas também levando em consideração os Tratados consagrados como Emenda. O Bloco de Constitucionalidade busca fazer com que se cumpra a lei na melhor forma possível.

### 1.3 Similitude da Convenção e da Lei 13.146

A partir da vigência do Decreto nº 6.949, viu ser necessária a edição de uma lei infraconstitucional compatibilizando o ordenamento jurídico para ser ainda mais efetiva a tutela dada aos deficientes. Além disso, a lei trouxe algumas definições que não foram por completo superadas na Convenção. Esta é composta por 50 artigos e, tem como princípios norteadores: a autonomia individual, a não discriminação, a participação e a inclusão das pessoas com deficiência na sociedade, a igualdade de oportunidades, o respeito à diferença e a acessibilidade (artigo 3, Convenção). Se o legislador entendeu que seria necessário repetir determinados conceitos, “é porque eles não estavam claros ou não tinham efetividade” (ARAÚJO e FILHO, 2017, p.4). Este é o caso que acontece no artigo segundo da Lei nº 13.146 que guarda grande relação ao artigo 1 da Convenção, pois seu “caput” é quase a repetição deste, como afirmam os autores supracitados.

O mesmo ocorre, por exemplo, com o artigo 4, item 4 da Convenção:

Nenhum dispositivo da presente Convenção afetará quaisquer disposições mais propícias à realização dos direitos das pessoas com deficiência, as quais possam estar contidas na legislação do Estado Parte ou no direito internacional em vigor para esse Estado. Não haverá nenhuma restrição ou derrogação de qualquer dos direitos humanos e liberdades fundamentais reconhecidos ou vigentes em qualquer Estado



Parte à presente Convenção, em conformidade com leis, convenções, regulamentos ou costumes, sob a alegação de que a presente Convenção não reconhece tais direitos e liberdades ou que os reconhece em menor grau. (ARAÚJO e FILHO, 2017, p.5)

E o art. 121 da Lei, que embora não altera, detalha ainda mais:

Os direitos, os prazos e as obrigações previstos nesta Lei não excluem os já estabelecidos em outras legislações, inclusive em pactos, tratados, convenções e declarações internacionais aprovados e promulgados pelo Congresso Nacional, e devem ser aplicados em conformidade com as demais normas internas e acordos internacionais vinculantes sobre a matéria. Parágrafo único: Prevalecerá a norma mais benéfica à pessoa com deficiência.

Desse modo é que começa-se a análise de que não há embate dos textos no ordenamento, visto que o segundo texto, a Lei nº 13.146, apenas complementa a Convenção.

## 2. DOS DOIS LADOS DO CONFLITO

### 2.1. Breve contexto sobre o caso impulsionador

No dia 4 de agosto do ano de 2015, foi ajuizada no Supremo Tribunal Federal, uma Ação Direta de Inconstitucionalidade – nº 5357, argumentando conflito de princípios constitucionais. Os dispositivos impugnados são: § 1º do art. 28, Lei nº 13.146, *in verbis*:

Às instituições privadas, de qualquer nível e modalidade de ensino, aplica-se obrigatoriamente o disposto [...] vedada a cobrança de valores adicionais de qualquer natureza em suas mensalidades, anuidades e matrículas [...].

E “caput” do art.30, Lei nº 13.146: “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”. As medidas estão dispostas nos setes incisos do artigo e dizem respeito ao





atendimento preferencial, inscrição específica de exames em campus específicos, provas que atendam a deficiência, disponibilização de recurso de acessibilidade, maior tempo para o candidato, critérios de avaliação que considerem a condição e tradução em libras. A impugnação dos dispositivos da Lei de Inclusão ocorre especialmente em virtude do adjetivo “privadas”.

O julgamento da referida ADI se deu no dia 09 de julho de 2016 e o Plenário do STF decidiu como constitucionais as normas postas em discussão. Mas essa decisão não foi unânime, há os defensores de alguns fundamentos tais como Dignidade da Pessoa Humana e objetivos da República como promover o bem de todos, construir uma sociedade livre, justa e solidária (princípio da solidariedade). E também há o que defende o princípio da Livre Iniciativa e que não reconhece, nesse caso, o princípio da solidariedade. O único voto a favor da declaração de inconstitucionalidade parcial, foi do Ministro Marco Aurélio. Todos os demais seguiram o voto do Relator Edson Fachin, pela constitucionalidade do artigo de lei em comento.

## 2.2 Posicionamento desfavorável à admissão da ADI

Nessa linha de argumentação, o posicionamento é para que se declare que o artigo 28, § 1º e “caput” do artigo 30 sejam constitucionais. A argumentação se baseia em princípios fundamentais, que dão a ideia de fundamentos da República e sempre devem ser observados, pois constituem a base do ordenamento. Cabe começar citando o artigo 1º da Constituição Federal de 1988 que traz o Princípio Republicano que defende a noção de uma sociedade igual. Em o Espírito das Leis, foram descritas as espécies de governo, e sobre a república afirma-se que “quando, na república, o povo possui o poder soberano, trata-se de uma Democracia” (MONTESQUIEU 2017, p.19), mesmo que seja através de representação. A palavra democracia tem origem grega – *demokratía* - composta por *demos* (povo) e *kratos* (poder), sendo entendido como poder que emana do povo – Art.1º, parágrafo único, CF/88. Nesse sentido, começa-se o embasamento teórico do posicionamento, pois este começa com a noção de igualdade.



Essa ideia de igualdade liga-se ao Princípio do Estado Democrático de Direito (artigo 1º, CF/88). Este traz para dentro do ordenamento a noção de que o Estado precisa garantir o respeito as liberdades, ou melhor, respeitar os direitos tidos como fundamentais. Também dá a ideia de legalidade que vem acompanhada de razoabilidade – princípio de interpretação, que traz encaixe para o caso, uma vez que se trata da interpretação de artigos de um tratado incorporado com força constitucional e fundamento de validade de uma lei infraconstitucional.

Quanto a validade e a fundamentos da Lei nº 13.146, é necessário ressaltar o Princípio da Proporcionalidade, em sua vertente de princípio interpretativo sendo utilizado para que se faça a ponderação entre normas constitucionais. Analisa-se a razoabilidade da justificativa para a limitação do direito, observando os parâmetros considerados subprincípios: Princípio da Adequação que analisa objetivamente a respeito da finalidade, se é adequada à finalidade desejada; Princípio da Necessidade, buscando saber se é o meio de resolução menos gravoso para o ordenamento, focando no método utilizado; e Princípio da Proporcionalidade em sentido estrito de avaliar benefícios e prejuízos, de forma que da limitação deve ser extraído o maior benefício possível. Caso em algum momento da análise, verifique-se que a limitação é abusiva, que o meio não é o menos gravoso ou que não traz tantos benefícios quanto o esperado, então não é uma interpretação razoável.

Diante da necessidade de sopesamento, não pode ser deixada de lado a Teoria da Ponderação de Princípios de Robert Alexy que é entendida como um processo:

Há alguns passos a serem seguidos para se fazer a ponderação. É por isso que consideramos a teoria de Alexy como procedimental: (i) primeiro se investigam e identificam os princípios (valores, direitos, interesses) em conflito, e quanto mais elementos forem trazidos mais correto poderá ser o resultado final da ponderação; (ii) segundo, atribui-se o peso ou importância que lhes corresponda, conforme as circunstâncias do caso concreto; e (iii) por fim, decide-se sobre a prevalência de um deles sobre o outro (ou outros). (AMORIM 2017, p.6).



No caso em discussão, ao falar que os artigos não são constitucionais, a interpretação feita é descompassada da Constituição da República, pois esta consagra como princípios basilares a igualdade, na dimensão material, isto é, a efetiva igualdade de condições e, o mais elementar, a Dignidade da Pessoa Humana. É obrigação de todos, enquanto cidadãos e instituições, respeitar as adversidades e seguir estas normas-princípios. Desse modo, não se compatibiliza o pedido da CONFENEN de eximir-se da responsabilidade de inclusão e de concretizar os direitos dos deficientes, como a igualdade de ensino respeitando as diversidades.

Por ser considerado parâmetro, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, citado acima, requer explicação mais ampla. Como é fundamento da República, implica dizer que a pessoa está no centro das preocupações do Estado, então esta tem que ter seus direitos tutelados da melhor forma possível. Após a Segunda Guerra Mundial, fez-se mister reelaborar, por todo o mundo, as leis, a fim de garantir maior proteção aos direitos das pessoas e também na tentativa de evitar um novo holocausto. A atual presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministra Cármen Lúcia anota que “Contra todas as formas de degradação humana emergiu como imposição do Direito justo o princípio da dignidade da pessoa humana.” (ROCHA, 2017, p.2).

A noção para o Princípio da Dignidade é de conferir o “sentido de que todos são igualmente dignos porque iguais em sua humanidade, em virtude da qual não se admitem preconceitos [...]” (ROCHA 2017, p.7). A Lei 13.146/15 tenta apenas amparar com maior amplitude a proteção aos que já se encontram em posição desfavorecida em razão de suas dificuldades, ou seja, a concretização do sistema positivo. É preciso não que se busque apenas assegurar a igualdade no plano formal, é preciso que seja exteriorizada e que ainda seja capaz de buscar a equidade, dando a cada um o que lhe é devido.



### 2.3. Posicionamento favorável à admissão da ADI

A CONFENEN – Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino, iniciou Ação Direta de Inconstitucionalidade alegando que:

Os artigos citados da lei atacada confrontam direta e literalmente os seguintes dispositivos constitucionais: Art. 5º – caput e incisos XXII e XXIII – (direito de propriedade e sua função social); Art. 170 – incisos II e III – (propriedade privada e III – função social da propriedade); Art. 205 – “educação é dever do Estado e da família”; Art. 206 – caput e incisos II e III – (liberdade de aprender e de ENSINAR; pluralismo de ideias e de CONCEPÇÕES PEDAGÓGICAS, E COEXISTÊNCIA DE INSTITUIÇÕES PÚBLICAS E PRIVADAS); Art. 208 – caput e inciso III – (dever do Estado o atendimento a portador de necessidade especial); Art. 209 – “liberdade de ensino à livre iniciativa”; Art. 227 – dever do Estado e da família, o atendimento já mencionado; Art. 227, § 1º, inciso II – obrigação do Estado, idem. Os dispositivos impugnados violam, ainda, o princípio da razoabilidade extraído do preceito constitucional insculpido no artigo 5º, inciso LIV da CF (...).

Embora o sistema jurídico brasileiro não tenha adotado expressamente ser de ordem econômica capitalista, preceitua no art. 1º os fundamentos da República sendo o inciso IV: os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Este princípio econômico prega a liberdade de criar e gerir seu próprio negócio. Reafirma-o ainda no art. 170: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho e da livre iniciativa...”. Seria esse o fundamento de maior relevância no pedido feito em ADI. Esse princípio é aplicado diretamente na questão do ensino no art. 209 da Constituição, uma vez que a CONFENEN aborda que as atividades podem ser encerradas devido aos voluptuosos investimentos na adequação da escola e baixa procura do serviço. Desse modo, o investimento seria rateado para os demais alunos, aumentando o custo para eles, em virtude da obrigatoriedade da Lei.

Este princípio – da livre iniciativa, atribui a iniciativa privada o papel essencial na produção ou circulação de bens ou serviços, construindo a base da ordem econômica,



sendo incumbência do Estado apenas suplementar, na parte que faltar, pois a Constituição Federal determina que a ele cabe apenas a exploração direta da atividade econômica quando necessária a segurança nacional ou relevante interesse econômico. De forma simplória, o Princípio é baseado pela política não intervencionista do Estado.

Invoca na petição inicial o direito de propriedade, com vistas a propriedade privada e sua função social. Segundo o Código Civil, art. 1.228: “O proprietário tem faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.”. Dessa forma, entende-se que a pretensão é reconhecer que as propriedades que são utilizadas pelas escolas privadas, cumprem o seu papel social pois este é considerado cumprido não só com a geração de empregos, como também com observância aos regulamentos da legislação trabalhista e fiscal, com o pagamento dos devidos tributos exigidos pelo Estado. Ainda complementam com base no art. 186, inc. IV da Constituição que a propriedade deve favorecer os proprietários, sendo que a lei não pode colocar em risco às propriedades que cumpram o dispositivo.

Além destes fundamentos, aponta ainda para responsabilidade exclusiva do Estado proporcionar a educação adequada aos deficientes (art. 208, “caput” e inc. III). Entenderam dessa forma por não reconhecerem a Lei 13.146/15 como concessão ou delegação dos poderes públicos, mas sim como livre para optar suas convicções de crença, bem como valores filosóficos, éticos e morais, além de métodos pedagógicos aplicados. Segundo a Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino:

A escola particular [...], PODE receber o necessitado de cuidados próprios e individualizados, dependendo ainda da natureza, grau e profundidade da dificuldade de cada um. Mas, não tem, constitucionalmente, a OBRIGAÇÃO de aceitá-lo, indiscriminada e genericamente, de qualquer forma e a qualquer um. (CONFENEN, 2017, p.9).

A fim de conferir força e até mesmo veracidade aos fundamentos, é citada na petição inicial a decisão do STF, cuja qual por unanimidade, concedeu liminar na ADIN



1081/94. Nessa ação, a CONFENEN questiona a Medida Provisória nº 534, de 07 de julho de 1994, que determinava, em resumo, o estabelecimento de regras para a conversão das mensalidades escolares nos estabelecimentos de ensino em Unidade Real de Valor (URV) e outras providências, como por exemplo, a obrigação das escolas contratar com todos mesmo que não desejados. Os onze ministros se expressaram no sentido de não obrigar as escolas particulares a contratar ou renovar contrato com quem não quer. Expressando assim a preponderância nesse caso em concreto do Princípio da Livre Iniciativa.

## CONCLUSÃO

Após desenvolver um contexto histórico de evolução no que concerne à pessoa com deficiência, evidenciou-se o modo como esta era levada em consideração e como se essas pessoas eram tuteladas pela ordem jurídica ao longo dos tempos. A partir da análise do contexto contemporâneo pós constituição - neoconstitucionalismo (1988), foi explicado como são vistos e protegidos os deficientes a partir da demonstração do arcabouço jurídico que existe especificamente para estas pessoas. Atualmente, são percebidos pelo sistema legiferante como pessoas indistintas das demais, independente de qualquer que seja sua deficiência.

Diante da explanação da ADI 5357, abriu-se espaço para os defensores da inconstitucionalidade dos artigos 28, §1º e 30, “caput” da Lei nº 13.146/2015, os quais tentaram, em nome da CONFENEN - Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino, mostrar os seus fundamentos de persuasão dados em favor da declaração positiva de inconstitucionalidade, mas que não obtiveram sucesso.

Por outro lado, tomou-se por base para o entendimento do assunto os argumentos dos *amicus curiae* e aqueles presentes na própria decisão do STF. Desse modo, foi percebido que o centro do debate é o conflito principiológico. Este é composto pela livre iniciativa das escolas particulares em um dos polos do conflito e no polo



adversário, o direito das pessoas com deficiência de serem incluídas nas estruturas da vida social.

É visto com grande importância o Princípio da Livre Iniciativa para a organização do Estado capitalista tal qual é o Brasil. Este se encontra presente, explícito e positivado na Constituição como um dos fundamentos da República, no artigo 1º, inc. IV, e posteriormente no art. 170, como princípio geral da atividade econômica, que rege o Brasil.

E em lado oposto do embate, o direito de inclusão das pessoas com deficiência, que verifica-se um direito de hierarquia constitucional por força da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Convalidação tamanha que originou a Lei 13.146/2015, entretanto que foi impugnada.

Desse direito à inclusão social, pode ser extraído o Princípio Constitucional de Igualdade (art. 5º, C.R.). Este reclama por um tratamento isonômico, efetivado na sua esfera material e não presente no ordenamento no aspecto meramente formal, mas que seja efetivado e reproduza todo o brilhantismo e protagonismo que possui, garantindo até mesmo um ideal de justiça, ao tratar à todos igualmente.

E foi nesse sentido que caminhou a decisão do Supremo Tribunal Federal, com vistas a efetivar a legislação que ampara as pessoas com deficiência. A Suprema Corte decide, então, pelo afastamento da incidência do Princípio da Livre Iniciativa por perceber a necessidade sobressalente desse grupo de pessoas.

Perceba-se que, nesse contexto, esse princípio, da Livre Iniciativa, teve sua aplicação atenuada ou não aplicada, mas que, em verdade, não houve sua extirpação do ordenamento jurídico, em razão de ter-se no Brasil a aplicabilidade da Teoria de Freios e Contrapesos ou do Sopesamento, criada por Robert Alexy.

A sensação que fica por detrás da decisão, de modo geral, é que se deva dar à essas pessoas o seu devido valor e importância, através do reconhecimento e proteção legal das mesmas, mesmo que seja em face de um princípio basilar da ordem econômica, afastando-lhe temporariamente a eficácia, no caso concreto.



Apenas com medidas de tais proporções assecuratórias, como é o caso da decisão dessa Ação Direita de Inconstitucionalidade, é que se levará a evolução do mesquinho/preconceituoso pensamento, que vigeu por séculos na sociedade e ainda sobrevive, de que estas pessoas, que possuem algum tipo de deficiência, deve ser segregadas.

Ao declarar os dispositivos impugnados constitucionais, o STF evitou que houvesse retrocesso da tutela dos direitos dos deficientes, dando a eles o direito de participarem efetivamente do contexto social das escolas e garantindo pleno acesso à educação, que ao longo dos tempos foram segregados.

## REFERÊNCIAS

AMORIM, Letícia Balsamão. A distinção entre normas e princípios segundo Robert Alexy: Esboço e Críticas. **Revista de Informação Legislativa**, R.I.L., nº165, 2005. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/273>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

ANTUNES ROCHA, Cármen Lúcia. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Exclusão Social. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, S.I, nº2, 2016. Disponível em: <<http://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/29>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

BARROSO. Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr. 2005. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 20 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Decreto Lei nº6.949 de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo





Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 26 de ago. 2009. Seção 1, p.3. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm)>. Acesso em: 20 ago. 2018.

\_\_\_\_\_.Lei nº10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. In: **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <>. Acesso em: 20 ago. 2018.

\_\_\_\_\_.Lei nº13.146 de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 7 jul. 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm)>. Acesso em: 20 ago. 2018.

\_\_\_\_\_.Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº5357- DF**. Inteiro Teor do Acórdão. Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino. Relator: Ministro Edson Fachin. 09 de jun. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=310709378&tipoApp=pd>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

BOTELHO, Marcos César . A pessoa com deficiência no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista Zênite de Direito Administrativo e LRF-IDAF**, nº116, 2011. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/2939150>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

CASALI, Guilherme Machado. O princípio da solidariedade do artigo 3º da constituição da república federativa do Brasil. **Revista Eletrônica Direito e Política**, n. 1, 2006. Disponível em: <<http://siaibib01.univali.br/pdf/guilherme%20%20machado%20casalli%20revista%20de%20direito.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

CONFEDERAÇÃO Nacional dos Estabelecimentos de Ensino: **ADI 5357**. Disponível em: <[https://docs.wixstatic.com/ugd/38d9a9\\_8c8706fcd5ca4a028b304e6c382a713d.pdf](https://docs.wixstatic.com/ugd/38d9a9_8c8706fcd5ca4a028b304e6c382a713d.pdf)>. Acesso em: 20 ago. 2018.

DAVID ARAUJO, Luiz Alberto; MACIEIRA DA COSTA FILHO, Waldir. A Lei 13.146/2015 (O Estatuto da Pessoa com Deficiência Ou a Lei Brasileira de incluso da Pessoa com Deficiência) e sua efetividade. **Direito e Desenvolvimento**, n. 13, 2017. Disponível em:



<<https://periodicos.unipe.br/index.php/direitoedesenvolvimento/article/view/298>>.

Acesso em: 20 ago. 2018.

FONTES, Martins. **Montesquieu: O Espírito das Leis**. 2º. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. 706 p. Disponível em: <[http://www.escolapresidentevargas.com.br/base/www/escolapresidentevargas.com.br/media/attachments/331/331/539ef6ac8641be2d6b331d74d2ecf96bc0ab67efa1c59\\_montesquieu.-o-espírito-das-leis.pdf](http://www.escolapresidentevargas.com.br/base/www/escolapresidentevargas.com.br/media/attachments/331/331/539ef6ac8641be2d6b331d74d2ecf96bc0ab67efa1c59_montesquieu.-o-espírito-das-leis.pdf)>. Acesso em: 20 ago. 2018.

LOPES, Laio. **Educação inclusiva no Ensino Privado: Dilemas e Reflexões**. In: I Congresso Internacional de Educação Especial e Inclusiva. 13ª Jornada de Educação Especial, 2016, Marília-SP. Disponível em: <[http://www.sinprorio.org.br/admin/assets/uploads/files/96080-laio\\_lopes.pdf](http://www.sinprorio.org.br/admin/assets/uploads/files/96080-laio_lopes.pdf)>. Acesso em: 20 ago. 2018.