



VIII Colóquio Internacional São Cristóvão/SE/Brasil

“Educação e Contemporaneidade” 18 a 20 de setembro de 2014

ISSN 1982-3657



ACESSO À EDUCAÇÃO POR PESSOAS COM NECESSIDADES ESPECIAIS: A ATUAÇÃO JUDICIAL NA GARANTIA DESSE DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL

Martha Franco Leite¹

Eixo Temático: 9. Educação e Direitos Humanos.

RESUMO

Este artigo aborda o direito à educação, mais particularmente das pessoas com algum tipo de necessidade especial. Procuramos enfatizar a legislação protetiva desse direito e apresentar algumas contradições interpretativas que levam, na prática, a supostas “justificativas” para a sua não concretização, bem como situações de evidentes violações levadas ao crivo do Poder Judiciário brasileiro. Analisamos três casos emblemáticos levados a juízo, como forma de mostrar a atuação judicial – e tecer as críticas que entendemos cabíveis – quando das provocações em busca da garantia desse direito humano fundamental.

Palavras-chave: Educação. Pessoas com necessidades especiais. Atuação judicial.

ABSTRACT

This article addresses the right to education, particularly of people with some kind of special need. We try to emphasize the protective legislation of this right and to present some interpretative contradictions that lead, in practice, to alleged “justifications” for its non achievement, as well as situations of clear violations brought to the Brazilian courts. We analyze three emblematic cases prosecuted, as a way to show the judicial acting – and make the criticism we understand to be applicable – when there is provocation in search of the security of this fundamental human right.

Keywords: Education. People with special needs. Judicial acting.

INTRODUÇÃO

A educação, conforme prevê a Constituição da República Federativa do Brasil, é direito de todos e dever do Estado e da família, devendo ser promovida e incentivada com a colaboração da sociedade e objetivando o pleno desenvolvimento da pessoa, preparando-a para o exercício da cidadania e qualificando-a para o trabalho.

Assim como diversos outros direitos humanos positivados, a educação se depara com o grande abismo que se

abre entre o mundo do dever-ser e o mundo do ser, com a tensão que se revela entre as leis e a realidade, evidenciando que nem tudo o que está positivado se vê efetivado. Muitas crianças e jovens ainda estão fora da escola e o ensino, mesmo para quem frequenta a escola, nem sempre promove o exercício da cidadania e a qualificação para o trabalho como se pretende.

E se a educação regular enfrenta problemas, mais ainda a educação especial. Discussões diversas são travadas quanto à interpretação das leis que tratam da educação e quanto ao acesso à escola por pessoas com algum tipo de necessidade especial. Essas discussões envolvem tanto profissionais da área de educação – pedagogos, professores, psicólogos, por exemplo – como juristas preocupados com as intervenções judiciais que tantas vezes acabam por se fazerem necessárias para a garantia do direito e que, em tantas outras oportunidades parecem andar na contramão da efetividade dos direitos humanos.

No seio das discussões pedagógicas, o debate gira em torno, principalmente, da adequação dos métodos de ensino, da inclusão das pessoas com necessidades especiais nas classes de ensino regular ou em classes especiais. Os embates são muitos, podendo-se percebê-los até mesmo em discussões informais, que evidenciam as divergências entre aqueles que entendem que a inclusão de pessoas com necessidades especiais na convivência escolar com os demais alunos é essencial e enriquecedora para ambas as partes e aqueles que defendem que tal prática é prejudicial, tanto a uns quanto a outros, ante as dificuldades de adaptação de “ritmo” de aprendizado.

Mas não é esse o foco do nosso estudo. Este artigo pretende abordar a questão na seara jurídica. Nesse sentido, a análise passa pelo menos por três planos: o do Poder Legislativo (Qual a intenção do legislador ao estabelecer leis relativas à educação e, principalmente, à educação de pessoas com necessidades especiais?); o do Poder Executivo (Como o gestor público está efetivando – ou não – esse direito?); e o do Poder Judiciário (Qual o seu papel na garantia desse direito humano fundamental e como têm sido seus pronunciamentos?). Pretendemos aqui enfatizar a legislação e a interpretação que se dá a ela, no sentido de analisar a garantia de acesso à educação por pessoas com necessidades especiais, quando tal direito é violado e se busca a atuação do Poder Judiciário.

A proposta é analisar algumas situações envolvendo violações do direito humano à educação das pessoas com necessidades especiais e como se deu a interferência judicial em alguns casos. Para melhor estruturar o texto, iniciamos apresentando uma breve abordagem sobre a evolução do reconhecimento, no Brasil, do direito à educação das pessoas com necessidades especiais e, em seguida, analisamos alguns posicionamentos do Poder Judiciário brasileiro, com as críticas que entendemos adequadas e necessárias.

1. A Educação Especial no Brasil: evolução legislativa

É possível afirmar, conforme Maletti e Bueno (2011), que o processo de institucionalização da Educação Especial no Brasil se iniciou com a criação, em 1973, do Centro Nacional da Educação Especial (CENESP) e com a implantação e expansão de subsistemas estaduais de Educação Especial. Os mesmos autores informam que, no final da década de 1980, com a promulgação da CF/88, verificou-se ampliação significativa das referências à educação de alunos com deficiência, tanto no âmbito legal quanto no político. Na década de 1990, as proposições políticas para a educação especial procuraram se articular numa perspectiva inclusiva: incorporaram-se as orientações internacionais tratadas na Conferência Mundial de Educação para Todos e o Brasil aderiu à “Declaração de Salamanca” (Conferência Mundial Sobre Necessidades Educacionais Especiais, 1994).

Universalizou-se, assim, o direito público subjetivo à educação, com a inclusão de pessoas com algum tipo de deficiência. A educação especial passa, assim, a ser identificada como uma modalidade de educação escolar a ser oferecida preferencialmente na rede regular de ensino, a partir da educação infantil e, apenas nos casos excepcionais em que a escola não tiver recursos, o atendimento de alunos com maior comprometimento

poderá ocorrer em instâncias consideradas especiais: classes ou escolas. (MALETTI e BUENO, 2011)

A Constituição Federal de 1988 garante, em seu artigo 205, amplo acesso a educação:

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. (BRASIL, 1988)

Diversos outros repositórios legais vêm subsidiar a garantia de acesso à educação no nosso ordenamento jurídico, atribuindo-lhe a posição, já amplamente reconhecida, de direito humano fundamental, e incluindo, muitos deles, os dispositivos que tratam da educação especial. Como exemplos, podemos citar o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA –, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – LDBEN –, a Lei de Apoio às Pessoas Portadoras de deficiência, dentre outros.

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, Lei n.º 9.394/96, acompanhando os ditames constitucionais, prevê em seu artigo 2º que a educação é dever da família e do Estado e deve ser inspirada nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana. Informa ainda que sua finalidade é o pleno desenvolvimento do educando e seu preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho. (BRASIL, 1996)

Isso significa que, no que tange às finalidades educacionais, as atenções se voltam para a formação do “ser” (desenvolvimento da pessoa), do “conviver” (exercício da cidadania) e do “saber fazer” (preparo para o trabalho).

Quanto a pessoas com necessidades especiais, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional prevê, em seu artigo 4º, inciso III, com redação dada pela Lei 12.793/2013, que o dever do Estado com educação escolar pública deve ser efetivado mediante o “atendimento educacional especializado gratuito aos educandos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação, transversal a todos os níveis, etapas e modalidades, preferencialmente na rede regular de ensino”. (BRASIL, 1996)

A lei 7.853/ 89, que dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, estabelece em seu artigo 2º:

Art. 2º. Ao Poder Público e seus órgãos cabe assegurar às pessoas portadoras de deficiência o pleno exercício de seus direitos básicos, inclusive dos direitos à **educação**, à saúde, ao trabalho, ao lazer, à previdência social, ao amparo à infância e à maternidade, e de outros que, decorrentes da Constituição e das leis, propiciem seu bem-estar pessoal, social e econômico.

Parágrafo único. Para o fim estabelecido no caput deste artigo, os órgãos e entidades da administração direta e indireta devem dispensar, no âmbito de sua competência e finalidade, aos assuntos objetos desta Lei, tratamento prioritário e adequado, tendente a viabilizar, sem prejuízo de outras, as seguintes medidas:

I - na área da **educação**:

- a) 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;
- b) a inserção, no referido sistema educacional, das escolas especiais, privadas e públicas;
- c) a oferta, obrigatória e gratuita, da Educação Especial em estabelecimento

público de ensino;

d) o oferecimento obrigatório de programas de Educação Especial a nível pré-escolar, em unidades hospitalares e congêneres nas quais estejam internados, por prazo igual ou superior a 1 (um) ano, educandos portadores de deficiência;

e) o acesso de alunos portadores de deficiência aos benefícios conferidos aos demais educandos, inclusive material escolar, merenda escolar e bolsas de estudo;

f) a matrícula compulsória em cursos regulares de estabelecimentos públicos e particulares de pessoas portadoras de deficiência capazes de se integrarem no sistema regular de ensino;

[...]

(BRASIL, 1989, grifo nosso)

Conforme se pode perceber, é ampla a previsão de medidas a serem adotadas para a efetivação do direito à educação das pessoas com necessidades especiais, observando-se que a preferência deve ser no sentido de integrar essas pessoas nas escolas e classes regulares (alínea 'f') e, apenas subsidiariamente, no caso de se verificar que a deficiência impossibilita tal integração, devem essas pessoas serem direcionadas à educação especial. A educação especial, por sua vez, deve ser inserida tanto no âmbito das escolas públicas quanto no das privadas (alínea 'b') e, quando em estabelecimento público, de forma obrigatória e gratuita (alínea 'c').

No mesmo sentido e com dispositivos legais de redação semelhante, o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA –, Lei n.º 8.069/90, também garante o direito à educação, com atendimento educacional especializado a crianças e adolescentes portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino (arts. 54, III e 208, II). (BRASIL, 1990)

Outras leis existem em vigor no Brasil voltadas à garantia de direitos das pessoas com necessidades especiais, a exemplo da Lei 12.764/2012, que instituiu a Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista. Nesta lei, assim como na Lei 7.853/89, a recusa de matrícula de pessoa com deficiência por parte do gestor escolar é considerada crime, e pode ser punível tanto com reclusão como por multa a ser paga pelo próprio gestor, a depender do caso, e pode também levar à perda do cargo. (BRASIL, 2011). Portanto, a educação é tratada com cuidado, como uma prioridade para as pessoas com necessidades especiais.

A despeito de toda essa proteção legal, ainda nos deparamos com inúmeras situações de violação ao direito de acesso à educação, principalmente no que tange às pessoas com algum tipo de deficiência ou necessidade especial, tanto no âmbito do ensino público como no do privado. E, quando isso acontece, não resta outra alternativa a não ser buscar a justiça através da atuação do Poder Judiciário, responsável pela interpretação do ordenamento jurídico e pela efetivação dos direitos nele previstos.

2. As Divergências Interpretativas e as “Justificativas” para o Descumprimento das Garantias Legais

Analisando alguns dos dispositivos apresentados é possível levantar algumas questões, surgidas em torno dos entendimentos resultantes de sua interpretação, pois em razão da falta de objetividade e clareza do texto legislativo, tenta-se equivocadamente “justificar” a violação do direito de acesso à educação das pessoas com necessidades especiais. Duas análises, mais especificamente, propomo-nos a fazer nesse artigo.

A LDBEN, ao definir em seu artigo 58 a educação especial como sendo “a modalidade de educação escolar, oferecida preferencialmente na rede regular de ensino, para educandos portadores de necessidades especiais” (BRASIL, 1996) não esclarece com precisão o alcance do “preferencialmente na rede regular de ensino”, tanto no que tange a saber se envolve rede pública e particular, como no sentido de dimensionar esse “preferencialmente”.

Começamos por analisar se a questão da “rede regular de ensino” aí colocada abrangeria apenas a rede pública ou também a privada. Buscando novamente o artigo 4º, inciso III, do mesmo repositório, já citado anteriormente, poderíamos entender que o dispositivo se dirige à escola pública, já que o *caput* do artigo é expresso ao colocá-lo como sendo forma de efetivação do dever do Estado com educação escolar pública. Entretanto, surge o questionamento: poderia uma escola regular privada se negar a receber uma criança portadora de deficiência, por entender que se trata de dever do Estado fazer isso por meio da rede de ensino público?

Ora, na mesma Lei encontramos o artigo 7º, que dispõe:

Art. 7º. O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições:

I - cumprimento das normas gerais da educação nacional e do respectivo sistema de ensino;

II - autorização de funcionamento e avaliação de qualidade pelo Poder Público;

III - capacidade de autofinanciamento, ressalvado o previsto no art. 213 da Constituição Federal.

(BRASIL, 1996)

Como se pode perceber, a iniciativa privada pode atuar na seara educacional, porém está subordinada a um certo “controle” do Poder Público, devendo cumprir as normas gerais da educação nacional e do sistema de ensino como um todo e estando sujeita a autorização e avaliação de qualidade. Eis, pois, as premissas para a primeira análise proposta – a discussão sobre a abrangência da expressão “rede regular de ensino”.

A segunda análise que se propõe, por também gerar controvérsias interpretativas, encontra-se no termo “preferencialmente”. Surge, aqui, o questionamento: poderia uma instituição escolar recusar a matrícula de uma pessoa com necessidade especial alegando que o faz porque não tem estrutura para isso e que não está obrigada a fazê-lo, já que a lei não diz “obrigatoriamente”, mas “preferencialmente”?

Essas questões são de suma importância, pois as consequências práticas dessas interpretações interferem na efetivação do direito humano básico à educação de pessoas com necessidades especiais. Como dito, muitas são as discussões travadas pelos diversos profissionais envolvidos e as ações (ou omissões) do Poder Executivo no sentido de garantir as políticas públicas para efetivação desse direito básico, bem como a atuação dos gestores escolares da rede privada de ensino, acabam por gerar as demandas junto ao Poder Judiciário que, no seu papel de guardião do ordenamento jurídico e através da garantia de acesso à justiça, tem o dever de se pronunciar e efetivar os direitos eventualmente violados. É nesse ponto que se encontra o foco desse artigo, que se propõe a analisar a atuação do Poder Judiciário quando provocado em situações de violações do direito à educação para pessoas com necessidades especiais.

3. A Atuação do Poder Judiciário nas Violações do Direito de Acesso à Educação de Pessoas com Necessidades Especiais

Sem qualquer pretensão de esgotar o tema e/ou de apresentar resultados quantificáveis de atuação do Judiciário nas demandas por acesso à educação, mas apenas com o intuito de apoiar algumas críticas que entendemos necessárias, selecionamos três situações que geraram demandas judiciais.

3.1. A Apelação Nº 0037104-85.2007.8.26.0000, julgada em 30/09/2009, pelo Tribunal de Justiça de São Paulo (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, 2009)

Na decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, referente à Apelação Nº 0037104-85.2007.8.26.0000, julgada em 30/09/2009, a polêmica gira em torno de saber se as instituições de ensino privadas estão obrigadas, igualmente às de ensino público, a receber todas as matrículas de crianças que apresentarem deficiência.

O TJ/SP entendeu que não e, com base nesse fundamento, julgou improcedente pedido de dano moral feito por uma criança – representada pela mãe – que teve sua matrícula negada em escola da rede particular de ensino, por motivo exclusivamente relacionado à deficiência. (SÃO PAULO, 2009)

Assim está ementada a decisão:

PORTADORA DE NECESSIDADES ESPECIAIS. Síndrome de down. Matrícula recusada por instituição de ensino privada. Inocorrência de discriminação ou preconceito. Escola que alega não estar preparada para a necessária inclusão. Apenas a rede pública de ensino tem essa obrigação. Arts. 205 e 208, III, da CF. Danos morais indevidos. Ação improcedente. Recurso não provido.

Entendendo melhor o caso: a autora da ação, menor portadora da síndrome de down, teve sua matrícula recusada por instituição privada de ensino, que sustentou a recusa na alegação de não possuir condições adequadas para a necessária prestação dos serviços. A mãe da criança sustentou em juízo que a recusa da matrícula de sua filha implicou discriminação e ocasionou enorme sofrimento. Esclareceu que foi induzida a matricular seu filho mais velho para o ano letivo de 2004, com a promessa da coordenadora de ensino de que no ano seguinte, de 2005, teriam condições adequadas para receber sua filha, portadora da síndrome de down. Entretanto, a escola não honrou o que havia sido combinado e recusou-se a recebê-la, no ano seguinte, única e exclusivamente por ser portadora de necessidades especiais. O advogado alegou ofensa aos princípios e direitos Constitucionais, violação ao disposto nos arts. 3º, IV, 5º, caput, 205, 206, I e 214, II, da CF e art. 54 do ECA, que garantem o direito à educação a todas as pessoas, portadoras ou não de deficiências, entendendo que seria cabível uma indenização.

O Judiciário de São Paulo, embora reconhecendo ser incontestável o direito da autora à educação, conforme previsão expressa no art. 205 da Constituição Federal, entendeu que tal direito deve ser efetivado no âmbito da rede pública de ensino, não sendo a rede privada obrigada a aceitar a matrícula da criança. Fundamentou a decisão no art. 208, inciso III, da CF, esclarecendo que o dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de atendimento educacional especializado aos portadores de deficiências, preferencialmente na rede regular de ensino, sendo certo que o parágrafo segundo deste mesmo dispositivo é expresso ao declarar que “o não atendimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente”. Entendeu, pela sua interpretação, que a educação “expressa direito público subjetivo do cidadão e dever do Estado, não podendo ser imputada à requerida a responsabilidade direta pela adequação de seu quadro de funcionários e instalações para a aceitação da matrícula da criança”. (SÃO PAULO, 2009)

E continua sua fundamentação e decisão:

Em que pese os esforços despendidos pela autora, a simples recusa da matrícula da menor não implica discriminação tampouco é capaz de caracterizar o alegado dano moral. Não expôs a autora à situação vexatória, não ostentando discriminação ou preconceito. Destacou, com efeito, sua impossibilidade técnica para receber a aluna e lhe prestar o serviço adequado, já que patente a necessidade de capacitação específica de profissionais para a integração e acompanhamento educacional da

criança. Embora não se questione os aborrecimentos sofridos, não há danos a serem reparados. Havia apenas promessa vaga de que em breve a escola teria condições de acolher alunos com necessidades especiais. [...]. O mero incômodo, desconforto, ou decepção, como no caso em apreço, que o homem médio tem de suportar, porque vive em sociedade, não autoriza a concessão de indenização por dano moral. Pelo exposto, correta a r. sentença, que fica mantida, negando-se provimento ao recurso. (SÃO PAULO, 2009)

Tal decisão, certamente, viola direito humano. Entender que, por se tratar de escola particular e não da rede pública, o gestor tem a liberdade de recusar a matrícula, é, no mínimo, uma decisão discriminatória e, com a devida vênia, dissociada do ordenamento pátrio. As escolas particulares são delegatárias de serviço público e, de acordo com o art. 209, da CF, o ensino é livre à iniciativa privada, mas observado o cumprimento das normas gerais de educação nacional e verificada a exigência de autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público – obediência à CF, LDBEN, ECA, normas do MEC e Secretarias de Educação. Ademais, a Lei 7.853/89, em seu art. 8º, trata como crime, sujeito a pena de reclusão de 01 (um) a 04 (quatro) anos e multa, as condutas de recusa, procrastinação, cancelamento, suspensão ou cessação da inscrição de aluno em estabelecimento de ensino de qualquer nível, etapa ou modalidade de ensino, **público ou privado**, por motivos derivados da deficiência. (BRASIL, 1989)

Portanto, se é crime a escola particular recusar a matrícula da criança, evidente que está reconhecida pelo ordenamento jurídico a sua vinculação ao atendimento das regras de inclusão. A alegação de não possuir condições adequadas à prestação do serviço, portanto, é equivocada e inaceitável, não podendo, em hipótese nenhuma, ser aceita como justificativa para a recusa da matrícula. É evidente que, para atender corretamente aos ditames constitucionais, toda e qualquer instituição de ensino, seja pública ou privada, deve providenciar os meios necessários à garantia do direito à educação de todas as pessoas, independente da necessidade especial que apresentem.

3.2. A Apelação Nº 0013064-02.2010.8.19.0203, julgada em 26/11/2010, pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO, 2010)

A segunda situação que analisamos se refere a uma ação proposta por estudante com deficiência visual, que enfrenta dificuldades de cursar disciplina ofertada na modalidade telepresencial (on-line), pois a instituição de ensino não promove os meios adequados para promover o acompanhamento das aulas. Nesse caso, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro entendeu que a conduta da faculdade caracteriza violação do direito à educação da estudante.

Em juízo, sustentou a autora da ação ser aluna do curso de Fisioterapia na instituição ré, e que, por ser portadora de deficiência visual, para desempenhar as atividades em seu curso, necessita de um sistema operacional especial, que se comunica com o usuário através de síntese de voz. Aduziu que uma das disciplinas é ministrada on-line, através de recursos que a impedem de cursá-la, e que, por ser beneficiária do PROUNI, a reprovação levou à perda de sua bolsa de estudos. Requereu a condenação da ré no sentido de disponibilizar em todas as disciplinas cursadas, inclusive as on-line, os meios necessários para seu aprendizado e a garantia de cursar novamente a disciplina perdida, sem custo adicional, bem como uma condenação da ré em indenização por danos morais.

A instituição ré alegou em sua defesa, dentre outras coisas, que a disponibilização de aulas telepresenciais está prevista no contrato e que a instituição de ensino estaria providenciando a utilização de “software” para atender às necessidades da autora.

Em primeiro grau, o juiz proferiu sentença julgando procedente ação de obrigação de fazer c/c indenizatória, para condenar a Instituição de Ensino Superior a prover o acesso da autora – deficiente visual – a todas as aulas telepresenciais, oferecendo os meios necessários, disponibilizando um mediador para tais aulas.

Determinou também nova inscrição da autora na disciplina, sem qualquer ônus, e condenou a ré ao pagamento de R\$ 10.000,00, a título de danos morais.

A Instituição de Ensino apelou ao TJ/RJ, que confirmou a sentença de primeiro grau, negando provimento ao recurso. Eis a ementa da decisão:

Apelação Cível. Ação de obrigação de fazer c/c indenizatória. Universidade que adota em sua grade a utilização de aulas telepresenciais e disponibilização de conteúdo e atividades através de ambiente virtual. Aluna deficiente visual, que necessita de meios técnicos diferenciados para acompanhamento das disciplinas. Omissão da universidade em disponibilizar os meios necessários. Conduta omissa e discriminatória, que culminou com a reprovação e consequente perda da bolsa estudantil de que a autora era beneficiária. Dano moral configurado. Quantum indenizatório de R\$ 10.000,00, corretamente fixado, atendendo aos critérios da razoabilidade e proporcionalidade. Precedentes deste Tribunal de Justiça. Negado provimento ao recurso. (RIO DE JANEIRO, 2010)

Essa decisão, ao contrário do caso abordado no item anterior, demonstra a preocupação do Judiciário no sentido de garantir o efetivo acesso à educação de pessoas com deficiência. Estranhamente, neste caso também estamos diante de uma instituição de ensino da rede privada e nem por isso o TJ/RJ entendeu que estaria livre de cumprir os dispositivos protetivos das pessoas com necessidades especiais. Contradições como essa nos deixam atônitos e, infelizmente, mitigam a credibilidade que deveríamos ter no Poder Judiciário.

3.3. O Recurso Extraordinário Nº 440.028, proveniente do TJ/SP, julgado em 29/10/2013, pelo Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2013)

Por fim, a terceira situação analisada apresenta o posicionamento do Supremo Tribunal Federal em decisão que garante adequação de prédio público (escola) para o acesso de alunos portadores de deficiência física, onde há relevante discussão sobre interferência do Judiciário em políticas públicas e sobre os conceitos de “mínimo existencial” e “reserva do possível”.

Trata-se, o caso, de Recurso Extraordinário interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento de Apelação que confirmou a sentença de improcedência do pleito inicial apresentado pelo Ministério Público, em ação civil pública proposta contra o Governo do Estado de São Paulo em defesa do direito das pessoas portadoras de deficiência, por constatar que o prédio público pertencente ao réu, instalação de escola pública estadual, contendo pavimento superior, não contava com rampa e nem com banheiros adequados a deambulação e uso de alunos portadores de deficiência do aparelho locomotor, em afronta a preceitos legais que protegem tais deficientes.

O MP promoveu, então, a referida ação, visando compelir o réu à adaptação necessária ao cumprimento dos direitos definidos na Constituição Federal. O Estado alega, em sua defesa, dentre outros fundamentos, a impropriedade de se conferir ao Judiciário a análise de matéria própria da administração, considerando a conveniência e oportunidade, e afirma seu esforço em atender ao direito dos deficientes, construindo e adaptando prédios conforme recursos disponíveis, bem como informa possuir outros estabelecimentos adequados ao uso dos portadores de deficiência, seja por possuírem rampas ou por serem de único pavimento.

O acórdão do TJ/SP confirmou a sentença de improcedência do pleito apresentado pelo MP, sob o fundamento de que, apesar do zelo e empenho do Ministério Público em buscar a remoção de toda e qualquer barreira física, de modo a permitir o irrestrito acesso de pessoas portadoras de necessidades especiais a prédios, logradouros e veículos públicos, deve-se analisar a disponibilidade orçamentária do ente estatal e que obrigar a Administração Pública a realizar obras e melhorias significa olvidar o princípio da separação dos Poderes,

porquanto se trata da efetivação de atos discricionários.

O Recurso Extraordinário foi então interposto, com base na alegação de violação aos artigos 227, § 2º, e 244 da Carta da República. O Ministério Público sustentou não se cuidar de ato discricionário do Poder Público, mas sim dever de cumprir mandamento inserto no Diploma Maior. Asseverou que aceitar a conveniência e a oportunidade nas ações administrativas funciona como “válvula de escape” à inércia estatal.

O Ministério Público Federal emitiu parecer manifestando-se pelo provimento do extraordinário, preconizando ser obrigatório ao Poder Público adotar um padrão mínimo de efetivação dos direitos fundamentais. Afirmou mostrar-se cabível a intervenção do Poder Judiciário a fim de garantir o chamado “mínimo existencial”, afastando a possibilidade de observância à cláusula da “reserva do possível”.

O Ministro Marco Aurélio, relator do RE, destaca a relevância do tema:

Salta aos olhos a relevância deste julgamento. Faz-se em jogo o controle jurisdicional de políticas públicas, tema de importância ímpar para a concretização da Carta da República, ante o conteúdo dirigente que estampa. Segundo a jurisprudência do Supremo, são três os requisitos a viabilizar a incursão judicial nesse campo, a saber: a natureza constitucional da política pública reclamada, a existência de correlação entre ela e os direitos fundamentais e a prova de que há omissão ou prestação deficiente pela Administração Pública, inexistindo justificativa razoável para tal comportamento. No caso, todos os pressupostos encontram-se presentes. (BRASIL, 2013)

E segue, explicando cada um desses pressupostos, e fazendo referência à incorporação, pelo Brasil, da Convenção Internacional Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e o respectivo Protocolo Facultativo, promulgada por meio do Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, que ocorreu segundo o procedimento previsto no § 3º do artigo 5º da Carta Federal, com a estatura de emenda constitucional.

Na sequência de sua fundamentação, o Ministro afirma que “A questão que se coloca é saber se, diante da inércia legislativa, há preceitos sem eficácia”. E responde que não, porque ao remeter à lei a disciplina da matéria, a Carta da República não obstaculiza a atuação do Judiciário. E apresenta razões para assim concluir.

A primeira delas está no rol dos fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil, surgindo o envolvimento da dignidade da pessoa humana e da busca de uma sociedade justa e solidária – artigos 1º, inciso III, e 3º, inciso I, do Diploma Maior. A segunda a ser levada em conta diz respeito ao fato de as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais terem aplicação imediata, sendo que os direitos e garantias expressos na Carta de 1988 não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte – § 1º e § 2º do artigo 5º. Há uma terceira premissa. O acesso ao Judiciário para reclamar contra lesão ou ameaça de lesão a direito é cláusula pétrea. (BRASIL, 2013)

O Ministro Marco Aurélio, em sua fundamentação, trata da eficácia dos direitos fundamentais, refere ao chamado “mínimo existencial”, analisa o princípio da separação de poderes e refuta o argumento da “reserva do possível”. Dá provimento ao recurso para julgar procedente o pedido inicial. O RE é provido, por unanimidade votos, contando com a participação dos ministros Luiz Fux, Dias Toffoli, Rosa Weber e Roberto Barroso.

O Ministro Luiz Fux, parabenizando o Relator, reafirma a importância, a coerência e a justiça da decisão:

O Ministro Marco Aurélio acaba de esclarecer, de maneira lúcida e profunda, que, na

verdade, este é um direito fundamental relativo aos deficientes físicos, e, como direito fundamental, ele tem o seu regime próprio de aplicação imediata, de eficácia irradiante, e de gozar dos deveres de proteção notadamente através de políticas públicas, legislativas e executivas, que levem à consecução desses direitos fundamentais. [...] o resultado desse processo é merecedor de aclamação e ele é digno, exatamente, de uma Corte Suprema. [...] Então queria parabenizar Vossa Excelência pela iniciativa.

Importante decisão, frise-se, pois que advinda do órgão máximo do Poder Judiciário, guardião da Constituição Federal, intérprete final dos dispositivos constitucionais, o Supremo Tribunal Federal.

Inobstante a importância da decisão, impossível não se indignar com a evidente falta de efetividade das decisões judiciais. Esse caso é emblemático. A ação visava a garantia de acessibilidade de alunos com deficiência física a prédios de escolas públicas. Um direito fundamental. Só no STF, da data de entrada do processo até a data de julgamento, passaram-se quase 10 (dez) anos. Acreditamos que, em tema de inefetividade, tal constatação dispensa maiores comentários.

CONCLUSÃO

Pelas pesquisas realizadas, percebemos que as violações ao direito à educação – direito humano positivado em cláusula pétrea (art. 5º, CF) – são observadas diuturnamente. A inclusão de pessoas portadoras de necessidades especiais nas escolas, sejam públicas ou privadas, encontra barreiras que parecem ser intransponíveis. Sim, parecem ser. Mas é preciso acreditar que essas barreiras podem ser vencidas e lutar para vencê-las. É claro que se trata de um processo de construção de uma consciência de que as diferenças devem ser respeitadas, que o respeito à diversidade é fundamental. Os profissionais da educação precisam estar preparados para receber essas crianças com necessidades especiais e para construir, com elas e com as demais crianças, um espaço capaz de efetivamente integrar e incluir, gerando uma convivência social saudável, um aprendizado de vida e a consciência de respeito aos direitos humanos.

O Poder Público, por sua vez, deve estar atento a essa questão, deve proporcionar a formação continuada dos profissionais da educação, proporcionar todos os meios de acessibilidade e garantir a todos, indistintamente, o direito à educação. E, sempre que a Administração não cumprir com os mandamentos constitucionais, o Judiciário deve intervir, como forma de garantir o direito humano fundamental do acesso à justiça, para fazer valer os direitos fundamentais, sem que se possa alegar, nesses casos, violação à separação de poderes.

Na seara pública, a garantia do mínimo existencial não pode sucumbir ao apelo da “reserva do possível”. E no âmbito privado, o controle da atividade educativa deve ser rigoroso, só podendo ser autorizado o funcionamento de escolas que atendam, efetivamente, aos ditames do nosso ordenamento jurídico.

Por fim, é preciso que o Judiciário se estruture para poder realizar a justiça de forma efetiva. De nada adianta apenas declarar direitos que não podem mais ser efetivados. Afirmar que um direito fundamental foi violado depois de passados mais de dez anos não promove, certamente, a justiça. Ao contrário, serve apenas para reconhecer um injustiça perpetuada por tanto tempo.

NOTA:

¹ Mestranda em Direitos Humanos pela Universidade Tiradentes/SE (UNIT). Especialista em Didática do Ensino Superior e em Direito Processual. Professora dos cursos de graduação e pós-graduação em Direito da UNIT. Membro do Fórum de Desenvolvimento Regional (FDR) vinculado à Coordenação de Assuntos Comunitários e Extensão da Universidade Tiradentes (UNIT). Assessora de TCC (Trabalho de Conclusão de

Curso) e Recursos, no âmbito da Coordenação do Curso de Direito da Universidade Tiradentes (UNIT). E-mail: martha-franco@hotmail.com

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Legislação brasileira sobre pessoas portadoras de deficiência.** – 7. ed. – Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2011. (Série Legislação; n. 76).

Disponível em:

<http://>

[www.](http://www.mptcm.pa.gov.br)

[mptcm.pa.gov.br](http://www.mptcm.pa.gov.br)

[/documentos/legislacao_portadores_deficiencia_7ed-1.pdf](http://www.mptcm.pa.gov.br/documentos/legislacao_portadores_deficiencia_7ed-1.pdf)

. Acesso em 25/05/2014.

BRASIL. **Lei nº 12.764, de 27 de dezembro de 2012.**

Disponível em:

<http://>

[www.](http://www.planalto.gov.br)

[planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)

[/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12764.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12764.htm)

. Acesso em 01/06/2014.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **RECURSO EXTRAORDINÁRIO 440.028/SP.** 2013.

Disponível em:

[www.](http://www.stf.jus.br)

[stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)

. Acesso em 25/05/2014.

MELETTI, Silvia Márcia Ferreira; BUENO, José Geraldo Silveira. **O impacto das políticas públicas de escolarização de alunos com deficiência: uma análise dos indicadores sociais no Brasil.** Linhas Críticas, Brasília, DF, v. 17, n. 33, p. 367-383, maio/ago. 2011.

Disponível em:

<http://>

seer.bce.unb.br

[/index.php](http://seer.bce.unb.br/index.php)

[/linhascriticas/article/view/5699/4711](http://seer.bce.unb.br/index.php/linhascriticas/article/view/5699/4711). Acesso em 30/05/2014.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. 10ª Câmara Cível. **Apelação Cível nº 0013064-02.2010.8.19.0203/RJ.** 2010.

Disponível em:

[www.](http://www.tjrj.jus.br)

[tjrj.jus.br](http://www.tjrj.jus.br)

. Acesso em 25/05/2014.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Nº 0037104-85.2007.8.26.0000/SP.** 2009. Disponível em [www.](http://www.tjsp.jus.br)

[tjsp.jus.br](http://www.tjsp.jus.br)

. Acesso em 25/05/2014.

Recebido em: 14/07/2014

Aprovado em: 15/07/2014

Editor Responsável: Veleida Anahi / Bernard Charlort

Metodo de Avaliação: Double Blind Review

E-ISSN:1982-3657

Doi: