

FACULDADE AUTÔNOMA DE DIREITO – FADISP
MESTRADO EM DIREITO

JOSÉ SÉRGIO MIRANDA

UMA PROPOSTA DE SOLUÇÃO ÀS INCONSTITUCIONALIDADES
DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E PRESERVAÇÃO
DOS INSTITUTOS JUSPEDAGÓGICOS DA LEI DE DIRETRIZES E
BASES DA EDUCAÇÃO NACIONAL

SÃO PAULO

2023

JOSÉ SÉRGIO MIRANDA

UMA PROPOSTA DE SOLUÇÃO ÀS INCONSTITUCIONALIDADES
DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E PRESERVAÇÃO
DOS INSTITUTOS JUSPEDAGÓGICOS DA LEI DE DIRETRIZES E
BASES DA EDUCAÇÃO NACIONAL

Dissertação apresentada em cumprimento
parcial às exigências do Programa de Pós-
Graduação em Direito, da Faculdade
Autônoma de Direito – FADISP, para
obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Função Social no
Direito

Orientador: Prof. Dr. Renato Gugliano
Herani

SÃO PAULO

2023

M672p

Miranda, José Sérgio.

Uma proposta de solução às inconstitucionalidades do estatuto da pessoa com deficiência e preservação dos institutos juspedagógicos da lei de diretrizes e bases da educação nacional. / José Sérgio Miranda. – 2023. 145 f.: 30cm.

Orientador: Prof. Dr. Renato Gugliano Herani.

Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade Autônoma de Direito (FADISP) – São Paulo, 2023.

1. Inclusão Educacional. 2. Educação Especial. 3. Atendimento Educacional Especializado 4. Inconstitucionalidade. I. Herani, Renato Gugliano. II. FADISP. III. Título.

CDU: 364-056

JOSÉ SÉRGIO MIRANDA

UMA PROPOSTA DE SOLUÇÃO ÀS INCONSTITUCIONALIDADES DO
ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E PRESERVAÇÃO DOS
INSTITUTOS JUSPEDAGÓGICOS DA LEI DE DIRETRIZES E BASES DA
EDUCAÇÃO NACIONAL

Dissertação de mestrado apresentada à Faculdade Autônoma de Direito, em cumprimento às exigências do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade Autônoma de Direito – FADISP, para obtenção do título de Mestre em Direito.

São Paulo, xx de xx de 2023.

Prof. Dr. Renato Gugliano Herani
Orientador e Presidente da Banca Examinadora

Prof.^a Dr.^a
Professora FADISP

Prof. Dr.
Professor convidado

Programa: Direito

Área de Concentração: Função social do Direito

Linha de Pesquisa: Acesso à Justiça nas Constituições

*À **Anne Elize** e à **Olivia**, que fazem tudo
valer a pena.*

AGRADECIMENTOS

Meu louvor e gratidão a Deus, sempre surpreendente, concedendo muito mais do que pedimos ou imaginamos; é Ele quem converge todas as coisas – conscientes e inconscientes – para que um propósito se cumpra.

Anne Elize e Olivia, meus amores! O tempo investido nesta jornada voltará para vocês, podem ter certeza!

Elnio e Elizete, obrigado por serem avós tão dedicados e prestativos; não fosse por vocês o tempo não seria um aliado nesta empreitada.

Aos meus pais, cujo orgulho inocente que têm de mim motiva-me a tentar ser melhor a cada dia.

Ao Prof. Dr. Renato Gugliano Herani, meu orientador, que em meio a tantas atividades e responsabilidades sempre encontrou tempo – de qualidade – para reuniões de orientação sem pressa e transformadoras.

Prof^a Dr^a Daniela Bucci Okumura e Prof. Dr. Guilherme Amorim Campos da Silva pelas valiosíssimas contribuições na banca de qualificação.

Aos professores Eduardo Arruda Alvim, Francisco Pedro Jucá, Júlio César Veloso, Lauro Ishikawa, Maitê Cecília Fabbri Moro, Rennan Thamay e Ricardo Pereira de Freitas Guimarães por terem compartilhado aquilo de mais precioso nesta jornada: o conhecimento.

Minha gratidão àquelas que fazem esta caminhada mais leve pela organização que imprimem: Gabriela, Adriana, Lindaiane, Aline e Damares. E tenho certeza de que não falo só por mim!

Aos meus irmãos, amigos e líderes, Prof. Dr. Filipe Piazza e Prof. Dr. Igor Marques, a quem devo desde o incentivo à realização desta pós-graduação *stricto sensu* e os melhores momentos profissionais que tenho vivido.

Fábio e Vivi, pelas melhores pausas para refletir com leveza, respirar e retomar a pesquisa.

Almir e Ana, não tem uma linha neste trabalho na qual o Gabriel não tenha sido inspiração.

À minha grande amiga, Prof^a Dra. Ivelise Fonseca de Matteu, pela parceria nas publicações.

Ao meu irmão e amigo, Prof. Dr. Moisés Sanches Junior, por apresentar-me a este universo da juspedagogia.

“Educar é mostrar a vida a quem ainda não a viu.”
Rubem Alves

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo examinar os efeitos da Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015 – o Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD) – naquilo que prescreveu para a educação. Assim, serão analisadas: as inconstitucionalidades pela violação dos princípios da igualdade material, da imposição de ônus ilegítimo ao exercício livre iniciativa, da colaboração e dos objetivos e princípios da ordem econômica; a revogação da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 2006 – Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDBEN) – e o abalo estrutural provocado no setor educacional, notadamente pela desfiguração empobrecedora, rumo à extinção, da modalidade de educação especial; a desconstrução dos institutos juspedagógicos do Atendimento Educacional Especializado (AEE), da integração e da inclusão educacional (que não se confunde com inclusão social); e, a supressão de prerrogativas dos estabelecimentos de ensino em avaliarem a condição de permanência e a possibilidade de integração dos educandos com necessidades educacionais especiais. A revogação da LDBEN abriu lacuna axiológica cuja solução não foi proposta pelo EPD, de modo que há a possibilidade de escusa por parte das instituições privadas de ensino regular em promover as adaptações para recebimento da clientela de educação especial se o ônus for desproporcional e irrazoável, desamparando, com chancela legal, a recusa em promover a integração e a inclusão educacional. Por fim, uma vez que o EPD já foi declarado constitucional pelo Supremo Tribunal Federal (STF), nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5.357, será analisado se as novas concepções jurídicas podem provocar revisão da constitucionalidade por meio de controle difuso e/ou abstrato, bem como se a interpretação conforme com redução de texto tem o condão de solucionar as inconstitucionalidades, suprir a lacuna axiológica provocada pelo EPD e manter a estrutura organizacional delineada na LDBEN.

Palavras-chave: inclusão educacional; educação especial; atendimento educacional especializado; inconstitucionalidade; interpretação conforme.

ABSTRACT

The scope of this work is to examine the effects of Law nº 13.146, of July 6, 2015 – the Statute of the Person with Disabilities (EPD) – in what it prescribed for education. Thus, the following will be analysed: the unconstitutionality due to the violation of the principles of material equality, the imposition of illegitimate burdens on the exercise of free initiative, collaboration and the objectives and principles of the economic order; the repeal of Law nº 9.394, of December 20, 2006 – Law of Guidelines and Bases of National Education (LDBEN) – and the structural shock provoked in the educational sector, notably by the impoverishing disfiguration, towards the extinction, of the special education modality; the deconstruction of the juspédagogical institutes of Specialized Educational Assistance (AEE), integration and educational inclusion (which is not to be confused with social inclusion); and, the suppression of prerogatives of teaching establishments in assessing the condition of permanence and the possibility of integration of students with special educational needs. The revocation of the LDBEN opened an axiological gap whose solution was not proposed by the EPD, so that there is the possibility of excuse by private institutions of regular education in promoting adaptations for receiving special education clientele if the burden is disproportionate and unreasonable, abandoning, with legal approval, the refusal to promote integration and educational inclusion. Finally, since the EPD has already been declared constitutional by the Federal Supreme Court (STF), in the records of the Direct Action of Unconstitutionality (ADI) No. and/or abstract, as well as whether the interpretation according to text reduction has the ability to solve the unconstitutionality, fill the axiological gap caused by the EPD and maintain the organizational structure outlined in the LDBEN.

Keywords: educational inclusion; special education; specialized educational service; unconstitutionality; conforming interpretation.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade
AgR ou AgRg – Agravo Regimental
AEE – Atendimento Educacional Especializado
ART – Artigo
CEB – Conselho de Educação Básica
CEE – Conselho Estadual de Educação
CNE – Conselho Nacional de Educação
CPC – Código de Processo Civil
CR – Constituição da República
CONFENEN – Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino
DSM-5 – Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders
EPD – Estatuto da Pessoa com Deficiência
FUNDEB – Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica
INEP – Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira
LDBEN – Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional
LINDB – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
MEC – Ministério da Educação e Cultura
ODS – Objetivos do Desenvolvimento Sustentável
ONU – Organização das Nações Unidas
PGR – Procuradoria Geral da República
RCL - Reclamação
RE – Recurso Extraordinário
STF – Supremo Tribunal Federal
TDAH – Transtorno de Déficit de Atenção e Hiperatividade
TEA – Transtorno do Espectro Autista
TGD – Transtornos Globais do Desenvolvimento

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 – Proporção de estudantes da Educação básica na Educação Especial..**Erro! Indicador não definido.**

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1 – Estudantes da educação especial por tipo de deficiência	99
Gráfico 2 – Estudantes da educação especial por etapa	100
Gráfico 3 – Escolas da educação básica com sala de recursos multifuncionais.....	100

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	15
1 DIREITO À EDUCAÇÃO: UMA PREOCUPAÇÃO GLOBAL E A SUA POSIÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO	15
1.1 O papel central da educação no cumprimento da Agenda 2030 da ONU	15
1.2 Educação formal e deficiência: uma preocupação antiga	16
1.3 Educação como um direito fundamental social na Constituição da República	18
1.4 Princípios específicos da educação na Constituição da República	21
<i>1.4.1 Princípio da igualdade de condições para acesso e permanência na escola (Art. 206, I, CR)</i>	<i>21</i>
<i>1.4.2 Liberdade de ensino e aprendizagem e pluralismo de ideias e concepções pedagógicas (art. 206, II e III)</i>	<i>22</i>
<i>1.4.3 Gratuidade do ensino público (Art. 206, IV, da CR)</i>	<i>23</i>
<i>1.4.4 Valorização dos profissionais do ensino (Art. 260, V e VIII, da CR)</i>	<i>23</i>
<i>1.4.5 Gestão democrática do ensino (Art. 260, VI, da CR)</i>	<i>24</i>
<i>1.4.6 Garantia de qualidade (Art. 260, VII, da CR)</i>	<i>24</i>
<i>1.4.7 Aprendizagem ao longo da vida (Art. 260, IX, da CR)</i>	<i>25</i>
1.5 Outros princípios constitucionais sobre educação	25
<i>1.5.1 Princípio federalista e da colaboração (Art. 211, caput e §4º, da CR)</i>	<i>25</i>
<i>1.5.2 Princípio da universalização do ensino (Art. 211, caput e §4º, da CR)</i>	<i>27</i>
<i>1.5.3 Princípio da equidade</i>	<i>27</i>
<i>1.5.4 Princípio da laicidade</i>	<i>27</i>
<i>1.5.5 Princípio da livre iniciativa como estratégia à universalização do ensino</i>	<i>29</i>
1.6 O papel da Lei nº 9.394/96 – Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDBEN)	31
<i>1.6.1 Valorização de experiência extraescolar e vinculação entre o ensino, o trabalho e as práticas sociais (Art. 3º, X e XI, da LDBEN)</i>	<i>32</i>
<i>1.6.2 Consideração com a diversidade étnico-racial (Art. 3º, XII, da LDBEN)</i>	<i>32</i>
<i>1.6.3 Respeito às pessoas surdas, surdo-cegas e com deficiência auditiva (Art. 3º, XIV, da LDBEN)</i>	<i>33</i>
2 A INCLUSÃO EDUCACIONAL DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO – A NECESSIDADE DE UM OLHAR JUSPEDAGÓGICO	35
2.1 O atendimento à pessoa com deficiência na Constituição e na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional	35
2.2 Um olhar sobre a deficiência intelectual e sua relação com o ensino	35

2.3 Educação especial: uma modalidade de ensino	38
2.3.1 <i>Condição de permanência do educando com deficiência</i>	39
2.3.2 <i>Da educação especial e do Atendimento Educacional Especializado (AEE): desfazendo uma confusão</i>	40
2.3.3 <i>Da preferência pela rede regular de ensino para atendimento aos educandos com deficiência (Art. 58, da LDBEN)</i>	43
2.3.4 <i>Integração e inclusão: visões pedagógicas</i>	45
2.3.5 <i>Da competência para declarar a (im)possibilidade de integração de um aluno com necessidade especial educacional em sala de ensino regular</i>	48
2.3.6 <i>Integração e inclusão: do pedagógico para o juspedagógico</i>	50
2.3.7 <i>A incompreendida inclusão educacional</i>	54
2.4 A Lei nº 13.146/15 – Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência – Estatuto da Pessoa com Deficiência – mudanças severas na educação especial .	57
2.5 A concepção de educação e de ensino no Estatuto da Pessoa com Deficiência	59
2.6 Mudanças drásticas na concepção de atendimento educacional especializado (AEE) no art. 28 do Estatuto da Pessoa com Deficiência	60
3 INCOERÊNCIAS TELEOLÓGICAS DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA	62
3.1 Dos atritos do EPD com a Constituição da República, LDBEN e outros institutos juspedagógicos	62
3.2 Da desconstrução dos institutos da educação especial, atendimento educacional especializado, integração e inclusão	63
3.3 A ideia abolicionista das instituições de educação especial e sua violação ao princípio da igualdade material	65
3.4 Da liberdade conferida à iniciativa privada de ofertar educação formal	66
4 A SUPOSTA REVOGAÇÃO DA LDBEN PELO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA	69
4.1 Há antinomia a ser solucionada entre a LDBEN e o EPD?	69
4.2 Uma análise sobre a revogação do inciso III do art. 4º, o §2º do art. 58 da LDBEN pelos incisos III, X e XI e §1º, do art. 28 e do EPD	72
4.3 Aplicando os critérios tradicionais para solução da antinomia entre a LDBEN e o EPD	73
4.4 Da lacuna por inaplicabilidade e forma de solução	77
4.5 Da escusa diante da desproporcionalidade do ônus face à irrazoabilidade das adaptações determinadas pelo EPD sobre as instituições de ensino regular	81
4.6 Das inconstitucionalidades do Estatuto da Pessoa com Deficiência	88
4.6.1 <i>Inconstitucionalidade por violação do princípio da isonomia (igualdade material)</i>	88
4.6.2 <i>Inconstitucionalidade por violação da livre iniciativa: limitação, restrição ou imposição indevida de ônus ao exercício de uma liberdade?</i>	90

4.6.3 Da inconstitucionalidade por violação aos objetivos e princípios da ordem econômica e da negligência do Estado como agente normativo e regulador quanto à sua função planejadora.	91
4.6.4 Da negligência do Estado, como agente normativo e regulador, quanto à sua função planejadora.	95
5 PROPOSTAS DE SOLUÇÃO À LACUNA AXIOLÓGICA E ÀS INCONSTITUCIONALIDADES DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA	102
5.1 Pode o juiz decidir contra a lei?	102
5.2 Seria necessária uma declaração de inconstitucionalidade do Estatuto da Pessoa com Deficiência?	105
5.3 A supressão do termo “obrigatoriamente” do §1º do Art. 28, do Estatuto da Pessoa com Deficiência	108
5.4 Interpretação conforme com redução de texto e efeito repristinatório	110
5.5 Dos limites da eficácia <i>erga omnes</i> e do efeito vinculante das decisões proferidas pelo STF em controle abstrato de constitucionalidade.....	113
5.6 A possibilidade de um novo juízo de constitucionalidade do Estatuto da Pessoa com Deficiência	126
5.6.1. Novas concepções jurídicas sobre o tema.....	128
5.7 É possível o controle difuso de constitucionalidade do EPD a partir de novas concepções jurídicas?	131
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	135
REFERÊNCIAS	141

INTRODUÇÃO

O Direito à Educação é uma preocupação global. Não por menos protagonizou e protagoniza diversos tratados internacionais que revelam estreme de dúvidas considerar a educação o eixo integrador e consumidor de valores universais como a erradicação da pobreza em todos os seus níveis, a proteção do planeta da degradação, o fortalecimento dos direitos humanos, a promoção da paz universal com mais liberdade, entre outros.

O primeiro capítulo deste trabalho dedica-se a demonstrar a referida preocupação global diante de um inimigo histórico do acesso, permanência e alcance de sucesso acadêmico: a deficiência. Enfatizou-se nesta seção a Convenção da Organização das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, de 30 de março de 2007, promulgado no Brasil pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009 e a Agenda 2030 do ONU que dedica o Objetivo de Desenvolvimento Sustentável nº 4 à “Assegurar a educação inclusiva e equitativa de qualidade, e promover oportunidades de aprendizagem ao longo da vida para todos”.

Demonstrou-se, ainda no primeiro capítulo, que o Brasil décadas antes da sobredita Convenção já enaltecia a educação como fundamental ao alcance dos objetivos republicanos, insculpidos no art. 3º, da CR, afinal, sem educação, não há falar-se em cidadania e trabalho (art. 205, da CR), e, sem estes, torna-se utopia a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e das desigualdades sociais e a promoção do bem comum isento de qualquer preconceito e discriminação. Deu-se, ainda, à educação, especial destaque dentre os direitos fundamentais constantes da Constituição de 1988. Na redação do art. 6º, da CR, a educação inaugura o elenco dos onze direitos sociais, em seguida, outros vitais são estabelecidos: saúde, alimentação, trabalho, moradia, segurança etc. E, como direito social, a educação é situada na segunda dimensão de direitos fundamentais, que, como traço evolutivo em relação à dimensão antecedente afigura-se como direito positivo que reclama a intervenção estatal no sentido de garantir a fruição do referido bem jurídico, por meio da implementação de políticas públicas, a fim de proporcionar melhores condições de vida aos menos afortunados, proporcionando-lhes dignidade, bem como promover, tanto quanto possível, a igualdade substancial (real) entre os indivíduos e não meramente formal.

Não por menos a igualdade é o primeiro princípio norteador da ministração de educação, alcançando desde o acesso, perpassando pela permanência, estendendo-se até o alcance do sucesso acadêmico (art. 206, I, da CR); e, sob este enfoque, infere-se que a educação opera, precipuamente, em favor das minorias, dos pobres, daqueles à margem do processo produtivo, dos vulneráveis à situação de desemprego, seja por razões sociais, raciais, físicas, biológicas etc.

A igualdade material realiza-se, portanto, na promoção do acesso, permanência e alcance de resultados aos hipossuficientes em relações sociais que, sem a intervenção estatal, jamais ou rarissimamente ascenderiam, dentre as quais, a educação formal (ou ensino). Assim, o Estado é convocado a combater inimigos históricos que resultaram nas desigualdades que agem em detrimento do direito à educação, dentre os quais, como dito, há a deficiência, que tem desafiado o princípio de igualdade de oportunidades (acesso, permanência e sucesso acadêmico), fustigando o legislador e incitando o Poder Judiciário.

A Constituição já atribuía ao Estado o dever de promover atendimento educacional especializado aos educandos com deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino (art. 208, III, da CR).

Ocorre que, a fim de promover o acesso de todos, especialmente a segmentos antes excluídos do cenário educacional e, assim, atender a universalização do ensino, foi conferida à iniciativa privada a liberdade de ofertar educação, de forma secundária (art. 205, da CR), supletiva (art. 206, III, da CR) e condicionada (art. 209, da CR).

Nesse cenário de necessidade de arquitetura de um sistema de ensino que promovesse a coexistência de instituições públicas e privadas de ensino, em regime de colaboração entre os sistemas de ensino e a circulação necessária entre as modalidades de ensino surge a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – LDBEN (Lei nº 9.394/96), principal diploma de regência da educação que secunda o cânone constitucional e estabelece atendimento educacional especializado aos educandos com deficiência e o amplia para atender os educandos com transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação.

O segundo capítulo enaltece o caráter estruturante da LDBEN em relação ao sistema de ensino brasileiro, especialmente em relação aos institutos *juspedagógicos* elaborados para atender o educando com necessidade educacional especial, como a criação de uma modalidade específica de ensino – a especial –, a análise da condição de permanência do educando, bem como o processo integração como esforço simbiótico

entre as modalidades de ensino especial complementar – o Atendimento Educacional Especializado – e de ensino regular, que resulta na inclusão educacional.

Enfatizou-se que a hermenêutica jurídica não é suficiente à interpretação da LDBEN e pacificação dos conflitos educacionais, uma vez que elaborada sob uma ótica juspedagógica.

Em que pese a completude da LDBEN, em 15 de julho de 2015, foi promulgada a Lei nº 13.146/15, que instituiu a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, apelidada de Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD).

Ocorre que, a Lei nº 13.146, de 15 de julho de 2015, que instituiu a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, apelidada de Estatuto da Pessoa com Deficiência, passou a ser uma das normas gerais a serem observadas pelas instituições de ensino, e ao seu turno, introduziu mudanças sensíveis no cenário educacional, notadamente quanto à educação especial substitutiva e complementar – o AEE –, opondo obrigações específicas e exclusivas da educação na modalidade especial às instituições de educação de qualquer modalidade.

O terceiro capítulo dedica-se a analisar os impactos da proposta do EPD na estrutura educacional vigente, enumerando os institutos estruturantes da LDBEN que foram preservados, severamente impactados ou modificados e abolidos, oferecendo uma antevisão dos iminentes problemas a partir do novo cenário educacional.

O quarto capítulo foca na análise jurídica de uma possível antinomia entre o EPD e a LDBEN, analisando se houve revogação parcial desta, se se abriu lacuna axiológica e se há possibilidade de harmonização dos diplomas no ordenamento jurídico brasileiro à luz dos critérios tradicionais. Em seguida passa-se à análise de eventuais inconstitucionalidades provocadas pelo EPD, notadamente à luz do princípio da igualdade material (art. 5º, *caput* e 208, III, da CR), da livre iniciativa (art. 209, da CR), do princípio do livre exercício de atividade econômica (art. 170, parágrafo único, da CR) e regime de colaboração (art. 211, *caput* e §4º, da CR).

O quinto e último capítulo destaca que o EPD já foi submetido a um controle abstrato de constitucionalidade por meio da ADI 5.357, julgada improcedente por maioria; no entanto, busca responder se os argumentos apresentados nos capítulos anteriores – que diferem dos que fundamentaram a ADI 5.357 – compõem uma nova concepção jurídica sobre o EPD a caracterizar *distinguishing*, *anticipatory overruling* ou *overruling* que legitime a submissão deste a novo juízo de constitucionalidade, seja difuso ou abstrato, bem como se seria necessária a medida extrema de uma declaração de

inconstitucionalidade ou se bastaria uma interpretação conforme com redução de texto e efeito repristinatório.

1 DIREITO À EDUCAÇÃO: UMA PREOCUPAÇÃO GLOBAL E A SUA POSIÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO

1.1 O papel central da educação no cumprimento da Agenda 2030 da ONU

No ano de 2015, a Organização das Nações Unidas, reunidas em Assembleia Geral, contando com a participação de 193 Estados-Membros, traçou dezessete objetivos que abrigam 169 metas globais, cujo cumprimento espera-se que ocorra até o ano de 2030; daí o apelido do documento de Agenda 2030.

Os objetivos e metas foram reunidos a partir de uma pesquisa mundial iniciada no ano de 2013 na plataforma myworld2030.org. (ainda disponível). No ano de 2015 os dados da pesquisa foram reunidos e estabelecidos os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS).

A ONU reconhece a ousadia deste plano de ação e nele depõe a esperança de uma transformação global de ordem econômica, social e ambiental (erradicação da pobreza em todos os seus níveis, proteção do planeta da degradação, fortalecimento dos direitos humanos, promoção da paz universal com mais liberdade etc.). Ao desenvolvimento conjunto de todas essas frentes a ONU chama desenvolvimento sustentável.

O plano de ação foi posto em atividade em 2016 e, para supervisão e revisão dos objetivos e metas, em nível global, foi designado o *High Level Political Forum* (Fórum Político de Alto Nível), órgão vinculado à Assembleia Geral e ao Conselho Econômico e Social da ONU, que, em cumprimento às suas atribuições

[...] facilitará o compartilhamento de experiências, incluindo sucessos, desafios e lições aprendidas, e fornecerá liderança política, orientação e recomendações para o acompanhamento. Ele promoverá a coerência de todo o sistema e a coordenação das políticas de desenvolvimento sustentável. Deve assegurar que a Agenda continue a ser relevante e ambiciosa e deve centrar-se na avaliação dos progressos, realizações e desafios enfrentados pelos países desenvolvidos e em desenvolvimento, bem como questões novas e emergentes.

São dezessete os ODS, todos interconectados, contudo, a nosso sentir, mais do que uma interconexão, a maior parte deles estabelece relação de interdependência com a educação (tema do ODS nº 4), afinal, sem educação formal, não há falar-se em erradicação da pobreza, da fome, promoção de agricultura sustentável, crescimento econômico, pleno emprego, consciência

ambiental, eliminação de disparidades de gênero, consumo sustentável, entre outros objetivos e metas.

O progresso de uma sociedade pressupõe o seu desenvolvimento no campo moral, técnico e científico. É através da educação que se pode dotar o corpo social de um status ético e intelectual, capaz de promover a superação de seus principais problemas. Para assegurar o conhecimento, a cultura, a pesquisa, o Estado utiliza-se de numerosas leis que organizam a educação em todos os seus níveis.¹

O ODS nº 4 da Agenda 2030 visa “Assegurar a educação inclusiva e equitativa de qualidade, e promover oportunidades de aprendizagem ao longo da vida para todos”, traçando metas que abrangem matrícula plena de todas as crianças e adolescentes nos níveis primário e secundário, promoção de condições de acesso ao ensino técnico, profissional e superior, eliminação de disparidades de gênero, alfabetização e desenvolvimento de conhecimentos básicos de matemática do maior número de adultos possível, adaptação de instalações físicas para promoção de ambiente seguro, não violento e inclusivo, qualificação dos profissionais da educação entre outros.

A educação, portanto, desempenha papel crucial na antevisão onusiana de um mundo composto por sociedades livres, justas, igualitárias, solidárias, prósperas, plenamente alfabetizadas, tecnológicas, ecologicamente equilibradas, com acesso pleno a recursos naturais hígidos e, sobretudo, harmônicas entre si.

1.2 Educação formal e deficiência: uma preocupação antiga

Dentre os inimigos históricos do direito à educação formal concorre a *deficiência*, opondo obstáculos em toda trajetória acadêmica do educando com deficiência: quando superado o acesso, a permanência é penosa – seja em razão das instalações físicas, inadaptabilidade do método de ensino, ou, ainda, pelo estado de negação dos pais ou responsáveis pelo educando com deficiência que insistem na matrícula em instituição que não oferta a modalidade de ensino adequada e necessária.

¹ NADER, Paulo. **Introdução do Estudo do Direito**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 57.

Por tais razões, a Agenda 2030, nos itens 4.5² e 4.a, tratou da relação deficiência-aprendizagem – cujo tratamento legislativo constitui tema da presente dissertação – e enfatizou a igualdade de acesso a todos os níveis e ambiente de aprendizagem eficaz.

Contudo, deve-se frisar que a própria ONU já havia se dedicado ao assunto dos direitos das pessoas com deficiência ao estabelecer a Convenção da Organização das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, de 30 de março de 2007, promulgado no Brasil pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009.

O artigo 24 da Convenção tratou da educação, inclusive conclamando os Estados-Partes a assegurar “[...] sistema educacional inclusivo em todos os níveis, bem como o aprendizado ao longo de toda a vida”, estimulando-os a promoverem, em seus sistemas de ensino, adaptações razoáveis, individuais e coletivas, a fim de proporcionar o acesso das pessoas com deficiência ao ensino e facilitar sua efetiva educação.

Ainda, em demonstração da preocupação global em torno da educação, corrobora aquele que é o documento de maior proeminência em prol de uma sociedade educativa: o relatório para a UNESCO da Comissão Internacional sobre Educação para o Século XXI, sob a presidência de Jacques Delors, intitulado “Educação: um tesouro a descobrir”, que erigiu os quatro pilares da educação:

Aprender a conhecer, que açambarca tanto o desenvolvimento de uma cultura geral, quanto o aprofundamento no conhecimento de um número reduzido de assuntos. Refere-se, este pilar ao ato de “aprender a aprender”.

Aprender a fazer, aponta para a qualificação profissional, não apenas quanto à realização de tarefas, mas de todo o contexto profissional: trabalho em equipe, solução de conflitos, interação etc. Enfim, a aplicação prática dos conhecimentos adquiridos.

Aprender a conviver, visando o desenvolvimento do relacionamento pessoal, em especial da compreensão e respeito à visão do outro. Busca preparar o indivíduo desde o gerenciamento de conflitos até a compreensão mútua da paz.

Aprender a ser, para ajudar a moldar, o melhor possível, a personalidade do indivíduo, conferindo-lhe, cada vez mais, autonomia, discernimento e responsabilidade pessoal.³

² “4.5 até 2030, eliminar as disparidades de gênero na educação e garantir a igualdade de acesso a todos os níveis de educação e formação profissional para os mais vulneráveis, incluindo as pessoas com deficiência, os povos indígenas e as crianças em situação de vulnerabilidade

4.a construir e melhorar instalações físicas para a educação, apropriadas para crianças e sensíveis às deficiências e ao gênero e que proporcionem ambientes de aprendizagem seguros, não violentos, inclusivos e eficazes para todos”

³ DELORS, Jacques. **Educação** – Um tesouro a descobrir. São Paulo, SP: Cortez Editora, 1997.

O relatório enaltece a educação a tal ponto, que lhe designa papel de destaque à compreensão mútua da paz.

Essa atenção global, se por um lado coloca em movimento os governos do mundo em direção às políticas educacionais, por outro faz com que os governos lidem inadequadamente com o senso de urgência, implementando medidas desprovidas planejamento, notadamente no que se refere às políticas de inclusão educacional. Em que pese as nobres intenções do Estado, a ausência de planejamento na elaboração e implementação de políticas de inclusão podem até promover igualdade formal, mas de modo algum atingem a igualdade material, bem perseguido pelos direitos sociais; tampouco, tais políticas açodadas, concebem a “educação como um todo”⁴, negligenciando os quatro pilares destacados por Jacques Delors.

Em se tratando de inclusão educacional, há uma tendência, cada vez mais realçada, de se associar a pessoa com necessidade especial específica tão somente ao terceiro pilar – *aprender a conviver* – em detrimento dos demais. Com efeito, cuidar da inteireza de apenas um dos pilares de um edifício de quatro, inexoravelmente, resultará em ruína.

Se por um lado a antiguidade da preocupação com a relação ensino-deficiência traz o alento de que os governos estão se movimentando para solucionar a questão, por outro provocam a apreensão de que a repetição dos mesmos enunciados em documentos garantistas revelam a iniciativa de requestrar as mesmas medidas que sempre existiram e nunca produziram resultados. Parece, assim, tratar-se de um problema de interpretação de normas e de implementação de políticas públicas.

1.3 Educação como um direito fundamental social na Constituição da República

A relação indigitada por Montesquieu se verifica, também, na constituição dos direitos sociais, que nascem, se desenvolvem e, até mesmo, se transformam, numa verdadeira relação dialética com as circunstâncias sociais, econômicas e culturais. E é da análise dessa pluralidade de fatores que dependerá o êxito de uma norma em promover a ordem social.

O direito à educação é social porque afigura-se como direito *positivo*, que reclama a intervenção estatal no sentido de *garantir* a fruição do referido bem jurídico, por meio da implementação de políticas públicas. Entretanto, transcende tal natureza e assume a de *fundamental*, dada a sua imprescindibilidade e, também, por representar direito correspondente ao mínimo existencial e instrumento essencial à promoção da dignidade da pessoa humana, ao

⁴ DELORS, Jacques. **Educação** – Um tesouro a descobrir. São Paulo, SP: Cortez Editora, 1997.

alcance de uma sociedade livre, justa e solidária, da autodeterminação dos povos e da cooperação entre os povos para o progresso da humanidade.

Como posto, a partir do art. 205, da CR, o direito à educação apresenta dupla índole no que concerne à prestação positiva estatal: a uma porque cabe ao Estado não apenas abster-se de imiscuir-se ilegitimamente na esfera das liberdades individuais, mas de prover meios para que tais liberdades sejam concretizadas; a duas porquanto ordenam a implantação de um sistema: desde a sistematização política até a sistematização institucional⁵; esta última consistente na organização, manutenção e desenvolvimento de órgãos e instituições oficiais.

Como se observou, o direito à educação é direito social, portanto, de segunda dimensão, tendo como traço característico a imposição ao Estado de verdadeira *obrigação de fazer*, e “[...] se realizam pela execução de políticas públicas, destinadas a garantir amparo e proteção social aos mais fracos e mais pobres; ou seja, aqueles que não dispõem de recursos próprios para viver dignamente”⁶, democratizando o acesso aos direitos sociais àqueles que, por si, não teriam condições de alcançá-los, promovendo, assim, igualdade material.

A garantia constitucional dos direitos sociais tem por objetivo (i) na esfera individual, a implementação de políticas públicas que proporcionem dignidade ao homem em sua máxima efetividade e; (ii) na esfera coletiva, eliminar ou reduzir as desigualdades sociais.

Nessa esteira, a educação formal é, simultaneamente, *objeto* e *instrumento*.

É *objeto* porque se trata de um direito social a ser implementado pelo Estado, que abrange, entre outras ações, a instalação de escolas, aumento do número de vagas, contratação e formação de professores, remuneração adequada aos profissionais da educação, implementação de sistemas de controle de qualidade etc.

É *instrumento* porque por meio da educação outros direitos sociais serão exercidos e objetivos constitucionais serão atingidos. “A existência de condições mínimas de educação é imprescindível para que se exerça, em plenitude, outros direitos protegidos pela constituição.”⁷

⁵ Cf. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**, São Paulo: SaraivaJur, 2020, 15ª ed. rev. e atual. p. 715: “Nos últimos tempos vem a doutrina utilizando-se do conceito de *direito à organização e ao procedimento* (*Recht auf Organisation und auf Verfahren*) para designar todos aqueles direitos fundamentais que dependem, nas sua realização, tanto de providências estatais com vistas à criação e conformação de órgãos setores ou repartições (direito à organização) como de outras, normalmente de índole normativa, destinadas a ordenar a fruição de determinados direitos ou garantias, como é o caso das garantias processuais-constitucionais (direito de acesso à Justiça, direito de proteção judiciária, direito de defesa)”.

⁶ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 12ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2019, p. 78.

⁷ MEDINA, José Miguel Garcia. **Constituição Federal comentada**. São Paulo, SP: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

O mesmo pensamento levou Anísio Teixeira a sobrelevar o direito à educação ao patamar de “direito dos direitos”, afirmando que “[...] todos os outros direitos são vãos, se o homem continuar ignorante e desaparelhado para gozá-los ou conquistá-los”.⁸

O papel da educação na conquista e exercício de outros direitos, inclusive fundamentais, levou o Supremo Tribunal Federal, no Julgamento do AgRg no RE 594.018-7⁹, sob a relatoria do Ministro Eros Grau, a cancelar a educação como *direito fundamental e indisponível*, cabendo ao Estado prover os meios necessários ao seu exercício.

Tal compreensão assume relevante valor no plano global, uma vez que os direitos fundamentais, sob a ótica dos direitos de terceira dimensão, são convertidos em direitos humanos difusos, essenciais ao ser humano, não como indivíduo, mas como gênero. São direitos comuns à espécie humana de cuja preservação dependem os valores fundantes intrínsecos àqueles.

O terceiro momento – constituinte histórico da terceira classe ou geração de direitos humanos – é o dos **direitos da solidariedade**, ou direitos de fraternidade, típico da **legislação comunitária**, que despontou a partir de meados do século 20. Quanto ao perfil: *estendem-se* a todos os seres humanos, mas não *compreendidos* na sua individualidade, porém na sua generalidade: como gênero humano. São os direitos plenamente sociais, essencialmente sociais, em toda sua compreensão e extensão, em toda a pureza e grandeza do conceito “social”. Defendem os valores humanos mais básicos e genéricos da sociedade humana. Na verdade se estendem a toda sociedade humana indistinta e difusamente considerada em sua generalidade. Daí por que o nome que mais lhe convém, quanto à extensão, é o de **direitos difusos**.¹⁰

Sob essa ótica, a educação compõe, também, o rol de direitos de terceira dimensão – dos direitos difusos – dada a sua imprescindibilidade à promoção da dignidade da pessoa humana, ao alcance de uma sociedade livre, justa e solidária, autodeterminação dos povos, cooperação entre os povos para o progresso da humanidade, erradicação da pobreza, entre outros.

Mesmo com diversas características distintas variáveis contidas em cada uma delas (como exemplo, na educação as variáveis possíveis são alfabetização, escolaridade, nível de instrução), a educação é um dos aspectos com maior

⁸ TEIXEIRA, Anísio. **Educação é um direito**. Rio de Janeiro, RJ: UFRJ, 1996.

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AgRg no RE nº 594.018-7**, Relator Min. Eros Grau. Segunda Turma, julgado em 23/06/2009, DJe 07/08/2009. Disponível em <https://abrir.link/hKgAq>. Acesso em 31/12/2023.

¹⁰ BARROS, Sérgio Resende de. **Três Gerações de Direitos**. Disponível em <https://shre.ink/cLpo>. Acesso em 01/01/2023.

influência na probabilidade de determinado indivíduo sair de uma armadilha de pobreza.¹¹

Enfim, os numerosos desafios trazidos com os ventos da globalização só poderão ser enfrentados com a promoção de uma formação educacional adequada aos povos.

1.4 Princípios específicos da educação na Constituição da República

Décadas antes da preocupação global revelada na Convenção da Organização das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, no Relatório Jacques Delors (UNESCO) e na Agenda 2030, o Brasil já assentava em sua Constituição (art. 206, I a IX) os mesmos princípios, além de outros, repetidos nos referidos documentos.

1.4.1 Princípio da igualdade de condições para acesso e permanência na escola (Art. 206, I, CR)

A igualdade formal é ampla e abrangentemente garantida pelo art. 5º, *caput*, da CR, ao afirmar que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”, e nisso depõe alicerçar um dos objetivos da República (art. 3º, IV, da CR).

Como cinzelada nos dispositivos acima, a igualdade é apenas um parâmetro de criação e interpretação de normas a impedir que pessoas sejam alijadas de direitos por questões completamente alheias ao próprio direito.

No entanto, a igualdade formal e sua taxatividade não é suficiente para resolver os problemas reais da sociedade, onde assimetrias e desproporções são visivelmente constatadas. Daí a necessidade de um novo parâmetro de igualdade a complementar o formal: o *material*, ou *substancial* ou *real*.

Enquanto a igualdade formal é verificada a partir da relação *norma-pessoas*, a igualdade material é aferida a partir da relação *pessoas-direito* (bem).

A igualdade material insta o Estado a volver o olhar para todo o tipo de obstáculo que impeça a fruição de um direito (o acesso). Provoca-o a implementar políticas públicas a fim de aproximar hipossuficientes do direito que formalmente têm, mas que sem a intervenção estatal jamais ou rarissimamente acessariam.

¹¹ CIRINO, Giovanni. **A inclusão social na área educacional**. São Paulo: Cengage Learning, 2016.

Apesar da igualdade formal, estreme de dúvidas, consagrada no *caput* do art. 206, I, da CR, não haverá igualdade material entre concidadãos se um dispõe de transporte público para acessar a instituição de ensino e outro não; não haverá igualdade material entre uma pessoa com deficiência e uma sem deficiência, colegas de turma, se na instituição de ensino não houver adaptação de acessibilidade.

Se, para a concepção formal de igualdade, esta é tomada como pressuposto, como um dado e um ponto de partida abstrato, para a concepção material de igualdade, esta é tomada como um resultado ao qual se pretende chegar, tendo como ponto de partida a visibilidade às diferenças. Isto é, essencial mostra-se distinguir a diferença e a desigualdade. A ótica material objetiva construir e afirmar a igualdade com respeito à diversidade.¹²

A igualdade formal, com a sua austeridade e simetria, combate toda e qualquer forma de discriminação, mas deve ceder à *discriminação positiva*, que consiste no ressaltar da diferença a fim de proporcionar equidade no gozo de direitos formalmente garantido a todos.

O mesmo raciocínio se aplica à permanência na instituição de ensino.

1.4.2 Liberdade de ensino e aprendizagem e pluralismo de ideias e concepções pedagógicas (art. 206, II e III)

A liberdade de ensino e aprendizagem abrange as ações que configuram a prática da educação formal: a pesquisa, a formação do pensamento, a manifestação do pensamento, inclusive de crítica, a eleição do método pedagógico e do método de ensino para transmissão do conhecimento. Tais direitos são garantidos tanto para docentes quanto para discentes, exceto, para esses últimos, de escolha dos métodos pedagógicos e de ensino. Essa troca livre, isenta de qualquer represália, caracteriza o pluralismo de ideias.

Analisando detidamente, é possível concluir que a liberdade de ensino e aprendizagem é açambarcada pela liberdade de pensamento – tanto de formação quanto de manifestação. No entanto, ao constituinte, houve por bem repisá-lo, vinculando-o ao magistério. Isso porque o sistema de ensino ainda estava marcado por alguns traumas do regime militar, notadamente pela vinculação ideológica imposta aos docentes nos arts. 176, §3º, VII c/c 154, da Emenda Constitucional nº 1, de 1969, cuja transcrição se faz necessária:

¹² PIOVESAN, Flávia. In: DIAS, Joelson [et al] (Org.). **Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: Novos Comentários**. Brasília, Presidência da República, 2014, p. 11.

Art. 176 A educação, inspirada no princípio da unidade nacional e nos ideais de liberdade e solidariedade humana, é direito de todos e dever do Estado, e será dada no lar e na escola.

§ 3º A legislação do ensino adotará os seguintes princípios e normas:

VII - a liberdade de comunicação de conhecimentos no exercício do magistério, ressalvado o disposto no artigo 154.

Art. 154 O abuso de direito individual ou político, com o propósito de subversão do regime democrático ou de corrupção, importará a suspensão daqueles direitos de dois a dez anos, a qual será declarada pelo Supremo Tribunal Federal, mediante representação do Procurador Geral da República, sem prejuízo da ação cível ou penal que couber, assegurada ao paciente ampla defesa.

A inclusão dos princípios da liberdade de ensino e aprendizagem, do pluralismo de ideias e concepções pedagógicas, apesar de garantidos pela liberdade de pensamento, teve a intenção de colocar bálsamo sobre uma chaga sentida de forma particularizada pelos docentes na quadra daquele regime.

Evidentemente, o exercício dessa liberdade por parte dos docentes, vincula-se ao programa da disciplina e à orientação metodológica do estabelecimento de ensino que o contrata.

1.4.3 Gratuidade do ensino público (Art. 206, IV, da CR)

Cuida-se de um reconhecimento da importância da educação formal ao alcance dos objetivos republicanos.

A gratuidade do ensino público representa uma investida significativa à derrubada de um obstáculo de feição econômica inviabilizador da igualdade material em relação ao acesso (art. 206, IV, da CR).

1.4.4 Valorização dos profissionais do ensino (Art. 260, V e VIII, da CR)

De início, deve-se esclarecer que a valorização não representa apenas, mas também a remuneração digna.

A valorização perpassa pelo aperfeiçoamento contínuo, incentivo para o crescimento acadêmico, estímulo à pesquisa, oportunidade de promoção profissional, e, como dito de início, também, pela paga condizente com o trabalho desempenhado e importância social da profissão.

Não é coerente que se deposite na educação tamanho potencial transformador da humanidade e o profissional a quem se confia tal mister perceba remuneração que lhe proporcione apenas para o mínimo existencial, tendo que ativar-se em outras atividades, deixando, por fim, o magistério em segundo plano.

Assim, o princípio em intertítulo abriga duas dimensões: a *retrospectiva*, que representa uma reparação histórica do magistério, porquanto resgata o prestígio dos professores que, além de tolhidos em sua liberdade de ensino e aprendizagem em outro regime, eram, ainda, mal remunerados, mesmo a essencialidade da função sendo a mesma desde sempre; a *prospectiva*, que visa estimular que outros queiram ingressar na carreira docente, tanto pela importância da profissão, quanto pela valorização, que vai desde o incentivo ao crescimento à uma estabilidade financeira que confere dignidade.

1.4.5 Gestão democrática do ensino (Art. 260, VI, da CR)

A gestão de democrática depende de lei para sua implementação, sendo de competência de cada sistema de ensino (Federal, Estadual e Municipal) legislar sobre o tema.

A gestão democrática significa uma ruptura com uma educação formal a serviço de ideologias religiosas e/ou políticas, por meio do estreitamento da relação da sociedade civil (família, comunidade, profissionais, entidades diversas) com o Poder Público para estabelecimento e acompanhamento das políticas educacionais e processos de integração comunidade–escola.

1.4.6 Garantia de qualidade (Art. 206, VII, da CR)

A qualidade de que trata o art. 206, VII, da CR não pode ser visto sob a ótica consumerista de garantia de resultado, mas pode refletir nesta relação.

A garantia de qualidade refere-se conjugação de fatores distribuídos entre os diversos atores do cenário educacional que comporão um ensino de qualidade.

Por parte da instituição de ensino, instalações adequadas, acesso à materiais relevantes, emprego adequado da tecnologia, professores preparados e com formação adequada etc. Por parte da família, acompanhamento da vida estudantil do educando, estímulo e participação nas atividades extraclasse, elevação da autoestima, provimento de alimentação adequada,

imposição de disciplina necessária, momentos de lazer etc. Por parte do educando compromisso, empenho, assiduidade, disciplina etc.

Quanto mais dos elementos acima presentes, maior será a qualidade do ensino.

O sucesso acadêmico tem mais probabilidade de ocorrer num ambiente educacional de qualidade, contudo, este não é garantia daquele.

1.4.7 Aprendizagem ao longo da vida (Art. 260, IX, da CR)

O inciso IX foi incluído pela Emenda Constitucional nº 108, de 2020.

A aprendizagem ao longo da vida é conceituada como

[...] toda a actividade de aprendizagem em qualquer momento da vida, com o objectivo de melhorar os conhecimentos, as aptidões e competências, no quadro de uma perspectiva pessoal, cívica, social e/ou relacionada com o emprego.¹³

A plenitude do desenvolvimento da pessoa, objetivo da educação exposto no art. 205, da CR, não se refere a um ideal que ao ser atingido torna-se estável e permanente. A plenitude é completamente temporal e submissa ao dinamismo das relações sociais. Uma sociedade em constante transformação instará o educando a buscar plenitudes ao longo de sua existência.

Constata-se, inequivocamente, que a Constituição da República já enaltecia os princípios que compõem agendas globais e futuras sobre educação.

1.5 Outros princípios constitucionais sobre educação

Ainda, do texto constitucional, é possível extrair outros princípios que norteiam a educação formal:

1.5.1 Princípio federalista e da colaboração (Art. 211, caput e §4º, da CR)

¹³ SITOE, Reginaldo Manuel. Aprendizagem ao Longo da Vida: Um conceito utópico? In **Comportamento Organizacional e Gestão**, 2006, vol. 12, nº 2, pp. 283-290. Disponível em <https://shre.ink/cLpk> – acesso em 06/02/2023.

Por *sistemas* deve-se conceber uma “totalidade ordenada”.¹⁴

Nos termos do art. 211, *caput* e §4º, da CR, os sistemas de ensino pátrios (Federal, Estadual e Municipal) devem operar em regime de colaboração. A expectativa é que as instituições que integram os sistemas de ensino formem um todo, uma unidade.

O regime de colaboração é um conceito umbilicalmente ligado ao Princípio Federativo.

O Estado Federativo é aquele que admite descentralização política, outorgando aos estados-membros sua própria capacidade política e administrativa, contudo, preservando-se a soberania¹⁵.

Evidentemente, a descentralização característica do Estado Federativo admite gradação: maior ou menor autonomia aos estados-membros, com reservas ao poder central.

Sendo certo que, a argamassa que une esses membros descentralizados, para que essa não atinja um limite nocivo à manutenção da soberania e do conceito de nação é a colaboração, essa relação de confiança, cooperação, unidade.

A própria palavra “federação” se origina na palavra latina *foedus*, no sentido de ligar, mas de etimologia comum com *fido* (confiar, fidúcia), *fides* (fé), significando aliança, pacto, união.

É correto, portanto, afirmar que, uma ruptura ou fragilidade nesse vínculo de colaboração, ou representaria um retrocesso a um estado unitário, onde há *subordinação* a um poder central sem autonomia dos estados-membros – cenário anterior à Constituição de 1988, ou levaria à formação de uma *confederação*, tornando-se cada estado-membro um país com soberania própria e autonomia, inclusive, para deixar de compor a confederação.

É, pois, esse regime de colaboração [e não de subordinação, imposição], que se espera dos sistemas de ensino.

Quando há uma imposição do poder central, o ato impositivo já guarda potencial atentatório contra o Princípio Federativo, que, ao contrário, enaltece o diálogo, a parceria.

Os responsáveis pelo sistema federal precisam fazer uma opção dolorosa, mas estratégica e necessária: honrar a Constituição da República e estabelecer uma longa maratona de diálogos com a totalidade dos sistemas de ensino estaduais e municipais, considerando sua importância no regime federativo como parceiros (e não como subordinados); ou ir pelo caminho da centralização, com o atropelo das normas constitucionais por artifícios que lhes consigam

¹⁴ Cf. BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10. ed. (tradução de Maria Celeste C. J. Santos). Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997, p. 74.

¹⁵ Cf. RIBEIRO, Luiz Lauro Gomes. **Direito Educacional** – Educação Básica e Federalismo. São Paulo, SP: Quartier Latin, 2009, p. 130.

dar a condição de dirigentes de um sistema único que subordine os demais e os transforme em tão somente cumpridores de diretrizes deles emanadas.¹⁶

Assim sendo, deve haver um mínimo de convergência nos programas de ensino entre os sistemas, de modo a permitir a migração e um educando de um sistema para outro. A remuneração dos profissionais da educação não poder ser discrepantes entre si, sob pena de estimular a busca pelo sistema mais vantajoso e deixar carente o outro.

Os sistemas de ensino devem cooperar, ainda, na busca dos objetivos comuns do art. 214, I a VI, da CR.

1.5.2 Princípio da universalização do ensino (Art. 211, caput e §4º, da CR)

A universalização do ensino almeja a matrícula de 100% dos estudantes público-alvo da educação formal, comprometendo-se, para tanto, o Poder Público, em remover todos os óbices que se levantam contra o acesso de todos ao ensino.

A universalização é um ponto de convergência do princípio da colaboração: não importa qual sistema está provendo o atendimento, importa que se trata de acesso ao ensino, acenando para atingimento do objetivo.

1.5.3 Princípio da equidade

A equidade perfaz-se na promoção da igualdade material, ou seja, na tomada da providência que tem o condão de proporcionar à pessoa hipossuficiente igualdade de acesso a determinado bem ou direito. Diz-se daí, que, entre os destinatários de determinado bem ou direito, houve tratamento equitativo.

1.5.4 Princípio da laicidade

A ênfase na laicidade do ensino público foi dada por razões históricas, que retrata o início da educação formal no Brasil como instrumento de proselitismo, como método para conversão dos indígenas ao catolicismo.

¹⁶ HENTZ, Paulo. **O Princípio Federativo e o Regime de Colaboração**. Disponível em <https://shre.ink/cLpf> – acessado em 06/02/2023.

Tal dispositivo combate a imposição de dogma religioso, mas não a confessionalidade; impede a subversão da educação, mas jamais a liberdade de ensino e aprendizagem. Por essa razão, nas instituições oficiais, o ensino religioso é de matrícula facultativa.

A relevante contribuição feita pelas instituições confessionais é reconhecida, tanto que se trata de categoria de instituição (a confessional) reconhecida pela LDBEN em seus arts. 19, §1º. e 33.

O art. 33, *caput* e §§1º e 2º, da LDBEN foi questionado via ação direta de inconstitucionalidade de nº 4.439-DF¹⁷, encampada pela Procuradoria Geral da República (PGR), propugnando declaração de inconstitucionalidade do ensino confessional nas escolas públicas por entender que o ensino religioso em escolas públicas só pode ser de natureza não confessional.

Votaram pela improcedência do pedido os ministros Alexandre de Moraes, Edson Fachin, Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cármen Lúcia. Ficaram vencidos os ministros Luís Roberto Barroso (relator), Rosa Weber, Luiz Fux, Marco Aurélio e Celso de Mello, que se manifestaram pela procedência da ação.

Os vencidos manifestaram preocupação em comum em relação ao dirigismo estatal em relação à crença das pessoas e a fragilização do princípio da laicidade estatal, notadamente pela fixação de critério religioso para admissão de um agente público, que apresentará determinada crença em caráter oficial.

Em que pese a relevância e legitimidade dos argumentos sucumbentes, prevaleceu o entendimento de que a facultatividade quanto à matrícula e frequência, bem como a vedação ao proselitismo, mantém incólume a liberdade religiosa e a laicidade estatal.

Muito embora a origem da laicidade estatal propugnasse quase uma indiferença do Estado em relação às entidades religiosas, negando-lhes inclusive personalidade jurídica, no Brasil a laicidade tem matizes de *aconfessionalismo*, porquanto reconhece a personalidade jurídica das instituições religiosas e, em prol do interesse público, consente a operação conjunta em regime de colaboração (art. 19, I, da CR).

Não se deve confundir com o Estado ateu e o Estado confessional. Ambos operam em combate: o primeiro às confissões religiosas, o segundo contra toda crença que difira da religião oficial.

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.439**. Requerente: Procuradoria Geral da República. Intimado(as): Presidente da República e Congresso Nacional, Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Relator do acórdão: Min. Alexandre de Moraes. Brasília, 27 de setembro de 2017. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3926392>. Acesso em 07/02/2023.

1.5.5 Princípio da livre iniciativa como estratégia à universalização do ensino

A preferência constitucional pelo ensino público é inequívoca, não por menos conferiu-se tal mister à iniciativa privada, mediante a observância das condições apresentadas no art. 209, I e II, da CR: (i) cumprimento das normas gerais da educação nacional e (ii) autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público.

A prestação do serviço de educação é uma atividade típica do Estado, que pode também ser realizada pela iniciativa privada em caráter complementar à ação estatal, mediante autorização e avaliação do Poder Público e atendimento das normas gerais de educação. Aqui se concorda com Jorge Miranda quando escreve que, ainda que o Estado tivesse recursos suficientes para atender toda a demanda, a liberdade de educação ensejaria também a liberdade das entidades privadas de ofertarem o serviço. Em uma sociedade aberta, em que o público não se identifica com o estatal, a oferta de educação pelo Estado é fundamental e prioritária, mas ela não exclui a participação da iniciativa privada.¹⁸

O setor educacional se apresenta como um dos mais regulados do país. Isto ocorre por duas razões principais: (i) a uma porque se trata de um campo extremamente dinâmico quanto a interação estabelecida entre os seus atores: gestores, professores, colaboradores, alunos, pais e/ou responsáveis, fornecedores etc., que cotidianamente inauguram relações que demandam do Estado a elaboração de leis ou de atos infralegais regulatórios. O dinamismo do setor não pode esperar o processo legislativo, de modo que os atos infralegais regulatórios são produzidos largamente; (ii) a duas porque o setor educacional estabelece interface com os mais diversos ramos do Direito: consumidor, trabalho, administrativo, penal, civil, entre outros.

Em que pese o vasto acervo legislativo, deve-se conceber por *normas gerais da educação nacional* não o conjunto de todas as leis e atos infralegais, mas aqueles elaborados para aplicação geral, sem direcionamento específico guiado por sistema, nível ou modalidade de ensino.

São normas a serem observadas indistintamente por entidades públicas ou privadas, da creche ao ensino superior, de educação profissional técnica de nível médio (art. 36-B, da LDBEN), de educação de jovens e adultos (art. 37, da LDBEN), de educação profissional e

¹⁸ MALISKA, Marcos Augusto. In: CANOTILHO, Joaquim José Gomes [et al] (Org.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo, SP: Saraiva Educação, 2018, p. 2054.

tecnológica (art. 39, da LDBEN), de educação especial (art. 58, da LDBEN) e educação bilíngue de surdos (art. 60-A, da LDBEN) e ensino regular (normal).

Assim sendo, é possível afirmar que por normas gerais de educação nacional, deve-se conceber aquelas que têm natureza estruturante do setor educacional (norma de diretriz).

Duas são as normas que apresentam esse nível de generalidade e condão estruturante do setor educacional: (i) a Lei nº 9.394/96 – a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDBEN) e (ii) a Lei nº 13.005/2014 – o Plano Nacional de Educação (PNE).

A LDBEN estabelece os parâmetros organizacionais e administrativos dos sistemas de ensino. Trata-se do principal diploma de regência, de cuja observância depende a coesão, a unidade, dos referidos sistemas.

O PNE determina diretrizes, metas e estratégias para a política educacional no período de 2014 a 2024. Sendo, portanto, uma norma-programa de estruturação aberta.

Portanto, as normas gerais da educação nacional de que trata o inciso I, do art. 209, da CR, de observância imposta a toda e qualquer instituição privada de ensino refere-se, precipuamente, à LDBEN e ao PNE.

A reserva ao Poder Público da competência para autorizar e avaliar as entidades privadas que queiram ofertar ou seguir ofertando educação formal, reforça a primariedade do Estado quanto à promoção do aludido direito social.

A autorização demanda uma análise acurada por parte do órgão estatal de um conjunto de condições e de documentos¹⁹ a serem elaborados e apresentados pela pessoa jurídica de direito privado que queira ofertar educação formal.

A perda do padrão de qualidade no funcionamento do estabelecimento de ensino pode ensejar a suspensão de novas matrículas até que a o padrão seja restabelecido ou, não havendo empenho, instauração de sindicância para cassação da autorização anteriormente concedida.

Num setor tão criteriosamente regulado, indaga-se: qual o alcance da liberdade conferida à iniciativa privada, de que trata o art. 209, *caput*, da CR?

Tal liberdade se consuma de duas maneiras, consideradas a seguir:

¹⁹ Por exemplo, no Estado de São Paulo a documentação a ser elaborada consta da Deliberação CEE 138/2016 compreende: ofício do mantenedor da escola; proposta pedagógica; regimento escolar; relatório contendo a qualificação e experiência do diretor (Pareceres CEE 80/2011 e 373/2014 e Indicação CEE 23/2022), condições adequadas de titularidade e instalações do imóvel com descrição dos espaços e relação dos materiais e equipamentos didáticos disponíveis, certidão de regularidade no CNPJ e Termo de Responsabilidade referente às condições de segurança, higiene, definição do uso do imóvel, à capacidade financeira para manutenção do estabelecimento e cursos pretendidos e à capacidade técnico-administrativa para manter o acervo e registros dos documentos escolares regularmente expedidos.

A primeira se opera no fato de a iniciativa privada poder ofertar ensino em todos os níveis e modalidades.

[...] no entanto, o dispositivo declara livre o ensino à iniciativa privada, atendidas as condições ali indicadas. emprega “ensino” com sua conotação aberta, o que significa que a iniciativa privada pode oferecer o ensino em todos os seus níveis e modalidades.”²⁰

A segunda – decorrente da primeira e muito importante para o presente trabalho – se perfaz na *opção* que a iniciativa privada tem de *eleger* a(s) modalidade(s) e o(s) nível(is) a ser(em) ofertado(s).

Ao passo que o Estado, por ser constitucionalmente detentor do dever primário e pleno de ofertar educação formal, deve fazê-lo em todos os níveis e modalidades (sem exceção!), a iniciativa privada, secundária e supletiva, *pode* fazer a sua opção.

Assim, a iniciativa privada *pode optar* por ofertar educação no nível infantil na modalidade regular; ou ofertar ensino médio na modalidade técnica; ou, ainda, ofertar, exclusivamente, educação especial ou educação regular, e assim por diante, sendo que tal opção lhe impõe a exclusividade de oferta no segmento de sua autorização e não em outros.

O franqueamento da atividade educacional à iniciativa privada desempenha papel importante no alcance da universalização do ensino, sendo certo que o Estado atuando solo não atingiria tal objetivo.

Como visto, o Brasil já apresentava em sua Constituição, há mais de década, um núcleo axiológico a direcionar o ensino, mais abrangente do que os objetivos e metas globais para a educação estabelecidos em documentos compromissórios internacionais.

1.6 O papel da Lei nº 9.394/96 – Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDBEN)

Trata-se, a LDBEN, do instrumento legislativo orgânico e geral da educação brasileira; e veio suprir, em larga medida, a instância legiferante da qual carecem as normas de conteúdo programático, como é o caso do direito à educação.

A LDBEN, como o próprio nome anuncia, assumiu o papel marcante de *norma de organização e de base*, na medida em que impõe aos entes federativos (União, Estados e

²⁰ SILVA, José Afonso da. **Comentários Contextual à Constituição**. São Paulo, SP: Malheiros Editores, 2012, p. 795.

municípios) “organizar, manter e desenvolver órgãos e instituições oficiais”²¹ do seu respectivo sistema de ensino (federal, estadual ou municipal). Cuidou de assentar os princípios bases da educação nacional e revelar seu objetivo; atribuiu deveres ao Estado, à família e à sociedade quanto à educação; retratou os níveis modalidades de ensino e estabeleceu procedimentos operacionais gerais com base em institutos juspedagógicos; tratou dos recursos para financiamento da educação pública; e indigitou disposições gerais.

Trata-se do principal diploma de regência, de cuja observância depende a coesão, a unidade, dos referidos sistemas.

Repisou, a LDB, em seu artigo 2º,²² o teor do art. 205, da CR; e em seu art. 3º, I a XIV,²³ replicou os princípios do art. 206, I a IX, da CR. Acrescentou apenas os princípios dos incisos X, XI, XII e XIV, considerados a seguir:

1.6.1 Valorização de experiência extraescolar e vinculação entre o ensino, o trabalho e as práticas sociais (Art. 3º, X e XI, da LDBEN)

Considerando que educação ocorre nos diversos setores sociais, convergindo para a formação holística do educando, o método de ensino deve aproveitar as experiências externas e utilizá-las como canais de transmissão e absorção de conhecimento.

Ao mesmo tempo que utiliza as experiências externas para atingir o seu fim de ensinar, as instituições de ensino devem demonstrar como os conhecimentos adquiridos em sala de aula são aplicáveis nos outros setores sociais.

Dessa forma, o ensino será revestido de praticidade.

1.6.2 Consideração com a diversidade étnico-racial (Art. 3º, XII, da LDBEN)

²¹ (LDBEN) Arts. 9º, II, 10, I e 11, I.

²² (LDBEN) Art. 2º. A educação, dever da família e do Estado, inspirada nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana, tem por finalidade o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

²³ (LDBEN) Art. 3º. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar a cultura, o pensamento, a arte e o saber; III - pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas; IV - respeito à liberdade e apreço à tolerância; V - coexistência de instituições públicas e privadas de ensino; VI - gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais; VII - valorização do profissional da educação escolar; VIII - gestão democrática do ensino público, na forma desta Lei e da legislação dos sistemas de ensino; IX - garantia de padrão de qualidade; X - valorização da experiência extraescolar; XI - vinculação entre a educação escolar, o trabalho e as práticas sociais.

A Constituição já consagra como um dos objetivos da República a eliminação de toda e qualquer forma de discriminação (art. 3º, IV).

A repetição de tal preceito na LDBEN tem apenas o objetivo de convocar as instituições de ensino a cooperar na formação de pessoas sem preconceito, cuidando para incluir em seu projeto pedagógico, práticas que enalteçam a fraternidade e a solidariedade.

1.6.3 Respeito às pessoas surdas, surdo-cegas e com deficiência auditiva (Art. 3º, XIV, da LDBEN)

O inciso em apreço foi incluído pela Lei nº 14.191, de 2021, e trouxe significativa atualização acerca da comunidade surda.

Indigitou quatro fatores de diversidade a serem considerados para estabelecimento de políticas educacionais dirigidas à comunidade surda: (i) humana; (ii) linguística; (iii) cultural; e (iv) identitária.

A diversidade humana atine à melhor compreensão das diferenças e identificação dos tipos individuais, superando qualquer conduta que desconsidere a pessoa surda em suas particularidades além da deficiência.

A surdez ou a deficiência auditiva propiciou o desenvolvimento de uma linguagem própria, que concentra na visão, nos gestos e expressões faciais e nos estímulos sonoros (vibrações) a forma de se comunicar e interagir com o mundo.

O incremento de sinais luminosos aos sonoros é um ato simples, mas de profundo respeito, no ambiente escolar.

O respeito linguístico se materializa na disponibilização de intérprete nos estabelecimentos de ensino a fim de que o educando surdo ou com deficiência auditiva tenha condição de permanência em sala de aula e possibilidade de alcance do sucesso acadêmico.

O respeito à cultura surda alerta as instituições de ensino a conhecerem a arte surda e promover apresentações em que os educandos surdos possam ser espectadores ou apresentadores.

A arte surda envolve desde competições de poesias em libras – com elevada riqueza de expressão corporal e facial –, tradução de canções em libras – trata-se de um grande desafio para o intérprete que traduzirá, além da letra, as sensações provocadas pela harmonia, melodia e intensidade (propriedades musicais), o teatro surdo, são alguns exemplos.

Por fim, há a diversidade identitária, que desperta os estabelecimentos à realidade de que surdez não é uma deficiência que reflete da mesma forma em todas as pessoas que acomete.

Há pessoas surdas que não tem interesse em oralizar e optam por se comunicar apenas por Libras; há as que, no mais das vezes, por falta de orientação e estímulo, não se comunicam em língua portuguesa e nem em libras, valendo-se apenas de mímicas; há, também, pessoas surdas influenciadas pela cultura ouvinte que querem aprender a oralizar, ler e escrever em língua portuguesa; há as que optam pela leitura labial; entre outras.

Essa diversidade identitária interessa profundamente aos estabelecimentos de ensino, a fim de promoverem o acesso e permanência dos educandos surdos ou com deficiência auditiva.

Como se verifica, e já se observou, o Brasil já havia assentado princípios educacionais, tanto na Constituição, quanto na LDBEN, que compõem pautas globais futuras.

Se, por um lado, revela o vanguardismo brasileiro e uma antevisão privilegiada dos rumos da educação, por outro, denuncia a carência de políticas públicas ou mesmo o cuidado com tão relevante tema social.

Entretanto, por ser signatário de tratados e promulgar convenções, se submete à supervisão e direcionamento dos órgãos competentes para tanto, o que traduz esperança de avanço neste setor vital aos desideratos republicanos e à transformação da humanidade.

2 A INCLUSÃO EDUCACIONAL DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO – A NECESSIDADE DE UM OLHAR JUSPEDAGÓGICO

2.1 O atendimento à pessoa com deficiência na Constituição e na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional

O art. 208, III, da CR, estabelece como dever do Estado a garantia de *atendimento educacional especializado* aos educandos com deficiência, a ser prestado preferencialmente na rede regular de ensino.

O enaltecimento da educação como direito social fundamental e o respeito às diferenças são marcas do constitucionalismo de 1988 e inspiraram a redação do art. 208, III, que, numa releitura mais simples, garante que diferença alguma será motivo para que uma pessoa não receba educação formal.

Implícita está a promessa de que haverá empenho legislativo e de políticas públicas para garantir o acesso e permanência ao sistema educacional. Ou seja, a promessa de um sistema educacional – com o perdão do anacronismo – inclusivo.

Esse compromisso ganhou fôlego na LDBEN, que concebeu a educação especial ao mesmo tempo que concebeu todas as outras modalidades e o sistema educacional como um todo, à luz da Constituição da República, fazendo valer o étimo da palavra *sistema*.²⁴

Cuidou, a LDBEN, de elaborar o conceito, classificar a educação especial como modalidade de ensino e estabelecer os institutos juspedagógicos que sustentam a sua operação.

2.2 Um olhar sobre a deficiência intelectual e sua relação com o ensino

A deficiência pode recair sobre as funções físicas, mentais, intelectuais ou sociais, nos termos do art. 4º, I, II, III, IV, *a, b, c, d, e, f, g, h*, V, do Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999, que regulamentou a Lei 7.853, de 24 de dezembro de 1989. A deficiência, portanto, atrai um olhar *endógeno* por se tratar de condição intrínseca à pessoa.

²⁴ SISTEMA – do Grego *synístanai*, “colocar junto ao mesmo tempo”, de *syn-*, “junto”, mais *hístanai*. *Systema* passou a designar “reunião de diversas partes diferentes”. Disponível em <https://shre.ink/cLEO> – acesso em 06/02/2023.

As barreiras impostas pela deficiência correspondem a *necessidades especiais* a serem supridas. Estas atraem um olhar *exógeno*, pois referem-se à atuação externa em direção à conformação das diferenças impostas por alguma deficiência no ambiente pretendido (*in casu*, no ambiente escolar), a fim de promover a igualdade material para acesso, permanência e possibilidade de alcance do sucesso acadêmico. Daí o emprego do termo *necessidade educacional especial*.

Quer-se dizer com isso que nem toda deficiência, a depender do ambiente onde se manifesta, revela alguma necessidade especial. Por exemplo: um cadeirante revela *deficiência física*, sendo certo que no ambiente escolar a sua necessidade especial será de acessibilidade; porém a sua deficiência não representa uma *necessidade educacional especial*. O personagem do exemplo não *necessita* de adaptação no método de ensino, de um professor auxiliar, de redução no volume de atividades extraclasse etc.; entretanto, necessitará de acesso a rampas, mobiliário escolar com medidas diferenciadas, banheiros adaptados etc.

É certo que o cenário educacional é abrangente e dinâmico e abriga educandos que apresentam todas as formas de deficiência, e ensejam medidas por parte das instituições de ensino, como, por exemplo, as adaptações de acessibilidade aos deficientes físicos, a implementação de tecnologias assistivas aos deficientes sensoriais, a combinação de providências aos educandos com deficiências múltiplas etc.

Contudo, especificamente em relação à aprendizagem, somente a *deficiência intelectual*, que abrange os transtornos globais do desenvolvimento (TGD), será considerada, porquanto seja a única a opor barreiras ao desenvolvimento do educando em relação aos objetivos do ensino com cujo “tratamento” os métodos de ensino podem contribuir.

Portanto, faz-se necessário o conhecimento acerca da deficiência intelectual, bem como da distinção entre esta e a doença mental.

Deve-se esclarecer, de imediato, que o termo *deficiência intelectual* foi adotado na pedagogia para representar um grupo de transtornos do neurodesenvolvimento que incluem alguns muito comuns no ambiente escolar: o Transtorno do Espectro Autista (TEA), o Transtorno de Déficit de Atenção e Hiperatividade (TDAH), o Transtorno do Desenvolvimento Intelectual, o Atraso Global do Desenvolvimento, Transtorno Específico da Aprendizagem (dislexia, disgrafia, discalculia), Síndrome de Down, entre outros.

Segundo o DSM-5 – Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais,

Os transtornos do neurodesenvolvimento são um grupo de condições com início no período do desenvolvimento. Os transtornos tipicamente se manifestam cedo no desenvolvimento, em geral antes de a criança ingressar

na escola, sendo caracterizados por déficits no desenvolvimento que acarretam prejuízos no funcionamento pessoal, social, acadêmico ou profissional. Os déficits de desenvolvimento variam desde limitações muito específicas na aprendizagem ou no controle de funções executivas até prejuízos globais em habilidades sociais ou inteligência.²⁵

E acerca da deficiência intelectual, assim conceitua:

A deficiência intelectual (transtorno do desenvolvimento intelectual) caracteriza-se por déficits em capacidades mentais genéricas, como raciocínio, solução de problemas, planejamento, pensamento abstrato, juízo, aprendizagem acadêmica e aprendizagem pela experiência. Os déficits resultam em prejuízos no funcionamento adaptativo, de modo que o indivíduo não consegue atingir padrões de independência pessoal e responsabilidade social em um ou mais aspectos da vida diária, incluindo comunicação, participação social, funcionamento acadêmico ou profissional e independência pessoal em casa ou na comunidade²⁶.

A *American Association on Intellectual and Developmental Disabilities*, considera como deficiência intelectual as “[...] limitações significativas no funcionamento intelectual e no comportamento adaptativo, como expresso nas habilidades práticas, sociais e conceituais, originando-se antes dos 18 anos”.²⁷

Os demais transtornos, muito embora tenham especificadores predominantes em áreas não escolares, nestas também podem refletir, como no caso do TEA, que, a depender do grau, pode acarretar comprometimento intelectual ou não.

Os transtornos do neurodesenvolvimento diferem completamente das *doenças mentais* ou *transtornos mentais*.

Conservado abaixo nos seus exatos termos, o DSM-5 – Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais, assim conceitua o transtorno mental:

Um transtorno mental é uma síndrome caracterizada por perturbação clinicamente significativa na cognição, na regulação emocional ou no comportamento de um indivíduo que reflete uma disfunção nos processos psicológicos, biológicos ou de desenvolvimento subjacentes ao funcionamento mental. Transtornos mentais estão frequentemente associados

²⁵ AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION. **Manual diagnóstico e estatístico de transtornos mentais** [recurso eletrônico]: DSM-5 / tradução: Maria Inês Corrêa Nascimento [et al.] Porto Alegre: Artmed, 2014, p. 31.

²⁶ *Ibidem*, p. 75.

²⁷ AMERICAN ASSOCIATION ON INTELLECTUAL AND DEVELOPMENTAL DISABILITIES. **Intellectual disability, definition, classification, and systems of supports**. 11ª ed. Washington (DC), 2010.

a sofrimento ou incapacidade significativos que afetam atividades sociais, profissionais ou outras atividades importantes.²⁸

Enquanto a deficiência intelectual é marcada por uma limitação no desenvolvimento de funcionalidades essenciais para compreender e lidar com o meio – no caso, o meio escolar –, a doença mental não retira do indivíduo tais funcionalidades, mas pode comprometê-las em razão dos fenômenos psíquicos que alteram a percepção da realidade (personalidade, comportamento, ambiente etc.).

Por não se tratar de doença, a deficiência intelectual demanda a estimulação da pessoa nas áreas em que a limitação se manifesta. É certo que muitas limitações envolvem áreas que são trabalhadas na relação ensino-aprendizagem, daí dizer-se que é a única forma de deficiência em que parte do “tratamento” reside nos métodos pedagógicos e de ensino associados à modalidade adequada ao educando.

2.3 Educação especial: uma modalidade de ensino

O emprego do termo *modalidade de ensino* tem o objetivo de destacar aspectos particulares de uma categoria de educação formal. A principal característica suscitada ao se empregar o termo modalidade de ensino é o público-alvo daquela categoria.

A LDBEN prevê as seguintes modalidades de ensino: educação regular, educação profissional técnica de nível médio (art. 36-B), educação de jovens e adultos – EJA (art. 37), educação profissional e tecnológica (art. 39), educação especial (art. 58) e educação bilíngue de surdos (art. 60-A).

É de se notar que, a despeito do método de ensino particular de cada uma das categorias, o título que se lhes atribuem incluem o público-alvo a que se destinam.

A criação de diversas modalidades tem como motivação maior a busca pela qualidade, que almeja prover da melhor forma o aprendizado para o educando, bem como a universalização do ensino.

²⁸ AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION. **Manual diagnóstico e estatístico de transtornos mentais** [recurso eletrônico]: DSM-5 / tradução: Maria Inês Corrêa Nascimento [et al.] Porto Alegre: Artmed, 2014, p. 20.

Dentre as modalidades acima mencionadas situa-se a educação especial, destinada a “[...] educandos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação”,²⁹ nos termos do art. 58, *caput*, da LDBEN.

Além do público-alvo ser o principal elemento caracterizador da modalidade de ensino denominada educação especial, há elementos juspedagógicos que somam à sua particularidade, sendo os principais: permanência, atendimento educacional especializado (AEE), integração e inclusão, considerados doravante:

2.3.1 *Condição de permanência do educando com deficiência*

O termo “condição” se refere a um estado de coisas ou circunstâncias que não privilegiam não deficientes em detrimento de deficientes na concorrência às vagas em determinada instituição de ensino privada ou ao sucesso acadêmico.

Sob este prisma, então, o “acesso” e a “permanência” são resultados de uma conformação pedagógica, para permitir que o educando com deficiência tenha as mesmas oportunidades de ingresso, desenvolvimento e sucesso acadêmico que um aluno não deficiente. Trata-se da promoção da igualdade material.³⁰

Tal esclarecimento afigura-se importante porque, de ordinário, o acesso e a permanência têm sido equivocadamente interpretados à dicção do direito de ir e vir, sob o qual, acesso, refere-se à entrada em algum recinto, e, permanecer, ao direito de ficar neste mesmo recinto sem ser incomodado ou retirado sem justificativa plausível.

Condição de acesso e permanência não pode ser confundida com *direito* de acesso e permanência.

Ocorre que a conformação pedagógica para permitir a igualdade de acesso, permanência e possibilidade de sucesso acadêmico não depende apenas da ação do estabelecimento de ensino. O educando também deve apresentar condições que possibilitem a eficácia das adaptações realizadas.

Assim sendo, a condição de permanência da parte do educando caracteriza-se pelo desenvolvimento da (i) autonomia para a prática das atividades da vida diária e da (ii) capacidade de aprendizagem no nível pretendido na modalidade regular.

²⁹ (LDBEN) Art. 58. Entende-se por educação especial, para os efeitos desta Lei, a modalidade de educação escolar oferecida preferencialmente na rede regular de ensino, para educandos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação. (Redação dada pela Lei nº 12.796, de 2013).

³⁰ Cf item 1.4.1.

A autonomia refere-se à “[...] submissão do indivíduo a uma disciplina que ele próprio escolhe e a constituição da qual ele elabora com sua personalidade”.³¹

Essa autonomia é conquistada com o decorrer do tempo e com a superação dos níveis de ensino.

Se, em determinado momento, essa autonomia sofre drástica redução, prejudicada está a *permanência* do aluno do estabelecimento regular de ensino, impondo-se a sua migração para um estabelecimento de educação especial. Noutro giro, se um educando atinge o máximo de sua potencialidade, não havendo possibilidade de progressão acadêmica, deve-se proceder à terminalidade específica (art. 59, II, da LDBEN).

Assim, a condição de permanência de educando com necessidade educacional especial, depende de providências externas: políticas públicas e adaptações razoáveis por parte da instituição de ensino; e de um fator interno: a autonomia e condição de aprendizagem do educando.

2.3.2 Da educação especial e do Atendimento Educacional Especializado (AEE): desfazendo uma confusão

Como visto, educação especial é modalidade de ensino destinada a “[...] educandos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação”, nos contornos do art. 58, da LDBEN.

O artigo 3º, da Resolução CNE/CEB nº 2, de 11 de setembro de 2001, que instituiu as diretrizes nacionais para a educação especial na educação básica, esmiuça o conceito e o processo que corresponde a educação especial:

Art. 3º Por educação especial, modalidade da educação escolar, entende-se um processo educacional definido por uma proposta pedagógica que assegure recursos e serviços educacionais especiais, organizados institucionalmente para apoiar, complementar, suplementar e, em alguns casos, substituir os serviços educacionais comuns, de modo a garantir a educação escolar e promover o desenvolvimento das potencialidades dos educandos que apresentam necessidades educacionais especiais, em todas as etapas e modalidades da educação básica.

³¹ PIAGET, Jean. **Sobre a pedagogia**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 1998, p. 47.

Do dispositivo acima transcrito, depreende-se que a educação especial exerce dois papéis no sistema educacional: (i) substitutiva ou (ii) complementar.³²

O papel *substitutivo* da educação especial é desempenhado nas *classes especiais*, preparadas para receber educandos com deficiência intelectual severa que lhes retira a condição de permanência (no sentido juspedagógico) e, portanto, não há possibilidade de integração às classes comuns do ensino regular.

Na hipótese apresentada não haverá atuação, ao menos por ora, do ensino regular; este, que era preferencial (art. 4º, III, da LDBEN) foi *substituído* pela educação especial diante da necessidade educacional especial do educando, que não poderia ser suprida pela proposta pedagógica daquele ensino comum.

Impende, no entanto, esclarecer que a atuação substitutiva da educação especial em nada se relaciona com definitividade, de modo que o educando que frequenta substitutivamente as classes especiais, pode, no decorrer do processo, desenvolver autonomia e condição de aprendizagem em nível que permita iniciar o processo de integração.

No seu papel *complementar*, a educação especial atua concomitantemente ao processo de integração do aluno com necessidades educacionais especiais ao ensino regular, em forma de *Atendimento Educacional Especializado*, atendendo aos ditames constitucionais (art. 208, III, da CR), desde que o educando apresente condição de permanência (autonomia e condição e aprendizagem).

A Resolução CNE-CEB nº 4/2009, que instituiu as diretrizes operacionais para o atendimento educacional especializado na educação básica, assim determinou em seu art. 5º:

Art. 5º O AEE é realizado, **prioritariamente, na sala de recursos multifuncionais da própria escola ou em outra escola de ensino regular, no turno inverso da escolarização, não sendo substitutivo** às classes comuns, podendo ser realizado, também, em centro de Atendimento Educacional Especializado da rede pública ou de instituições comunitárias, confessionais ou filantrópicas sem fins lucrativos, conveniadas com a Secretaria de Educação ou órgão equivalente dos Estados, Distrito Federal ou dos Municípios. (Ênfase suprida)

O dispositivo acima reafirma a natureza complementar do AEE: enfatiza não se tratar de substitutivo às classes comuns – hipótese que só ocorreria se a integração não fosse possível; ocorre no turno inverso da escolarização; é praticado em sala de recursos multifuncionais.

³² Muito embora o dispositivo atribua à educação especial natureza de **apoio, suplementar e complementar**, entendemos que tenha havido excesso de zelo do órgão autor do ato administrativo, haja vista não haver na norma qualquer outra menção que permita diferenciar tecnicamente os três termos acima mencionados. Deve-se destacar, também, que, mesmo tomados em seus sentidos ordinários, os referidos termos não se opõem mutuamente.

O AEE não trabalha conteúdos de sala de aula como se fosse reforço escolar, porquanto não visa o aprendizado do educando com necessidade educacional especial, mas busca desenvolver a sua *autonomia e independência*.

No documento intitulado Diretrizes Operacionais da Educação Especial para o Atendimento Educacional Especializado na Educação Básica, elaborado pela Secretaria de Educação Especial do Ministério da Educação, a função do AEE é assim delineada:

O atendimento educacional especializado - AEE tem como função identificar, elaborar e organizar recursos pedagógicos e de acessibilidade que eliminem as barreiras para a plena participação dos alunos, considerando suas necessidades específicas. Esse atendimento complementa e/ou suplementa a formação dos alunos com vistas à autonomia e independência na escola e fora dela.³³

Em resumo: educação especial é modalidade gênero do qual se destacam as espécies (i) classes especiais – ou educação especial propriamente dita; e (ii) atendimento educacional especializado (AEE). As primeiras preparadas para receber educandos com deficiência intelectual severa que lhes retira a condição de permanência. O AEE destinado aos educandos com deficiência, mas com condição de permanência e possibilidade de integração.

Importante destacar que, no que concerne à legitimidade para oferecer AEE, a Portaria nº 243/2016, do MEC, em seu art. 2º, assim assentou:

Art. 2º As instituições públicas e privadas comunitárias, confessionais, sem fins lucrativos, especializadas em educação especial, poderão desenvolver as seguintes atividades:

I - ofertar o Atendimento Educacional Especializado – AEE aos alunos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades/superdotação, de forma complementar às etapas e/ou às modalidades de ensino, definidas no projeto político pedagógico;

Tem-se, portanto, à dicção do dispositivo supra, que somente as instituições especializadas em educação especial e conveniadas com o Poder Público podem ofertar ou realizar o AEE.

Este controle por parte do Poder Público se justifica porque há financiamento público para os estabelecimentos de ensino que desejam ofertar a modalidade especial mediante

³³ BRASIL. Ministério da Educação. **Diretrizes operacionais da educação especial para o atendimento educacional especializado na educação básica**. Disponível em <https://shre.ink/1q6x> – acesso em 02/01/2023.

convênio, acerca do qual trata a Lei 7.611/2011, quando, então, será cadastrada no FUNDEB (Decreto 6.571/2008)³⁴.

2.3.3 Da preferência pela rede regular de ensino para atendimento aos educandos com deficiência (Art. 58, da LDBEN)

O art. 58, *caput*, da LDBEN,³⁵ ao conceituar educação especial, acrescentou que a clientela da referida modalidade será atendida *preferencialmente* na rede regular de ensino.

Há a tendência equivocada de se interpretar o termo *preferencialmente* como atribuição da prerrogativa de escolha do estabelecimento e da modalidade de ensino pelos pais e/ou responsáveis, ou ainda por profissionais estranhos à atividade pedagógica (médicos, psicólogos, psiquiatras etc.).

Ao se interpretar dessa forma, transmuda-se o termo *preferencialmente* em *obrigatoriamente*, anulando (praticamente) eventual encaminhamento do educando com necessidade especial específica às escolas, classes e serviços especializados.

³⁴ “O Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (Fundeb) atende toda a educação básica, da creche ao ensino médio. Substituto do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério (Fundef), que vigorou de 1997 a 2006, o Fundeb está em vigor desde janeiro de 2007 e se estenderá até 2020.

É um importante compromisso da União com a educação básica, na medida em que aumenta em dez vezes o volume anual dos recursos federais. Além disso, materializa a visão sistêmica da educação, pois financia todas as etapas da educação básica e reserva recursos para os programas direcionados a jovens e adultos.

A estratégia é distribuir os recursos pelo país, levando em consideração o desenvolvimento social e econômico das regiões — a complementação do dinheiro aplicado pela União é direcionada às regiões nas quais o investimento por aluno seja inferior ao valor mínimo fixado para cada ano. Ou seja, o Fundeb tem como principal objetivo promover a redistribuição dos recursos vinculados à educação.

A destinação dos investimentos é feita de acordo com o número de alunos da educação básica, com base em dados do censo escolar do ano anterior. O acompanhamento e o controle social sobre a distribuição, a transferência e a aplicação dos recursos do programa são feitos em escalas federal, estadual e municipal por conselhos criados especificamente para esse fim. O Ministério da Educação promove a capacitação dos integrantes dos conselhos.” Disponível em <http://portal.mec.gov.br/fundeb> - acesso em 01/06/2023.

³⁵ (LDBEN) Art. 58. Entende-se por educação especial, para os efeitos desta Lei, a modalidade de educação escolar oferecida preferencialmente na rede regular de ensino, para educandos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação. (Redação dada pela Lei nº 12.796, de 2013)

§ 1º Haverá, quando necessário, serviços de apoio especializado, na escola regular, para atender às peculiaridades da clientela de educação especial.

§ 2º O atendimento educacional será feito em classes, escolas ou serviços especializados, sempre que, em função das condições específicas dos alunos, não for possível a sua integração nas classes comuns de ensino regular.

§ 3º A oferta de educação especial, dever constitucional do Estado, tem início na faixa etária de zero a seis anos, durante a educação infantil.

O termo *preferencialmente*, a bem da verdade, não se divorcia do seu significado adverbial e representa uma opção que, em condição de igualdade com outra, deve prevalecer: se, a despeito da necessidade educacional especial, o aluno apresentar condição de permanência em sala comum do ensino regular, nesta deve ser matriculado, muito embora também tenha o direito de ser matriculado em instituição de educação especial.

No entanto, deve-se frisar que as escolas, classes e serviços especializados serão acionados na impossibilidade de integração do educando nas classes comuns do ensino regular, onde *preferencialmente* devem ser matriculados (art. 59, da LDBEN).

O termo “preferencialmente” não arvorou impor uma modalidade de ensino sobre a outra, mas convocar os estabelecimentos de ensino à ponderação diante do caso concreto: havendo as duas possibilidades em pé de igualdade, dê-se a *preferência* ao sistema regular de ensino. E o mesmo se dá na direção inversa: não havendo as duas possibilidades em pé de igualdade, dada a especificidade, particularidade ou gravidade de uma necessidade especial específica, deve *predominar* a instituição mais apropriada, conforme estabelece o §1º, do art. 1º, da LDBEN, cuja transcrição se faz necessária:

Art. 1º A educação abrange os processos formativos que se desenvolvem na vida familiar, na convivência humana, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos movimentos sociais e organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais.

§ 1º Esta Lei disciplina a educação escolar, que se desenvolve, **predominantemente**, por meio do ensino, em instituições próprias. (Ênfase suprida)

Assim, exsurge a seguinte questão: entre as opções de estabelecimento de ensino regular e estabelecimento de ensino especializado, deve-se observar qual dispositivo: (i) o artigo 1º, §1º, da LDB, e predominar a instituição própria, ou seja, educação especial? Ou (ii) o artigo 58, da LDB, e preferir a instituição de ensino regular? Qual advérbio – preferencialmente ou predominantemente – teria mais força vinculante?

Analisadas em seus sentidos ordinários, poder-se-ia dizer que a “predominância” tem força de regra e a “preferência” exceção. Contudo, não é o escopo da LDBEN determinar, ou estabelecer como dever a matrícula numa ou noutra instituição, tampouco revestir de maior ou menor grau de alcance os advérbios, mas provocar a *ponderação*. E dessa ponderação, surge, então, a principal questão: quais alunos portadores de necessidades especiais podem matricular-se na rede regular de ensino? A resposta “politicamente correta” que muito se fala em cursos e discursos hodiernamente, fazendo-se má interpretação dos preceitos juspedagógicos, é:

“todos”. Entretanto, o correto a se afirmar é que *todos* têm direito à educação, mas a matrícula será regida pela possibilidade de integração (condição de permanência) do educando com necessidade especial específica nas classes comuns ou se haverá de ser encaminhado para a educação especial.

Seria mais precisa e direta seguinte indagação: “quais alunos com necessidades especiais específicas podem matricular-se na rede regular de ensino?” E a resposta seria: “aqueles que reúnem *condições de permanência* nas classes comuns do ensino regular.

Sublinhe-se que a própria Lei de Diretrizes e Bases da Educação (art. 58, §2º) admite a hipótese de impossibilidade de integração (permanência) do aluno com necessidade especial específica em estabelecimento de ensino regular.

2.3.4 Integração e inclusão: visões pedagógicas

Sob o prisma pedagógico a integração e a inclusão escoram-se em valores como a diversidade, aceitação, igualdade de acesso e permanência, oportunidade de alcance de sucesso acadêmico, entre outros.

A diversidade de valores permite, conseqüentemente, a elaboração de visões distintas dos referidos institutos dentro da própria pedagogia: (i) há os que consideram integração e inclusão institutos incompatíveis; (ii) os que enaltecem o aspecto sociointeracionista da integração e da inclusão, deixando em segundo plano a formação do educando (escrita, leitura e cálculo); e (iii) os que entendem que a integração e a inclusão são ideais a serem atingidos, porém nem sempre possíveis de serem implementados em razão das limitações impostas pela própria deficiência.

Muito embora todas as correntes contem com fundamentos plausíveis e convirjam em relação ao objetivo, a saber: inserir o educando cuja deficiência revele necessidade educacional especial pedagógica, diferem inconciliavelmente no tocante à execução das propostas que oferecem.

Os adeptos da primeira corrente - que consideram integração e inclusão institutos incompatíveis – tendem ao radicalismo: opõem-se frontalmente ao sistema de ensino como estruturado na LDB e propugnam a extinção da modalidade denominada educação especial, por considerarem-na segregadora e discriminatória.

Combatem a integração na medida em que entendem que esta admite o convívio das modalidades de ensino especial e regular, bem como o trânsito do educando com necessidade

educacional especial entre elas, a partir sua condição. Defendem que a escola deve se adaptar para receber o educando e não o educando se adaptar à escola.

A sua bandeira é a inclusão, que concebem como o processo que admite a inserção dos educandos com necessidades especiais educacionais sem qualquer ressalva e em torno das necessidades dos educandos se estrutura e se adapta. Pregam uma mudança radical do sistema de ensino, notadamente a abolição da modalidade especial de ensino.

Assim se expressam:

Quanto à inclusão, esta questiona não somente as políticas e a organização da educação especial e da regular, mas também o próprio conceito de integração. Ela é incompatível com a integração, pois prevê a inserção escolar de forma radical, completa e sistemática. Todos os alunos, sem exceção, devem frequentar as salas de aula do ensino regular.³⁶

E acerca da proposta disruptiva da perspectiva educacional vigente e da estrutura do sistema educacional conforme a LDBEN, assim defendem:

O radicalismo da inclusão vem do fato de exigir uma mudança de paradigma educacional, à qual já nos referimos anteriormente. Na perspectiva inclusiva, supprime-se a subdivisão dos sistemas escolares em modalidades de ensino especial e ensino regular. As escolas atendem às diferenças sem discriminar, sem trabalhar à parte com alguns alunos, sem estabelecer regras específicas para se planejar, para aprender, para avaliar (currículos, atividades, avaliação da aprendizagem para alunos com deficiência e com necessidades educacionais especiais).³⁷

Representando a segunda corrente - que enaltece o aspecto sociointeracionista da integração e da inclusão, deixando em segundo plano a formação do educando (escrita, leitura e cálculo) – discursam que no sentido de que a inclusão educacional não é um fim em si mesma, mas uma etapa a ser superada rumo ao objetivo maior: a inclusão social.

Semelhantemente à corrente anterior, admitem a ideia de inclusão total, ainda que seja para o educando com necessidade especial socializar com os colegas e, assim, rejeitam a ideia de uma modalidade especial de educação. Todavia, esta corrente não atinge o extremo de propor a abolição do sistema de ensino como traçado na LDBEN.

³⁶ MANTOAN, Maria Teresa Eglér. **Inclusão Escolar: O que é? Por quê? Como fazer?** São Paulo. Editora Moderna, 2003, p. 24.

³⁷ *Idem*, p. 25.

Alguns autores preferem salientar que a inclusão deve ser tratada a partir de uma perspectiva mais ampla, qual seja, pensar a inclusão social, sendo a inclusão educacional um dos aspectos mais relevantes.³⁸

Por fim, para a terceira corrente – que entende que a integração e a inclusão são ideais a serem atingidos, porém nem sempre possíveis de serem implementados em razão das limitações impostas pela própria deficiência – integração e inclusão são termos sinônimos³⁹ e, de modo algum, se opõe à coexistência do ensino regular e da educação especial, porém admitem que a deficiência pode não ser suprida pela proposta pedagógica do ensino regular, ensejando a migração para a educação especial substitutiva.

De qualquer forma, a melhor proposta pedagógica é a educação inclusiva, conforme centenas de experiências em vários países do mundo têm indicado. Quando, porém, faltarem as condições para o sucesso pedagógico da proposta, é melhor procede com cuidado. Mais prudente é acompanhar a evolução da situação escolar da criança e, caso haja dificuldades na convivência escolar, pode-se pensar na transferência para a escola especial. Com um sensível acompanhamento e como uma avaliação contínua da experiência e a estabilização de reações negativas (por exemplo, frustração, desmotivação para aprendizagem escolar, evasão da escola, etc.).⁴⁰

Nota-se que para essa última corrente a integração ou inclusão não se restringe à elaboração de estratégias pedagógicas de atendimento ao educando com necessidade educacional especial, mas busca considerar também os fatores sociais e psicossociais (a vergonha da própria condição, a receio de expor-se, o temor de uma rejeição etc.); ou seja, situações que podem pôr a perder a melhor das estratégias.

Entende, ainda, que a generalização proposta pelos defensores da inclusão radical e irrestrita não é capaz de promover a verdadeira inclusão educacional – que visa desenvolver nos educandos (todos!) o domínio da leitura, escrita e cálculo e, por meio destes, a aprendizagem –, mas tão somente a inclusão social.

³⁸ CIRINO, Giovanni. **A inclusão social na área educacional**. São Paulo: Cengage Learning, 2016, p. 43.

³⁹ Cf. BEYER, Hugo Otto. **Inclusão e Avaliação na escola de alunos com necessidades educacionais especiais**. Porto Alegre: Editora Mediação, 2005, pp. 39-40. Um dos defensores do pensamento de que a integração e a inclusão são ideais a serem atingidos, porém nem sempre possíveis de serem implementados em razão das limitações impostas pela própria deficiência é Hugo Otto Beyer. Em duas passagens de sua obra emprega os termos *integração* e *inclusão* no mesmo sentido de referir-se à inserção do educando com necessidade educacional especial nas salas do ensino regular.

⁴⁰ BEYER, Hugo Otto. **Inclusão e Avaliação na escola de alunos com necessidades educacionais especiais**. Porto Alegre: Editora Mediação, 2005, p. 67.

As generalizações são tidas como incapazes de garantir a verdadeira inclusão, uma vez que toda escola e todos os alunos são singulares. Em virtude desse aspecto, apenas em situações reais é que se pode pensar nas necessidades educacionais específicas (MAZZOTA *apud* CIRINO, 2016, p. 35).⁴¹

A inclusão social para esta última corrente não é objetivo da educação, tanto que aceitam com naturalidade a transferência de educando do ensino regular para a educação especial, bem como o inverso.

Apresentadas as principais visões acerca da integração e da inclusão de alunos com necessidades educacionais especiais nas salas do ensino regular, cumpre verificar qual delas se coaduna com a Constituição da República e com o sistema de educacional brasileiro.

2.3.5 Da competência para declarar a (im)possibilidade de integração de um aluno com necessidade especial educacional em sala do ensino regular

Ainda, em análise do art. 58, da LDBEN, outra questão de vital importância se manifesta, a saber: *quem avalia a possibilidade ou impossibilidade quanto à integração do aluno especial nas salas de ensino regular?*

A importância de se responder a questão acima decorre da tendência crescente, e preocupante, por sinal, de se atribuir a agentes externos, tais como: secretarias de educação, diretorias de ensino, profissionais da área da saúde, eventualmente ao setor judiciário (Ministério Público e/ou Tribunais), e até mesmo à família, a competência de avaliar a possibilidade de integração.

Amiúde, psicólogos e psiquiatras, escapam do seu campo de conhecimento e imiscuem-se indevidamente na área educacional sugerindo procedimentos a serem empregados em sala de aula, carentes de lastro em método pedagógico, aviltando a prerrogativa exclusiva do estabelecimento de ensino de elaborar e executar a sua proposta pedagógica.

Por se tratar de procedimento pedagógico, a possibilidade de integração de aluno com necessidade especial específica em classes comuns é de competência de profissional da área de educação, que atenda, concomitantemente, pelo menos, dois requisitos essenciais: (i) convivência com a criança em ambiente escolar; e (ii) conhecimento acerca das competências e habilidades necessárias para o mínimo de desenvolvimento possível no ambiente de ensino regular pretendido.

⁴¹ MAZZOTA *apud* CIRINO, Giovanni. **A inclusão social na área educacional**. São Paulo: Cengage Learning, 2016, p. 35.

Note que quaisquer daqueles entes externos anteriormente mencionados não suprem os requisitos demonstrados, portanto, não se lhes pode atribuir a prerrogativa de determinar a integração do aluno especial em sala regular.

Não parece adequado que a família determine a forma de integração. A uma em razão da carga emocional envolvida; a duas porque o desenvolvimento e comportamento da criança em ambiente familiar é diferente do seu desenvolvimento e comportamento em espaço escolar.

Aos órgãos de educação também não se pode outorgar tal prerrogativa, por faltar-lhes, notadamente, o requisito do acompanhamento do aluno.

E ao setor judiciário, em quaisquer de suas formas, por tratar-se de avaliação que escapa completamente da natureza de suas atividades, ou seja, não supre quaisquer dos requisitos. Ressalvando que tal não invalida a prerrogativa e imperatividade de que o poder judiciário deva julgar e coibir as práticas que não acompanhem o previsto na legislação.

E, por fim, aos profissionais da área da saúde, em razão seu olhar parcial, dirigido às possibilidades de desenvolvimento da criança na área de sua especialidade, que não necessariamente se aplique à aspectos da educação regular. Tais como: habilidade da fala (fonoaudiologia); desenvolvimento motor (fisioterapia) etc.

Apenas para elucidar, muito embora as questões de saúde exemplificadas acima sejam também desenvolvidas no espaço escolar (como, por exemplo, as habilidades motoras nas aulas de educação física), não se trata do objeto central do ensino regular, que tem como parte importante do seu processo o desenvolvimento cognitivo, que se faz pela compreensão dos conteúdos escolares, nos termos do artigo 32, da LDBEN⁴², notadamente, o domínio da leitura, da escrita e do cálculo.

Ressalte-se que, ao final do ensino fundamental, o educando deve apresentar domínio pleno da leitura, da escrita e do cálculo, uma vez que estes são meios a capacidade de aprender. Falhas severas neste domínio, ou mesmo sua inexistência, apontam para a não permanência ou impossibilidade de continuidade no ensino regular.

Assim, o segundo fator que prejudica o direito de *permanência* preconizado no artigo 3º, I, da LDBEN, atine à *capacidade de aprendizagem* no nível cursando.

⁴² (LDBEN) Art. 32. O ensino fundamental obrigatório, com duração de 9 (nove) anos, gratuito na escola pública, iniciando-se aos 6 (seis) anos de idade, terá por objetivo a formação básica do cidadão, mediante: I - o desenvolvimento da capacidade de aprender, tendo como meios básicos o **pleno domínio da leitura, da escrita e do cálculo**; II - a compreensão do ambiente natural e social, do sistema político, da tecnologia, das artes e dos valores em que se fundamenta a sociedade; III - o desenvolvimento da capacidade de aprendizagem, tendo em vista a aquisição de conhecimentos e habilidades e a formação de atitudes e valores; IV - o fortalecimento dos vínculos de família, dos laços de solidariedade humana e de tolerância recíproca em que se assenta a vida social. (Ênfase suprida)

Constatando-se que o aluno não reúne mais condições de evoluir no aprendizado, que não apresenta resultados de escolarização em razão de suas deficiências, pode ser requerida a *terminalidade específica*, quando, então, certificar-se-á a conclusão de sua escolaridade, acompanhada de histórico escolar que apresente, de forma descritiva, as competências desenvolvidas pelo educando, e ulterior encaminhamento à instituição de educação especial, nos contornos do inciso II, do artigo 59, da LDB.⁴³

Destaque-se, mais uma vez, que a própria Lei de Diretrizes e Bases da Educação prevê a possibilidade de interrupção de atendimento a aluno portador de necessidade especial, e, ainda, declara ser, a terminalidade específica, direito assegurado ao aluno.

Tal direito, poupa o aluno especial, se no ensino público, da perda de tempo no ensino regular, uma vez que os limites impostos pela deficiência tenham esgotados as possibilidades na educação escolar, e se no ensino privado, além de poupar-lhe o tempo, protege-lhe do pagamento por mais tempo do que o necessário por serviço educacional que não lhe proporcionará mais progresso ou resultados.

Ante o cenário apresentado, se ao estabelecimento de ensino compete elaborar e executar o processo de integração do aluno especial nas classes comuns quando possível (art. 12, VI, da LDBEN) e se compete ao estabelecimento de ensino proceder à terminalidade específica do educando certificando a conclusão e encaminhando para a educação de jovens e adultos (art. 16, Resolução CNE/CEB nº 2/2001), forçoso concluir que compete, também, à instituição de ensino, a declaração de impossibilidade de integração do educando especial no ensino regular.

2.3.6 Integração e inclusão: do pedagógico para o juspedagógico

Enquanto a pedagogia, como ciência e como instrumento, se preocupa com a relação ensino-aprendizagem, estudando e desenvolvendo métodos que assegurem o desenvolvimento integral do educando, a *juspedagogia* dedica-se a estudar a natureza e os reflexos jurídicos dessa relação e de seus institutos, como, por exemplo, os deveres e direitos dos alunos e professores, a garantia de acesso e permanência, as prerrogativas dos estabelecimentos de ensino, processos

⁴³ (LDBEN) Art. 59. Os sistemas de ensino assegurarão aos educandos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação: (...) II - terminalidade específica para aqueles que não puderem atingir o nível exigido para a conclusão do ensino fundamental, em virtude de suas deficiências, e aceleração para concluir em menor tempo o programa escolar para os superdotados;

disciplinares, procedimentos administrativos (matrícula, transferência, aproveitamento de estudos etc.).

Ao se empregar a locução *instituto juspedagógico* sugere-se a existência de tema que comporta em si mesmo as duas naturezas: pedagógica e jurídica.

Institutos juspedagógicos, [são] assim chamados, porque participam, ao mesmo tempo, da natureza jurídica e da natureza educacional, fundindo, numa realidade original. Trata-se de procedimentos utilizados na prática educacional como, por exemplo, a matrícula, a transferência, avaliação etc.⁴⁴

Trata-se de um novo elemento, surgido da fusão da visão pedagógica com a jurídica. E, como novo elemento que é, não permite análise isolada por uma ou outra ciência, sob pena de ser desconfigurado e conduzir a interpretação equivocada, ter sua eficácia reduzida e, até mesmo, perder o seu sentido. A guisa de exemplo, a se falar em *permanência*, o sentido ordinário leva a pensar no direito que assiste alguém de ficar, estar, permanecer em algum lugar sem sofrer perturbação, cabendo, até mesmo um mandado de segurança se o seu direito de permanência for injustamente violado; no entanto, o sentido *juspedagógico* concebe a permanência como condição do aluno de acompanhar o ensino no nível em que se encontra, bem como a presunção de que detenha autonomia e independência para as atividades da vida diária.

Assim, os termos *integração* e *inclusão* devem ser analisados não apenas pelo prisma pedagógico ou jurídico, mas sob a ótica juspedagógica dada a sua natureza.

Nada obstante, há pouca produção jurídica enfrentando o tema integração e inclusão à luz da juspedagogia. O resultado se percebe com a predominância do entendimento jurídico no sentido de legitimar a inclusão radical e irrestrita com objetivo precipuamente sociointeracionista – de inclusão social – defendida pela primeira corrente pedagógica.

Excerto do voto do Min. Edson Fachin proferido nos autos da ADI 5.357 revela parte da visão radical repulsiva que se dirige à educação especial comparando-a a medida de clausura:

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.⁴⁵

⁴⁴ DI DIO, Renato Alberto Teodoro. **Contribuição à sistematização do direito educacional**. Taubaté: Imprensa, 1982, p. 156.

⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.357**. Requerente: Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino – CONFENEN. Intimado(a): Presidente da República, relator: Min. Edson Fachin. Brasília, 09 de junho de 2016. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4818214>. Acesso em 05/02/2023.

Ainda enaltecendo o caráter sociointeracionista e sinonimizando os termos integração e inclusão conforme propugna a segunda corrente pedagógica acima apresentada, há a seguinte visão:

No entanto, apesar de a educação ser um direito humano, fundamental, e ter a escola como via principal, é comum a recusa de alunos pelos mais diferentes motivos, desde uma pequena dificuldade de aprendizado até uma deficiência grave, **embora isso não prive o aluno de uma interação**, ainda que pequena, com os demais.

(...)

Não podemos negar que alguns alunos, principalmente aqueles que têm certos tipos de deficiência, precisam de cuidado especial para que possam ter pleno acesso à educação. No entanto, tal não pode significar seu confinamento em uma sala/escola, longe dos demais. Ao contrário, deve-se oferecer subsídios para que os alunos com deficiência possam aprender conteúdos específicos concomitantemente ao ensino comum.

Mesmo se existisse um grau de especialização escolar tão elevado, a ponto de se destinar espaços exclusivos para contemplar cada um dos tipos de necessidades educacionais especiais, a atitude seria um contra-senso. Um espaço assim pode até ser importante por algumas horas do dia, mas não supre totalmente o direito de acesso à educação escolar, porque não pode ser considerado “escola”, já que não ministra o ensino “coletivo”. E ainda, em tal local, não há como se estar voltado ao pleno desenvolvimento e ao preparo para o exercício da cidadania, pois sabemos: “homem nenhum é uma ilha”, logo não pode ser educado como tal. Isso não seria “educação”⁴⁶ (Ênfase suprida)

O excerto acima foi apresentado como fundamento da indisponibilidade do direito à educação das pessoas com deficiência, revelando o olhar jurídico que se pretendeu lançar sobre o tema, porém apesar de pretender ser jurídico, deteve-se tão somente em aspectos pedagógicos, notadamente na classificação de espaços de aprendizagem e na eficácia de métodos de ensino, sem dedicar-se à revelação da natureza juspedagógica dos institutos da integração e da inclusão.

A bem da verdade, os fundamentos para a improcedência da ADI 5.357 ancoraram na *direito à convivência*⁴⁷ entre alunos com deficiência e alunos sem deficiência. Pouco ou nada

⁴⁶ FÁVERO, Eugênia Augusta Gonzaga. **Direito à Educação das Pessoas com Deficiência**. Revista CEJ, 8(26), 27-35. Recuperado de [//revistacej.cjf.jus.br/cej/index.php/revcej/article/view/621](http://revistacej.cjf.jus.br/cej/index.php/revcej/article/view/621). Acesso em 07/04/2023.

⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.357**. Requerente: Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino – CONFENEN. Intimado(a): Presidente da República, relator: Min. Edson Fachin. Brasília, 09 de junho de 2016. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4818214>. Acesso em 05/02/2023: “À luz da Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e da Constituição da República, somente com o convívio com a diferença e com o seu necessário acolhimento que pode haver a construção de uma livre, justa e solidária,

se falou sobre condição de permanência, possibilidade de aprendizagem, educação especial substitutiva e complementar, integração e inclusão educacional. Foi exaltado o aspecto sociointeracionista e olvidados os objetivos da educação nacional. Ou seja, prevaleceu a inclusão social e não a inclusão educacional.

No entanto, o ordenamento jurídico brasileiro, a partir de um exame harmônico e lógico-sistemático, não agasalha o entendimento acima esposado.

As ocorrências do termo *integração*, seja na CR seja na LDBEN, atinem a processos, estratégias, medidas, programas, com objetivo inserçor.⁴⁸

em que o bem de todos seja promovido sem preconceitos de origem, raça, sociedade sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, I e IV, CRFB).”

Do voto do Min. Teori Zavascki: “A mim, particularmente, emociona-me o argumento relacionado à importância que tem, para as crianças sem deficiência, a convivência com crianças com deficiência.”

Do voto do Min. Luiz Fux: Eu verifico, nos estudos que foram apresentados, que há hoje uma propensão do Estado brasileiro de formar profissionais para apoiar as escolas inclusivas e também programas e políticas públicas sociais para sensibilizar a convivência escolar para que as crianças possam desde cedo conviver com as diferenças, que, como a Ministra Rosa destacou, é algo que pertence ao mundo pós-moderno. Nós não fomos acostumados com isso, mas temos de nos acostumar.”

⁴⁸ (CR) Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

XIV - proteção e **integração** social das pessoas portadoras de deficiência; (ênfase suprida).

(CR) Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

III - a promoção da **integração** ao mercado de trabalho;

IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua **integração** à vida comunitária;

(CR) Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§ 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos:

II - **criação de programas** de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como **de integração** social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação.

(LDBEN) Art. 12. Os estabelecimentos de ensino, respeitadas as normas comuns e as do seu sistema de ensino, terão a incumbência de:

VI - articular-se com as famílias e a comunidade, criando **processos de integração** da sociedade com a escola;

(LDBEN) Art. 58. Entende-se por educação especial, para os efeitos desta Lei, a modalidade de educação escolar oferecida preferencialmente na rede regular de ensino, para educandos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação.

§ 2º O **atendimento** educacional será feito em classes, escolas ou serviços especializados, sempre que, em função das condições específicas dos alunos, não for possível a sua **integração** nas classes comuns de ensino regular.

No recorte abordado neste trabalho, pode-se conceber a integração como o conjunto de estratégias que tem por objetivo inserir o educando com necessidades educacionais especiais nas classes do ensino regular.

No que diz respeito a *inclusão*, curiosamente não há na CR e nem na LDBEN menção a seu respeito em contexto que envolva a inserção de pessoas em certo ambiente, sendo empregado, no mais das vezes, para se referir a aposição de dados em algum sistema. Apenas o EPD adotou o termo *inclusão* como tônica de seu teor. E é do EPD que se depreende que inclusão se refere ao *objetivo*, *meta* ou *resultado* de um *programa* ou *processo* (a integração).

A integração remove as barreiras da deficiência observando-se a díade: (i) atendimento que proporcione progressão ao aluno; e (ii) respeito ao limite para não desconfigurar a natureza regular da instituição de ensino; do contrário, tornar-se-ia educação especial, outra modalidade de ensino.

Portanto, integração é o emprego sinérgico das propostas pedagógicas do ensino regular e da educação especial, sendo o seu resultado a *inclusão educacional*.

O art. 28, II, do EPD, deixa claro que a inclusão é a *plenitude* aguardada a partir do emprego de recursos de acessibilidade com vistas ao aprimoramento dos sistemas educacionais e eliminação das barreiras à acessibilidade. Nesse contexto, configura-se a *inclusão educacional*.⁴⁹

Sob a ótica juspedagógica, conforme se demonstrou, integração e inclusão não são termos sinônimos, tanto menos institutos em oposição. Assim, como dito, a partir de uma interpretação lógico-sistemática, na medida em que a *integração* é um processo a *inclusão educacional* é o resultado desse processo.

2.3.7 A incompreendida inclusão educacional

A *inclusão educacional* não perfaz uma modalidade de ensino, mas o resultado que se espera de um *programa* ou *política educacional* (integração) que visa estabelecer, quando possível, relacionamento entre as diferentes modalidades de ensino. Pode-se afirmar que a inclusão é uma ocorrência no seio das modalidades de ensino.

Na mais das vezes, a inclusão ocorre entre as modalidades especial e regular.

⁴⁹ Cf. CIRINO, Giovanni. **A inclusão social na área educacional**. São Paulo: Cengage Learning, 2016, p. 20: “Podemos dizer que os processos de inclusão estão em toda parte. Hoje, fala-se em inclusão digital, social, habitacional, econômica, comunicacional, política, entre outras formas de inclusão. Nas três últimas décadas, a inclusão se transformou em um dos discursos mais atuais e discutidos. Entre as várias áreas em que têm sido experimentados projetos de inclusão destaca-se a dificuldade presente no campo educacional.”

Assim, para educandos com necessidades educacionais especiais, *sem* condição de permanência nas classes comuns, não há falar-se em integração, impondo-se o encaminhamento para as classes especiais em *substituição* às classes comuns; e, para educandos com necessidades educacionais especiais, *com* condição de permanência nas classes comuns, inicia-se o processo de integração.

Nesse processo de integração, num turno o educando com condição de permanência receberá ensino regular nas classes com adaptações razoáveis necessárias e, no contraturno, receberá atendimento educacional especializado (AEE) em instituição de educação especial pública ou privada, que pode ser a mesma em que frequenta as classes comuns ou em instituição diversa, desde que especializadas em educação especial e conveniadas com o Poder Público, nos termos do art. 2º, da Portaria nº 243/2016, do MEC.

Deve-se sublinhar que a classe comum é *obrigada* a buscar a inclusão – isto se houver possibilidade de integração do educando – porém, mesmo à busca da inclusão, *não está obrigada* a fazer conformações em sua proposta pedagógica com o fito de desenvolver no educando com necessidades educacionais especiais autonomia e independência – este é o papel do AEE, prestado pelas instituições de educação especial conveniadas com o Poder Público; a classe comum não pode se desviar dos seus objetivos formais de ensino estampados no art. 32, I a IV, da LDB, com ênfase no pleno domínio da leitura, da escrita e do cálculo.

No entanto, para que a inclusão seja positiva e eficaz, a classe comum é *obrigada* a promover *adaptações rítmicas e de volume* em seu método de ensino⁵⁰ em favor do educando com necessidade educacional especial. Isso porque este, em razão de sua necessidade educacional especial, apresenta capacidade de assimilação diferenciada: ou num ritmo mais acelerado, no caso de educando com altas habilidades ou superdotação, ou num ritmo mais moderado, no caso de estudantes com deficiência ou transtornos globais do desenvolvimento.

A adaptação rítmica representa respeito ao tempo de assimilação do educando e de realização de tarefas; todavia, perfaz um grande desafio, tendo em vista que o ensino formal é atividade coletiva e, por mais que seja normal que os educandos tenham tempos diferentes de assimilação, o ritmo da turma deve garantir a eficácia global: nem pautar-se pelo ritmo do grupo mais avançado, nem pelo ritmo dos alunos mais moderados; daquela forma, os mais moderados

⁵⁰ Cf. LIBÂNEO, José Carlos. **Didática**. São Paulo: Cortez Editora, 2006, p. 152: “Em resumo podemos dizer que os métodos de ensino são as ações do professor pelas quais se organizam as atividades de ensino e dos alunos para atingir objetivos do trabalho docente em relação a um conteúdo específico. Eles regulam as formas de interação entre ensino e aprendizagem, entre o professor e os alunos, cujo resultado é a assimilação consciente dos conhecimentos e o desenvolvimento das capacidades cognitivas e operativas dos alunos.”

sentir-se-ão incapazes e serão desestimulados à aprendizagem; da outra forma, os mais avançados sentir-se-ão entediados e perderão a concentração e o foco.

A realização de atividades corriqueiras e avaliações com o acompanhamento de um mediador é um exemplo de intervenção rítmica em favor do educando com necessidade educacional especial.

A adaptação rítmica conta como medida necessária a *adaptação de volume*.

O professor dosará a quantidade de atividades a ser realizada pelo educando com assimilação moderada em razão da sua deficiência. Tais conformações não implicam em prejuízo de conteúdo ou diminuição na exigência necessária na relação ensino-aprendizagem:

Isto não significa ‘simplificar’ o conteúdo ou diminuir o rigor do cumprimento dos programas, mas criar as condições prévias de ensino de tal forma que, com base nas possibilidades reais dos alunos, se possa exigir deles o máximo de aproveitamento escolar. Além disso, o professor deve ter a convicção de que o seu próprio trabalho deve assegurar a ampliação das possibilidades cognitivas dos alunos, de modo que possam avançar no domínio dos conhecimentos novos.⁵¹

O aluno com necessidade educacional especial em processo de integração em classe comum deve ter assegurado o direito de receber o mesmo conteúdo dos demais alunos, ser cobrado como os demais, participar das atividades de elaboração conjunta, dos trabalhos em grupo, com as adaptações de ritmo e de volume.

Se o educando não apresentar resultados em relação ao processo de integração deverá ser encaminhado para as classes especiais em caráter substitutivo.

O atendimento em escolas especiais somente ocorrerá caso “em função das condições específicas dos alunos, não for possível a sua integração nas classes comuns do ensino regular”, nos moldes do artigo 58, § 2º.⁵² [da LDBEN].

Repise-se que o encaminhamento às classes especiais não tem caráter definitivo, de modo que, se o educando que frequenta substitutivamente as classes especiais, no decorrer do processo, desenvolver autonomia e independência suficientes, o processo de integração nas classes comuns poderá ser reiniciado ou retomado.

Na inclusão educacional é direito do educando e dever do estabelecimento de ensino prover acesso ao conteúdo e aos métodos de ensino comuns. A inclusão educacional não pode

⁵¹ *Ibidem*, p. 156.

⁵² SOUZA, Motaui Ciocchetti de. **Direito Educacional**. São Paulo: Editora Verbatim, 2010, p. 80.

admitir a manutenção do aluno com necessidade educacional especial que não apresente condição de permanência sob o argumento de, ao menos, socializá-lo – como muito se justifica hodiernamente. A socialização é intrínseca ao processo educacional formal, mas não é seu objetivo, mesmo porque a socialização também ocorre em outros setores da vida, a educação formal, não.

Inclusão educacional, portanto, é muito mais do que uma ordem de matrícula, mas uma conjugação de fatores, sendo o primeiro deles o direito do aluno com necessidade educacional especial frequentar um ambiente no qual se desenvolverá plenamente vendo respeitadas as suas peculiaridades; isso não se realiza com a garantia de uma vaga, mas, sim, ao se respeitar o direito do educando com necessidade educacional especial de receber um ensino adequado, seja nas classes especiais de forma substitutiva, seja nas classes comuns com AEE de forma complementar no contraturno.

2.4 A Lei nº 13.146/15 – Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência – Estatuto da Pessoa com Deficiência – mudanças severas na educação especial

Em 02 de janeiro de 2016, após cento e oitenta dias da data de sua publicação oficial, entrou em vigor a Lei nº 13.146/2015, que instituiu a Lei Brasileira de Inclusão (LBI) da Pessoa com Deficiência, apelidada de Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD).

O EPD buscou sistematizar num único instrumento normativo os direitos das pessoas com deficiência, antes esparsos em outras leis e atos normativos infralegais de variados setores da sociedade.

Tendo como base o Decreto Federal nº 6.949/2009 (art. 1º, §1º, do EPD), que promulgou a Convenção da Organização das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro com *status* constitucional, haja vista versar, a aludida Convenção, sobre direitos humanos, o EPD é considerado o principal diploma sobre os direitos das pessoas com deficiência.

O enunciado do EPD revela, de plano, o sujeito de direito – a pessoa com deficiência – e o direito que se lhe assegura – a inclusão.

Duas grandes inovações de caráter geral e social trazidas pelo EPD: a primeira refere-se à terminologia de referência que passou a ser *pessoa com deficiência*, abolindo outras pejorativas e/ou capacitistas como *portador de deficiência*, *deficiente* e *pessoa com necessidade especial*. Quanto a esta última terminologia, entendemos que não deve haver abolição, mas adequação, uma vez que a *necessidade especial* é decorrência da deficiência, porém se

manifesta de maneira contextualizada, não podendo ter emprego genérico associado à *pessoa*, mas às circunstâncias. Por exemplo: o educando com transtorno global do desenvolvimento tem necessidade educacional especial, mas não tem necessidade de adaptação do mobiliário. Portanto, não é pessoa com necessidade especial, mas uma necessidade especial contextual.

A nova terminologia enaltece a qualidade de *pessoa* e torna circunstancial a *deficiência*, reduzindo a discriminação e o estigma.

A segunda inovação pautou-se pela ruptura com o conceito tradicional forjado a partir da perspectiva médica de que deficiência é uma condição biológica marcada pela perda ou anormalidade de uma parte do corpo ou na sua função, inclusive das mentais⁵³, e reconheceu tratar-se de um conceito em evolução que hoje abrange, além dos aspectos físico e mental, o intelectual e o sensorial, ensejando uma avaliação biopsicossocial a ser realizada por equipe multiprofissional e multidisciplinar (art. 2º, §1º, da EPD), superando a análise exclusivamente médica.

Especificamente na área da educação, o EPD dedicou o Capítulo IV, que, apesar dos seus três artigos, introduziu mudanças sensíveis para as instituições privadas, principalmente.

Cumprir registrar que o § 1º do artigo 28 e artigo 30, caput, do EPD, foram questionados via Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.357, ajuizada pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (CONFENEN), que enfatizou as severas – quando não fatais – consequências financeiras que seriam experimentadas pelas instituições privadas de ensino regular ao terem de promover as adequações (a bem da verdade: transformações) com o fito de atender as exigências do EPD, sem repasse dos ônus financeiros às mensalidades; e que tais exigências aviltavam os arts. 5º, *caput*, incisos XXII, XXIII, LIV, 170, incisos II e III, 205, 206, *caput*, incisos II e III, 208, *caput*, inciso III, 209, 227, *caput*, § 1º, inciso II, todos da Constituição da República.

A ADI 5.357 foi julgada improcedente por maioria de votos, sob o entendimento de que o EPD se coaduna com a Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência; que os argumentos fatalistas residiam no campo das conjecturas, tendo em vista que nenhum levantamento, estudo ou algo que o valha, fosse apresentado. Vencido o Ministro Marco Aurélio de Mello.

Em que pese os incontestáveis altos custos, prescindíveis, com todo o respeito, de qualquer demonstração planilhada, bastando extrapolação mental para se concluir pelo seu

⁵³ BRASIL. Ministério da Saúde. **Política Nacional de Saúde da Pessoa com Deficiência**. Disponível em <https://shre.ink/cLhH>. Acesso em 04/01/2023. “O CIDDM-2 concebe a deficiência como uma perda ou anormalidade de uma parte do corpo (estrutura) ou função corporal (fisiológica), incluindo as funções mentais.”

impacto sobre as instituições privadas de ensino regular – também tema da presente dissertação –, há questões que ultrapassam o espectro financeiro, ofendem gravemente normas estruturantes do sistema de ensino, comprimem liberdades constantes do tecido constitucional e suprimem prerrogativas técnicas.

Não se pode, sob pálio algum, duvidar do intuito nobiliárquico do legislador ao alçar a *educação* ao elevado patamar de direito fundamental. Outrossim, não se pode suspeitar da intenção do legislador em estatuir normas destinadas ao banimento da discriminação e da segregação no contexto educacional.

Contudo, posto que nobres, tais normas não prevaleceram incólumes às distorções e interpretações equivocadas que restaram por impor a sua efetivação ao custo do sufocamento de outros direitos tão legítimos quanto.

A riqueza tanto conceitual quanto normativa do florilégio legislativo brasileiro em matéria educacional anteriores ao EPD tem sido dilapidada por um pensamento que vem sendo difundido irrefletidamente quanto às consequências de uma *inclusão a qualquer preço*, de um *irrefutável dever de matricular*, que, no mais das vezes, por paradoxal que possa parecer, tem prestado um desserviço e mais violado o direito das pessoas com necessidades especiais do que assegurado efetivamente.

2.5 A concepção de educação e de ensino no Estatuto da Pessoa com Deficiência

O EPD reproduz a concepção de educação em seu sentido amplo (Art. 27), conforme contida na Constituição de República e na Lei nº 9.394/96 (LDBEN), como a ação consubstanciada na transmissão de valores gerais às gerações subsequentes, visando o desenvolvimento holístico do educando, admitindo que “uma sociedade humana não pode sobreviver se sua cultura não é transmitida de geração em geração; as modalidades ou formas de garantir essa transmissão chama-se educação”.⁵⁴

Tal concepção se coaduna com a qualidade atribuída à educação de transformadora da humanidade e instrumento de realização de outros direitos humanos fundamentais.

O §1º do art. 27, do EPD, também faz coro com a CR e a LDBEN ao nomear os responsáveis pela educação das pessoas com deficiência: o Estado, a família, a comunidade escolar e a sociedade. Muito embora a nomeação da *comunidade escolar* sejas inédita, na CR e na LDBEN, esta já estava englobada na *sociedade*.

⁵⁴ ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo, SP: Martins Fontes, 1998, pp. 305 e 306.

O direito à educação não dependerá apenas e recursos materiais para sua efetivação, mas, de um conjunto articulado e integrado de ações do Estado, da família e da sociedade, visando promover o conhecimento e instrução dos indivíduos para o exercício consciente da cidadania e das liberdades individuais e públicas, impedindo, assim, as relações servis entre classes sociais, especialmente, a exploração dos desapossados.⁵⁵

Em relação aos destinatários do direito à educação, não obstante a clareza da Constituição da República e da LDBEN em eleger *todos* como tais, o EPD preocupou-se em sublinhar que tal direito também assiste à pessoa com deficiência.

Os conceitos trazidos à colação levam à conclusão de que o EPD parte do direito amplo de educação, responsabilizando o Estado, a família, a comunidade escolar e a sociedade, para, no Capítulo IV, tratar especificamente do ensino, cuja responsabilidade é assumida pela comunidade escolar, e como este se operacionaliza em favor das pessoas com deficiência; isto para introduzir o tema protagonista do diploma normativo, sem o qual a pessoa com deficiência não terá acesso, permanência e possibilidade de sucesso acadêmico: a *inclusão*.

Quanto à deficiência, o EPD admitiu que a deficiência pode recair sobre as funções físicas, mentais, intelectuais ou sociais, nos termos do art. 4º, I, II, III, IV, *a, b, c, d, e, f, g, h, V*, do Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999, que regulamentou a Lei 7.853, de 24 de dezembro de 1989.

2.6 Mudanças drásticas na concepção de atendimento educacional especializado (AEE) no art. 28 do Estatuto da Pessoa com Deficiência

O art. 28, do EPD, elenca as medidas relacionadas à educação formal – o ensino – e incumbe o *Poder Público* da criação, desenvolvimento e implementação de mecanismos assecuratórios do direito ao ensino das pessoas com deficiência, bem como planos de incentivo e meios de acompanhamento e avaliação quanto ao cumprimento das medidas propostas.

As medidas do art. 28, do EPD, resumidamente, determinam a elaboração de plano de atendimento educacional especializado, organização de recursos e serviços de acessibilidade e disponibilização e usabilidade pedagógica de recursos de tecnologia assistiva, a fim de promover o acesso, permanência e possibilidade de alcance de sucesso acadêmico aos educandos com deficiência intelectual, física e sensorial, respectivamente.

⁵⁵ PIACENTIN, Antonio Isidoro. **Direito e educação** – reflexões críticas para uma perspectiva interdisciplinar. São Paulo, SP: Saraiva, 2013.

Focando no atendimento educacional especializado e na deficiência intelectual, o inciso III do art. 28 do EPD busca a sua institucionalização, isto é, a sua oferta continuada e permanente. E, para tanto, a formação de professores para atuação em atendimento educacional especializado (incisos X e XI).

A mudança drástica na concepção do AEE é sentida no §1º do art. 28 do EPD, quando determina que todas as medidas constantes dos incisos antecedentes – notadamente as dos incisos III, X e XI – devem ser implementadas, também, pelas instituições privadas de educação de qualquer nível e modalidade.⁵⁶

Uma vez que o AEE é próprio da educação especial, a imposição de oferta de AEE pelas instituições privadas de educação de qualquer nível e modalidade transforma todas estas em instituições de educação especial, ou, no mínimo híbridas, porquanto concomitantemente ao ensino na modalidade a que se propuseram ofertar, deverão combiná-lo com o AEE.

Não se trata apenas de acréscimo de função ou atividade, mas de mudanças radicais em institutos juspedagógicos, prerrogativas e políticas educacionais.

A nosso sentir, tal imposição, se não for interpretada harmoniosamente com a Constituição e LDBEN e à luz de outros princípios juspedagógicos, ferirá a liberdade conferida constitucionalmente à iniciativa privada de ofertar educação no nível ou modalidade que melhor lhe aprouver, atentará contra o regime de colaboração entre os sistemas de ensino, abolirá a condição de permanência do educando de necessária aferição para oferta de ensino de acordo com as suas necessidades educacionais especiais e gerará ônus desproporcional e indevido às instituições privadas de ensino regular. Tais atritos serão considerados a seguir.

⁵⁶ A aposição do pronome indefinido “qualquer” no §1º, qualifica as medidas do art. 28 como gerais, devendo, a partir da hermenêutica do texto, ser implementadas por todas as instituições de ensino, sem exceção, despidendo a qualificação, o nível e a modalidade.

3 INCOERÊNCIAS TELEOLÓGICAS DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

3.1 Dos atritos do EPD com a Constituição da República, LDBEN e outros institutos juspedagógicos

Indigitar inconsistências num diploma tão bem acolhido socialmente e bem-intencionado não é tarefa fácil e atrai sobre o Direito a reputação de frio e insensível, porém também é papel do Direito debelar esperanças vãs prometidas à sociedade por meio de leis ou interpretações que podem até ter aparência de figueira frondosa, mas que negam o figo.

No tocante à educação, o EPD, após a sua entrada em vigor, passou a ser visto como o “único” diploma a garantir direitos das pessoas com deficiência ao ensino, fazendo com que outros, inclusive estruturantes do sistema educacional fossem deixados de lado, a exemplo a LDBEN.

É imprescindível que se derrube o mito do ineditismo ou exclusividade do EPD quanto ao tratamento da pessoa com deficiência nas instituições de ensino, afinal, a Constituição da República de 1988, já previa o atendimento educacional especializado aos educandos com deficiência (art. 208, III), bem como a LDBEN (Lei nº 9.394/96) – principal diploma de regência da educação nacional – em diversos dispositivos, a fim de que o EPD seja interpretado à luz de um sistema já estruturado e não o inverso.

O EPD alçou tal destaque em razão de seu volume, uma vez que reuniu previsões sobre os direitos das pessoas com deficiência constantes de diversas normas num único documento, com o fito de harmonizá-las com a Convenção da Organização das Nações Unidas. E eis a outra razão do protagonismo atribuído ao EPD: a atenção internacional voltada ao tema por se tratar de um direito de terceira dimensão.

O EPD, de fato, reuniu normas de garantia dos direitos das pessoas com deficiência; contudo, ao importar os temas de outros diplomas e tentar adequá-los à Convenção da ONU, o legislador incidiu em nocivo reducionismo, tornando superficial o que se apresentava consistente e seguro. O resultado foi a violação ao exercício da liberdade constitucional conferida à iniciativa privada de ofertar educação, a fragilização de institutos estruturantes dos sistemas de ensino, imposição de ônus desproporcional e irrazoável sobre as instituições regulares de ensino privado e o desatendimento da igualdade substancial entre educandos com deficiência e os demais.

Assim, em que pese arvorar-se como diploma inclusivo, a bem da verdade, exclui.

O epicentro do problema corresponde à determinação contida no §1º do art. 28 do EPD de que as instituições de qualquer nível e modalidade deverão oferecer atendimento educacional especializado (incisos III, X e XI do art. 28 do EPD).

Trata-se de uma determinação com tinturas sociais, entretanto, com o condão de causar graves danos ao sistema educacional.

3.2 Da desconstrução dos institutos da educação especial, atendimento educacional especializado, integração e inclusão

O EPD veio como o escopo de promover a inclusão, no entanto, tem dado azo a interpretações que acenam para a abolição ou modificação severa do sistema de ensino ou de institutos correlatos.

Uma visão reducionista de que o AEE representa a educação especial como um todo, desprezando e depreciando as classes especiais, tem sido difundida, e com o realce de que as classes especiais são segregadoras:

Importante notar que a Constituição falta em ‘atendimento educacional especializado’ e **não em Educação Especial**. Ou seja, pela norma constitucional **não é admissível o ensino segregado**. Além disso, a partir da incorporação em nosso ordenamento jurídico da Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoas com Deficiência, não há dúvida que a educação especial e ensino segregado não são mais possíveis, conforme se observa em seu art. 24.⁵⁷ (Ênfase como no original)

Obtemperamos do pensamento acima, haja vista tratar-se, como visto anteriormente, a educação especial, de gênero, do qual se destacam as espécies (i) classes especiais – ou educação especial propriamente dita; e (ii) atendimento educacional especializado (AEE).

As classes especiais preparadas para receber educandos com deficiência intelectual severa que lhes retira a condição de permanência (no sentido juspedagógico, evidentemente) e, portanto, não há possibilidade de integração às classes regulares; ao seu turno, o AEE é elemento da proposta pedagógica da educação especial, portanto, é, efetivamente, educação especial, porém destinada aos educandos com deficiência, mas com condição de permanência e possibilidade de integração.

⁵⁷ SEGALLA, Juliana Izar Soares da Fonseca. **Inclusão não é favor nem bondade**. São Paulo: Matrioska Editora, 2021, p. 50.

Nesse processo de integração, num turno o educando receberá ensino regular nas classes comuns com adaptações de ritmo e volume, e no contraturno receberá atendimento educacional especializado em instituição de educação especial pública ou privada, que pode ser a mesma em que frequenta as classes comuns ou em instituição diversa.

Portanto, como dito alhures, integração é o emprego sinérgico das propostas pedagógicas do ensino regular e da educação especial, sendo o seu resultado a *inclusão educacional*.

O encaminhamento do educando sem condição de permanência nas classes comuns às classes especiais não implica em segregação, mas em oferta de educação em respeito às especificidades do educando e garantia do padrão de qualidade, além de promover a equidade (igualdade material). Negar a possibilidade de existência de classes especiais equivale a negar a existência de graus de severidade de uma deficiência intelectual.

Ademais, o art. 24, da Convenção da ONU, em momento algum afigurou-se taxativo no sentido de abolir as classes especiais, tampouco de impor a matrícula indiscriminada de educandos com deficiência, despidendo a condição de permanência, nas classes comuns. Muito pelo contrário, o documento onusiano pugna por um compromisso dos Estados signatários em promover um sistema educacional inclusivo com base na igualdade de oportunidades, porém afigura-se sóbrio e equilibrado ao empregar expressões como “o máximo desenvolvimento possível”, “adaptações razoáveis”, revelando a ciência e consciência de que não se pode tratar genericamente um tema com tantas matizes, tampouco esperar resultados iguais diante de limitações tão diversas que demandam atenção multiprofissional e interdisciplinar, sendo que o ensino é apenas uma das frentes a ser acionada.

A bem da verdade, essa visão reducionista e abolicionista do ensino especial em classes especiais só tem vez se desprezado o teor do Decreto nº 7.611/2001 que dispõe sobre a educação especial, o atendimento educacional especializado e dá outras providências.

Com muita clareza, a art. 3º, II, do Decreto nº 7.611/2001, apresenta os três elementos – educação especial, AEE e ensino regular –, e evidencia a sua correlação, ao determinar que o AEE tem como um de seus objetivos garantir a *transversalidade* das ações da educação especial no ensino regular. Notem que o movimento de partida e destino se opera da educação especial para o ensino regular, respectivamente, e a avenida que os interliga (a transversalidade) é o AEE, que é executado em favor da “*clientela da educação especial*”⁵⁸ (educando com

⁵⁸ Art. 58, §1º, da LDBEN.

deficiência) com condição de permanência e apto ao processo de integração às classes comuns (ensino regular).

Portanto, educação especial é modalidade de ensino; educação regular é modalidade de ensino; AEE é um processo pedagógico elaborado pela instituição de educação especial a fim de integrar o educando com necessidade educacional especial às classes comuns, resultando na inclusão educacional.

É disso que se trata o regime de colaboração entre os sistemas de ensino previsto nos arts. 211 e 214, da CR e 8º e 9º, §1º, da LDBEN.

A admissão quanto a necessidade de coexistência autônoma, porém harmônica e, quando possível, transversal, da educação especial e do ensino regular, fere de morte o argumento de que a manutenção das classes especiais para educandos sem condição de permanência implica em *segregação*. Se se admitir essa visão reducionista, restará abolida a modalidade de educação especial, já que manter uma instituição especializada seria incidir em discriminação.

Ademais, a imposição de oferta de AEE retira das instituições privadas de ensino regular a prerrogativa de aferir a condição de permanência, já que se prestava a cancelar o processo de integração que, doravante, tornou-se obrigatório.

3.3 A ideia abolicionista das instituições de educação especial e sua violação ao princípio da igualdade material

A igualdade material no ambiente escolar pressupõe o acesso, a permanência e a possibilidade de alcance de sucesso acadêmico. Quer-se dizer com isso que, ao educando com necessidade educacional especial que apresente condição de permanência e integração, deve ser provida as adaptações rítmicas e de volume necessárias para que, assim como os demais educandos, alcance o sucesso acadêmico, que consiste no domínio da leitura, da escrita e do cálculo – objetivos precípuos da educação.

É evidente que no estabelecimento de ensino outras capacidades são estimuladas, como a socialização, o trabalho em equipe etc., contudo são ocorrências importantes, mas não protagonistas no seio da educação. Todas estas capacidades são desenvolvidas e atuam a serviço do ensino; não pode haver inversão de objetivos.

Desse modo, não pode ser acolhido o argumento de que uma escola regular deve aceitar qualquer educando com deficiência, inclusive aqueles que não apresentam condição de permanência, nem que seja para *socializar* com os colegas. Ocorre que, tratar uma instituição de ensino num órgão meramente socializador significa retroceder aos tempos da igualdade

meramente formal – apenas prevista, mas carente de concretização. Impor que uma instituição de ensino regular matricule educando cuja gravidade da deficiência impossibilite-lhe de alcançar o sucesso acadêmico, apenas para socializar, viola agressivamente o princípio da igualdade material, além de, cruelmente, plantar esperanças vãs no educando, na família e na sociedade.

Além do mais, subverter os objetivos educacionais formais de uma instituição de ensino em objetivos socializadores, implica em desincumbir a família e a sociedade da responsabilidade de educar. A socialização pode ser suprida em diversos setores sociais, mas educação formal somente nas instituições de ensino:

Já a educação formal é aquela que se desenvolve ‘sistematicamente segundo planos que incluem conteúdos e meios previamente traçados para atingir objetivos intencionalmente determinados que são, no fim das contas, a formação de um ser humano’.

A educação formal denomina-se ensino, que é aquele transmitido nos bancos escolares, desde seu nível básico até o ciclo da pós-graduação.⁵⁹

Desse modo, qualquer norma ou interpretação que fragilize os objetivos educacionais formais das instituições de ensino, ainda que *socialmente* nobres, devem ser repelidos do ordenamento ou reinterpretados à luz da juspedagogia.

Sob outra ótica – a da iniciativa privada –, o pensamento abolicionista da educação especial atenta contra liberdade constitucional do art. 209, da CR, àquela conferida, de ofertar educação formal na modalidade que melhor lhe aprouver.

3.4 Da liberdade conferida à iniciativa privada de ofertar educação formal

Como visto anteriormente, o art. 209, da CR, conferiu liberdade à iniciativa privada de ofertar educação formal de maneira *secundária* (art. 205, da CR), *supletiva* (art. 206, III, da CR) e *condicionada* (art. 209, da CR).

A secundarização da atuação da iniciativa privada é chancelada pelo art. 205, da CR, que atribui primariamente ao Estado o dever de prover educação formal, estimulando a colaboração da sociedade, incluindo-se as entidades privadas. Aliás, incentivo indispensável ao alcance da referida universalização do ensino.

⁵⁹ PILETTI, Nelson. **História da Educação no Brasil**. 6. ed. São Paulo: Ática, 1996, p. 9.

O termo colaboração foi destacado porque não se trata apenas de uma ação específica no sentido de auxiliar ou cooperar, mas de um mecanismo de funcionamento dos sistemas de ensino, da argamassa que os une.

O art. 211, da CR, impõe que os sistemas de ensino da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios se organizem em regime de colaboração. Tal ordem foi repisada no art. 8º, da LDBEN. Uma vez que sistema se refere a um todo ordenado, tem-se que todas as entidades de educação públicas e privadas, de todos os níveis e modalidades, vinculados a quaisquer dos entes federativos, devem operar de forma autônoma, porém dialógica e interligados, de modo a favorecer a circulação dos educandos pelos sistemas de ensino, tornando a educação formal plural no que se refere às ideias e concepções pedagógicas (art. 206, III, da CR), todavia indivisa em suas metas e diretrizes.

O supletivismo refere-se ao suprimento, ou complemento, daquilo que falta. É perigoso de forma generalista sinonimizar a palavra “supletivo” com “substituto”, uma vez que este último, para se perfazer, exige o afastamento do titular, para, então, fazer-lhe às vezes por completo. No supletivismo, o titular permanece atuando, porém, a partir de então, contando com o apoio complementar do ente supletivo, colmatando lacunas específicas na atuação daquele.

Na educação, o Estado – titular ou primário - não se desincumbe do dever de provê-la no aspecto formal em todos os níveis e modalidades, mas conta com a participação – complemento ou supletivismo – da iniciativa privada.

O condicionamento refere-se ao cumprimento dos requisitos do artigo 209, I e II, da CR. Assim, a liberdade conferida à iniciativa privada para atuar no setor educacional imprescinde de (i) autorização do Estado para que as atividades sejam iniciadas e avaliação periódica quanto à qualidade do serviço prestado; e (ii) cumprimento das normas gerais de educação, notadamente a LDBEN e o Plano Nacional de Educação (PNE).

O franqueamento constitucional pretende aliar a iniciativa privada ao Poder Público a fim de atingir um objetivo único: a universalização do ensino, isto é, remover todos os óbices que se opõem ao acesso de todos às instituições de ensino.

Se o dever do Poder Público é primário, pleno e autônomo, e isto envolve ofertar educação formal em todos os níveis e modalidades, a pergunta que exsurge é: no que se consubstancia o exercício de *liberdade* da iniciativa privada em ofertar educação formal se só lhe é dado atuar de forma secundária, supletiva e condicionada?

A resposta está no *supletivismo* da iniciativa privada em relação ao Poder Público: a iniciativa privada tem a liberdade de *escolher* a lacuna que *colaborará* com o Estado em

colmatar; ou seja, a iniciativa privada detém a liberdade constitucional de escolher o(s) nível(is) e a(s) modalidade(s) que pretende ofertar.

Assim, pensando em liberdade de opção de modalidade de ensino, o ente privado poderá eleger uma ou mais entre as seguintes modalidades previstas na LDBEN: educação regular, educação profissional técnica de nível médio (art. 36-B), educação de jovens e adultos – EJA (art. 37), educação profissional e tecnológica (art. 39), educação especial (art. 58), educação bilíngue de surdos (art. 60-A); escolha que assiste o ente privado, livre de qualquer imposição do Poder Público: eis a liberdade de que trata o art. 209, da CR.

4 A SUPOSTA REVOGAÇÃO DA LDBEN PELO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

4.1 Há antinomia a ser solucionada entre a LDBEN e o EPD?

A revogação implica na eliminação de uma norma do ordenamento jurídico. Contudo, apesar de tratar-se de um conceito simples, a operação para tal defenestração conta com regulação criteriosa pelo próprio ordenamento jurídico.

Uma norma é revogada quando não mais atende o seu objetivo de reger o comportamento social, quando não é mais eficaz em balizar a conduta humana.

Não se quer dizer com isso que o *costume* – a mudança de hábitos e comportamentos, o abandono de antigos ou a assunção de novos valores e princípios – tenha o condão de revogar uma norma, porém representa uma força que provocará o legislador a praticar o ato formal que se denomina revogação. Enquanto não se operar criteriosamente o ato formal de revogação, a norma continuará em vigor, ainda que sem força para produção de efeitos.

À luz do art. 2º, §§ 1º e 2º, da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro e art. 2º, §§ 1º e 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil, a revogação só se opera (i) por declaração expressa; (ii) por incompatibilidade; ou (iii) quando a matéria da qual tratava, foi inteiramente assumida pelo novo diploma.

A declaração expressa de revogação, seja total (ab-rogação) ou parcial (derrogação) vem enunciada no novel diploma em um de seus dispositivos (normalmente nos últimos) quando, então, indica precisamente, a(s) norma(s) antiga(s) que serão eliminadas ou os dispositivos específicos.

O EPD, em seu art. 123⁶⁰, declarou expressamente os dispositivos que revogou, sendo certo que não há nenhum dispositivo da LDBEN. Ou seja, por declaração expressa, não se operou a revogação da LDBEN, sequer parcial.

Quanto à revogação por incompatibilidade, também chamada *revogação tácita*, maior atenção deve ser dispensada devido à falta de objetividade e assertividade – elementos presentes numa revogação expressa.

⁶⁰ Art. 123. Revogam-se os seguintes dispositivos: I - o inciso II do § 2º do art. 1º da Lei nº 9.008, de 21 de março de 1995; II - os incisos I, II e III do art. 3º da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil); III - os incisos II e III do art. 228 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil); IV - o inciso I do art. 1.548 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil); V - o inciso IV do art. 1.557 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil); VI - os incisos II e IV do art. 1.767 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil); VII - os arts. 1.776 e 1.780 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil).

Para haver revogação tácita devem convergir dois fatores:

(1) Que a autoridade normativa tenha editado materiais jurídicos que resultem em normas incompatíveis de, ao menos, mesmo nível hierárquico; e (2) Que essa incompatibilidade seja identificada pelo órgão-aplicador cuja tarefa, no particular, é a de compatibilizar as normas conflitantes.⁶¹

Na revogação tácita a ausência de um texto revogador não torna automática a despedida de uma norma para a recepção de outra, de modo que, estabelece-se antes um conflito de normas – uma *antinomia* –, ou seja, “[...] duas regras jurídicas [que] correlacionem o mesmo caso com soluções normativas incompatíveis [...]”⁶²

A ocorrência de antinomia não descredibiliza um sistema jurídico, tendo em vista que, diante de uma sociedade tão dinâmica, o legislador não detém a capacidade de antever todas as possibilidades de combinações de casos específicos a serem abrangidos por uma norma de caráter geral.

Apesar de a consistência de um sistema – no sentido de ser uma unidade isenta de incongruências – representar um ideal a ser atingido, a antinomia vez ou outra aparece e indica alguma inconsistência no sistema de regras a ser suprida.

Norberto Bobbio expõe que, para haver antinomia, as normas incompatíveis devem coincidir quanto aos quatro âmbitos de validade: “temporal, espacial, pessoal e material”⁶³.

O âmbito de validade temporal refere-se ao hiato de tempo de eficácia de uma norma; o âmbito de validade espacial concerne ao espaço geográfico (território) em que se aplica; o âmbito de validade pessoal diz respeito aos destinatários da norma, o ser humano (como indivíduo) ou o grupo que pela norma deverá pautar a sua conduta; e o âmbito de validade material que se refere à matéria objeto de regulamentação da norma – o assunto, propriamente dito. Não havendo coincidência quanto aos âmbitos de validade – em conjunto ou isoladamente – não há falar-se em antinomia.

À solução da antinomia três critérios são muito difundidos: (i) o *hierárquico* (*lex superior*) – que propõe conferir prevalência à norma de espécie superior àquela inferior. Logo, é condição de aplicação de tal critério que as normas em contraste estejam em níveis diversos;

⁶¹ SGARBI, Adrian. Revogação. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz Freire (coords.). **Enciclopédia jurídica**. Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://shre.ink/cLwB> - acesso em 20/01/2023.

⁶² MANERO, Juan Ruiz. Algumas concepções de Direito e suas lacunas. In: **Seqüência**, n. 61, p. 31-60, dez. 2010.

⁶³ BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 6. ed. (tradução de Maria Celeste C. J. Santos). Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995, pp. 87-88.

(ii) o de *especialidade (lex specialis)* – que propõe, em havendo incompatibilidade entre normas, que a especial prevaleça sobre a geral.

Deve-se frisar, neste último caso, que não se trata de norma regulamentadora de outra de conteúdo programático, mas de uma geral – que tratava de forma abrangente determinado tema –, e outra especial – que tratou com mais profundidade – no todo ou em parte – o tema da norma geral que lhe precedia.

A lei especial representa o reconhecimento do legislador quanto à notabilização de um determinado tema na sociedade, ensejando tratamento peculiar; e (iii) o *cronológico (lex posterior)* – propõe que a norma mais moderna revoga a mais antiga. Há um sentido em tal proposição, tendo em vista que pressupõe-se que a lei mais nova tenha acompanhado o dinamismo social e os novos conflitos havidos.

Contudo, este critério não é aplicado a partir da simples conferência da data da publicação das respectivas leis conflitantes, deve-se constatar, indubitavelmente, a incompatibilidade entre ambas e a impossibilidade de solução nos critérios anteriores.⁶⁴

A fim de responder à questão dá título a este capítulo há de se analisar se entre a LDBEN e o EPD operou-se antinomia que conduzisse à revogação tácita daquela primeira por este último.

Da análise dos âmbitos de validade da LDBEN e do EPD, verifica-se plena coincidência: ambas se afiguram permanentes em relação ao tempo, têm aplicabilidade nacional, dirigem-se às mesmas pessoas e tratam do mesmo tema (educação) – a LDBEN em sua integralidade e em parte sobre o ensino às pessoas com deficiência e o EPD em parte específica sobre o ensino às pessoas com deficiência. Portanto, um cenário passível de ocorrência de antinomia.

Nessa senda, deve-se identificar a unicidade do fato regulado e a duplicidade de soluções incongruentes entre si ofertadas pela LDBEN e pelo EPD; e, constatando-se antinomia, aplicar o critério adequado à solução da antinomia.

Com efeito, a unicidade temática e a incongruência das soluções são ressaltadas do cotejo entre o inciso III do art. 4º e o §2º do art. 58 da LDBEN e os incisos III, X e XI e §1º, do art. 28 e do EPD, considerados no próximo intertítulo.

⁶⁴ Cf. BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 6. ed. (tradução de Maria Celeste C. J. Santos). Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995, p. 92.

4.2 Uma análise sobre a revogação do inciso III do art. 4º, o §2º do art. 58 da LDBEN pelos incisos III, X e XI e §1º, do art. 28 e do EPD

A educação especial foi trabalhada em filigrana ao sistema educacional organizado pela LDBEN, compondo um todo homogêneo. Compartilha dos mesmos princípios educacionais que regem as demais modalidades de ensino e foi estruturada com o mesmo grau de operacionalidade que estas; é, também, beneficiária e benfeitora do regime de colaboração que há entre os sistemas de ensino.

A educação especial, como estruturada na LDBEN, encarou com muita sensibilidade e sobriedade a clientela a qual se destina, estabelecendo (i) *classes especiais* (educação especial propriamente dita) para acomodar educandos com deficiência intelectual severa que lhes retira a condição de permanência nas classes comuns, portanto, sem possibilidade de integração naquele momento e (ii) *atendimento educacional especializado (AEE)* com dupla jornada para os educandos com deficiência, mas com condições de permanência em classes comuns do ensino, cuja adaptação de ritmo e volume é suficiente à sua integração – sendo esta a primeira jornada – e, no contraturno – a segunda jornada – o atendimento educacional especializado nas salas de recursos multifuncionais (art. 5º, da Resolução CNE-CEB nº 4/2009), instaladas em instituições especializadas em educação especial conveniadas com o Poder Público (art. 58, §2º, da LDBEN, art. 5º, da Resolução CNE-CEB nº 4/2009, art. 2º, da Portaria nº 243/2016, do MEC).

A possibilidade de integração de aluno com necessidade educacional especial em classes comuns é atribuída à instituição de ensino que, além do convívio necessário em ambiente escolar e conhecimento acerca das competências e habilidades necessárias à permanência, tem a prerrogativa de elaborar e executar a sua proposta pedagógica (art. 12, I, da LDBEN).

Ademais, o emprego no advérbio “preferencialmente” nos arts. 208, III, da CR e 4º, III, da LDBEN, admite, inequivocamente, a hipótese de impossibilidade de integração do educando com deficiência em classe do ensino regular.

Com o advento do EPD, a institucionalização do AEE, isto é, a sua implantação permanente, com todas as adaptações necessárias constantes do art. 28, III, X e XI (sala de recursos multifuncionais, tecnologias assistivas, treinamento e/ou contratação de professores especializados etc.), foram aplicadas *obrigatoriamente*, às instituições privadas de ensino regular, conforme determina o §1º do art. 28, do aludido diploma.

Assim, o conflito que se travou apresentava, de um lado, a LDBEN, concebendo a educação especial como a modalidade de ensino explorada pelas instituições de educação

especial, operada de duas formas: (i) em classes especiais exclusivamente ou (ii) no AEE, em combinação com as classes comuns em instituições de ensino regular – sendo esta última forma *preferencial*, a depender da condição de permanência do educando com deficiência; e, de outro lado, o EPD, não extinguindo, mas inativando as instituições de educação especial, ao transferir o AEE para as instituições privadas de ensino regular, tornando *obrigatória* a sua oferta.

A mesma obrigatoriedade sobrepôs-se ao instituto juspedagógico da condição de permanência, já que toda deficiência, a despeito da afetação da condição de aprendizagem, deverá ser acomodada *obrigatoriamente* nas salas comuns e no AEE no contraturno nas instituições privadas de ensino regular. Não há mais aferição da condição de permanência como fator decisivo à integração ou encaminhamento às classes especiais, vez que não há mais processo de integração tampouco classes especiais.

Aliás, a aferição da condição de permanência do educando com deficiência com vistas ao processo de integração foi brutalmente desestimulada pelo EPD, uma vez que o encaminhamento de um educando sem condição de permanência no ensino regular à educação especial pode ser interpretado como recusa, o que constitui *crime* punível com reclusão de dois a cinco anos e multa, nos termos do art. 98, do EPD que alterou o art. 8º, I, da Lei nº 7.853/89.⁶⁵

Ainda que se infira que o EPD desfigurou por empobrecimento o sistema de ensino estruturado na LDBEN, notadamente a modalidade de educação especial, agora inane, o objetivo desta seção é verificar a ocorrência de antinomia e de revogação tácita. E, sendo a antinomia a impossibilidade de coexistência de duas normas no mesmo sistema jurídico por oferecerem soluções incongruentes para o mesmo fato, é imperiosa a ilação no sentido de que entre a LDBEN e o EPD, no que diz respeito aos dispositivos apreciados, há antinomia, que requer solução.

4.3 Aplicando os critérios tradicionais para solução da antinomia entre a LDBEN e o EPD

Desde ora, é possível descartar o critério hierárquico, vez que a LDBEN e o EPD são normas de grau hierárquico equivalente (leis ordinárias – art. 59, III, da CR).

É prematuro lançar mão do critério cronológico sem antes constatar a real ocorrência de incompatibilidade. Por esta razão, passar-se-á à análise do critério da especialidade.

⁶⁵ “Art. 8º Constitui crime punível com reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos e multa: I - recusar, cobrar valores adicionais, suspender, procrastinar, cancelar ou fazer cessar inscrição de aluno em estabelecimento de ensino de qualquer curso ou grau, público ou privado, em razão de sua deficiência;

A LDBEN, em relação à sua *amplitude* ou *alcance*, é lei geral. A uma porque estrutura todo o sistema educacional nacional tanto no aspecto orgânico quanto no aspecto de diretrizes e bases – estabelecendo os princípios vetores ao funcionamento da educação. A duas porque a LDBEN procede de uma linhagem única de normas sucessivas de assentamento de diretrizes e bases da educação nacional; e, que uma lei só é nominada especial em razão da existência de uma lei geral. Naquilo que a lei especial silencia, aplicam-se os preceitos gerais. Em eventual silêncio da LDBEN, não há norma geral a subsidiar. Logo, a LDBEN não pode ser considerada especial. É geral, portanto.

O EPD é, por excelência, uma lei geral, notadamente pela abrangência do tema que propôs legislar. Trata, assim, dos direitos da pessoa com deficiência em diversos setores da vida social (saúde, educação, moradia, trabalho, assistência social, previdência social, cultura, lazer turismo, esporte, transporte e mobilidade, entre outros).

Logo, resta afastado o critério da especialidade, vez que tanto a LDBEN quanto o EPD são normas de caráter geral.

Seria, portanto, por dedução lógica, o critério cronológico, adequado à solução da antinomia, e, nesse diapasão, os incisos III, X e XI do art. 28 do EPD revogariam, ora, os incisos III do art. 4º, o §2º do art. 58 da LDBEN, tornando *obrigatória* a oferta de educação especial na forma de Atendimento Educacional Especializado (AEE), quando era *preferencial* e submetida a aferição da condição de permanência do educando com necessidade educacional especial e possibilidade de integração.

Contudo, há de se convir que a aplicação pura e simples dos critérios de solução da antinomia entre a LDBEN e o EPD não traz a paz de espírito necessária ao intérprete e aplicador do Direito. Isto porque o dinamismo das relações sociais e, portanto, do Direito, nem sempre são conformados plenamente por regras estáticas de solução. A realidade, multifária e variante como é, nem sempre pode ser conformada por regras permanentes.

No caso, a conclusão pela revogação do inciso III do art. 4º, o §2º do art. 28 da LDBEN pelos incisos III, X e XI do art. 58 do EPD provoca o desconforto acima descrito.

Em primeiro lugar porque, muito embora o *conteúdo* não constitua critério de solução de antinomia, tampouco constitua-se parâmetro para assentamento de hierarquia, mas, a LDBEN – a norma passível de revogação parcial –, como se viu, assume papel marcante de norma de organização, estruturando todo o sistema educacional nacional tanto no aspecto orgânico quanto no aspecto de diretrizes e bases – estabelecendo os princípios vetores ao funcionamento da educação. Além disso, oferta garantias ao educando com necessidade educacional especial. Ou seja, o sistema e as garantias foram lapidados concomitantemente, de

modo que o sistema já foi arquitetado para acomodar e, sobretudo, promover as garantias com eficácia.

Nesse passo, tanto o sistema, quanto os institutos juspedagógicos e as operações convergem para o alcance o objetivo precípua da educação formal: o ensino. Trata-se de um todo integrado que homenageava o regime de colaboração entre os sistemas de ensino por meio da educação especial exclusiva, do AEE e do processo de integração, da aferição de condição de permanência para provimento de educação de acordo com as necessidades especiais dos educandos com deficiência, sem restringir em qualquer medida a liberdade conferida às instituições privadas de ensino de que trata o art. 209, da CR.

Ou seja, a *deficiência* e a *inclusão* já eram temas tratados na forma de *garantia* com previsão de ações positivas e de *organização* com acomodação institucional, tanto pela LDBEN, quanto outros diplomas legais e infralegais (resoluções, portarias, deliberações etc.) expedidos por órgãos e instituições oficiais dos sistemas de ensino.

Já, o EPD – a norma revocatória de dispositivos da LDBEN – ao seu turno, desempenha o papel de norma de garantia de direito material – não tem natureza estruturante do sistema de ensino. Recortou do sistema o tema *inclusão educacional* para sobre este legislar.

O EPD, replicou os princípios já delineados pela LDBEN, sem qualquer inovação, porém impôs conduta às instituições privadas de ensino ao largo de considerar qualquer adaptação estrutural a fim de tornar factível a mudança imposta.

De um dia para o outro – literalmente⁶⁶ – as instituições privadas de educação não tinham mais a liberdade de atuar exclusivamente na modalidade de ensino a que se propuseram devendo ofertar, a partir do EPD, educação especial na modalidade de AEE; não mais teriam a prerrogativa de avaliar a condição de permanência dos educando com necessidades educacionais especiais; deveriam realizar as adaptações necessárias de funcionários, infraestrutura, mobiliário, tecnologias assistivas e tudo o que fosse necessário ao atendimento dos educandos com necessidades educacionais especiais.

⁶⁶ O Estatuto da Pessoa com Deficiência, estranhamente deixou de conceder qualquer prazo para que as entidades educacionais de ensino regular se adaptem aos novos parâmetros trazidos. Cuidam-se de modificações profundas e significativas de infraestrutura, quadro de pessoal, registros etc., que demandam considerável tempo e, cuja execução, não depende somente do estabelecimento de ensino, como no caso de modificações de infraestrutura. E, causa mais espécie, ainda, o fato de o Estatuto em comento haver concedido prazo para: (i) Avaliação da deficiência – 2 anos (artigo 124); (ii) Formação de tradutores e intérprete de libras – 48 meses (artigo 125, I); (iii) Acessibilidade das salas de cinema – 48 meses (artigo 125, II); (iv) Construção de hotéis e pousadas observando-se os desenhos universais – 24 meses (artigo 125, III); (v) Na renovação de frotas das empresas de fretamento de transporte e de turismo, observar os ditames do Estatuto – 48 meses (artigo 125, IV). Entretanto, como dito, prazo algum foi concedido aos estabelecimentos de ensino regular para promoverem as modificações, adaptações e ajustes preconizados.

D’outra parte, as instituições privadas de educação especial restaram enfraquecidas, já que as instituições regulares ofertariam a educação especial.

Notem que, a mudança quanto à imposição de oferta de educação especial pelas instituições privadas de ensino regular, refletiram sensivelmente no sistema; tais consequências não receberam qualquer atenção por parte do EPD – pelo menos, não, no sentido de se ajustar o sistema para tornar operacional a nova medida. Mas, tão somente, criou escusas ao cumprimento, caso houvesse ônus desproporcional e indevido, o que feriria a razoabilidade das adaptações.

Vê-se, sem muito esforço, que a ordem contida no §1º do art. 28 do EPD de que as instituições de qualquer nível e modalidade deverão oferecer atendimento educacional especializado (incisos III, X e XI do art. 28 do EPD), não considerou como pressuposto de direito fundamental as normas garantistas e estruturantes da educação (como direito e sistema) que a precediam.

Também não observou, o EPD, o caráter de *garantia institucional* que acompanha as normas sociais, traduzida por Canotilho “numa imposição dirigida ao legislador, obrigando-o, por um lado, a respeitar a essência da instituição e, por outro lado, a protegê-la em atenção aos dados sociais, económicos e políticos”.⁶⁷

No caso, o instituto que deveria ser observado pelo EPD é o da *inclusão educacional*, cuja essência é remover as barreiras da deficiência por meio do esforço conjunto e sinérgico do método da educação especial (AEE) e do método de ensino regular com adaptações razoáveis de ritmo e volume em favor do educando com necessidade educacional especial e condição de permanência, proporcionando-lhe acesso ao currículo do ensino regular e possibilidade de êxito.

O EPD desfigurou a educação regular para transformá-la em educação especial; ademais, deturpou a já estruturada *inclusão educacional* para uma *inclusão social*, subvertendo os objetivos da educação formal (ensino).

Não pela hierarquia – porquanto já se viu que a LDBEN e a EPD são equivalentes –, mas pelo *conteúdo* e sob a perspectiva teleológica, é possível afirmar a superioridade (prevalência) daquela sobre este.

⁶⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 475.

A LDBEN pode ser considerada norma interposta, pelo fato de a CR ter feito menção expressa a seu respeito (art. 22, XXIV), o que lhe agrega *valor reforçado*⁶⁸ diante das demais normas infraconstitucionais.

Contudo, as normas interpostas não integram o bloco de constitucionalidade do Direito brasileiro, de modo que a sua inegável superioridade, não constitui valor que lhe confira melhor posição hierárquica.

Se assim fosse, a antinomia teria sido solucionada pelo critério hierárquico e, como consequência, o EPD não subsistiria diante da LDBEN.

Assim, muito embora pelo critério cronológico o EPD tenha revogado parcialmente a LDBEN e supostamente resolvido uma antinomia, é certo também que a instauração da nova ordem jurídica não se apresenta mais favorável, justa (para nenhum dos destinatários) ou eficiente.

Eis o dilema.

A primeira constatação a partir do dilema é que os critérios de solução de antinomia são incompletos, e mesmo que a lógica aponte num sentido, a aplicação da norma prevalecente pode não se converter em atendimento eficaz dos anseios sociais. E, em ocorrendo tal circunstância, a suposta solução da antinomia logicamente aplicada, na verdade, deu ensejo a um problema maior que reclama solução: a *lacuna por inaplicabilidade*.

4.4 Da lacuna por inaplicabilidade e forma de solução

O termo lacuna não exige mais do que a sua acepção semântica para comunicar com precisão o que pretende representar no Direito.

Proveniente da palavra latina *lacus* – que significa “lago, depósito” –, como termo⁶⁹, emprega-se para representar o vazio, o buraco, que ao ser preenchido de água torna-se um lago. A lacuna é o lago sem água! Ou seja, se a lacuna é uma incompletude do sistema geológico, no Direito a lacuna é a incompletude no sistema positivo de normas.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 923.

⁶⁹ BARROS, Sérgio Resende de. **Contribuição Dialética ao Constitucionalismo**. Campinas/SP: Millennium Editora, 2008, p. 36. “Embora de ordinário sejam confundidos, vocábulo difere de palavra. O vocábulo é a forma da palavra. A palavra se constitui da forma vocabular mais um conteúdo significativo: acepção. Diversas acepções do mesmo vocábulo constituem diferentes palavras. O mesmo vale para os termos e os conceitos. Ao exprimir um conceito, o vocábulo constitui um termo, que difere por seu conteúdo dos outros formados por com o mesmo vocábulo.”

No positivismo depõe-se toda a fé no sistema de normas como o oráculo pleno e infalível para solução dos conflitos sociais. No entanto, a estaticidade da norma – que retrata a conjuntura do momento de sua elaboração – é vencida pelo dinamismo social que, mesmo se conformando à norma a que ela mesma deu ensejo, também se transforma – cria novas exigências, novos conflitos, assimila novos elementos culturais, altera seus valores etc. – e os reflexos dessa transformação são projetados diretamente sobre todo o ordenamento jurídico, premindo-o à uma reforma para novas conformações e aguardo das próximas transformações, num ciclo perpétuo.

À medida que a sociedade se movimenta constituindo novas relações ou modificando antigas, distanciando-se da norma reguladora já existente, um vão se forma – a lacuna – e exige-se o seu preenchimento, que é realizado de modo mais imediato pelo Poder Judiciário e de modo mediato pelo Poder Legislativo.

Quer-se dizer com isso que a lacuna, quanto à sua origem, tem causas naturais – o dinamismo irrefreável da sociedade – e quanto a sua duração sem solução, a omissão humana (do legislador).

Para se compreender melhor as causas de uma lacuna é necessário conhecer as espécies de lacuna que podem ser subsumidas a duas categorias elaboradas a partir de sua causa: (i) a *lacuna pela inexistência* de norma à conformação e solução de um caso concreto e (ii) a *lacuna por inaplicabilidade* da norma, que, apesar de haver previsão a incidir sobre um caso concreto, a sua aplicação não promove Justiça ou efetividade.

A categorização a partir das causas afigura-se melhor à compreensão tendo em vista que vários juristas utilizaram nomenclaturas diversas para referirem-se às mesmas espécies de lacuna.

Às lacunas por inexistência de norma, Zitelmann nomeou *autênticas* e, às lacunas por inaplicabilidade, nomeou *não autênticas*. Engisch chamará, respectivamente de lacuna de *lege lata* e de *lege ferenda* (ou político-jurídica, ou crítica, ou imprópria). Bobbio, por sua vez, chamará a ausência de norma no sistema de lacuna *juri condito*, ou propriamente dita, ou subjetiva e, a ausência de norma justa, de *juri condendo*, ou imprópria, ou ideológica, ou objetiva. Larenz utiliza a nomenclatura lacunas de regulação aberta – quando falta na lei uma ordem positiva que não alcança a sua finalidade – ou oculta – quando carece de limitação uma norma estabelecida.⁷⁰ Para citar alguns exemplos.

⁷⁰ DINIZ, Maria Helena. **As Lacunas no Direito**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, pp. 84-85.

Maria Helena Diniz sugere classificação tripartite: a lacuna *normativa*, a *ontológica* e a *axiológica*.

Três são as principais espécies de lacunas: 1ª) *normativa*, quando se tiver ausência de norma sobre determinado caso; 2ª) *ontológica*, se houver norma, mas ela não corresponder aos fatos sociais, quando, p. ex., o grande desenvolvimento das relações sociais e o progresso técnico acarretarem o anquilosamento da norma positiva; 3ª) *axiológica*, ausência de norma justa, isto é, existe um preceito normativo, mas, se for aplicado, sua solução será insatisfatória ou injusta.⁷¹

Não obstante a proposta tripartite, é possível acomodar as lacunas normativa, ontológica e axiológica nos dois grupos de início identificados: a primeira decorre da *ausência de norma* e as duas últimas da *inaplicabilidade da norma*, diferindo, estas, entre si, pelo fato de a lacuna ontológica abrir-se pela natural transformação da sociedade, sobre a qual a aplicabilidade da norma em questão não mais produzir efeito ordenador (ou produzir efeito caótico); já, a lacuna axiológica, não decorre da transformação social, ela denuncia não a falta de uma norma que parametrize certo fato social – ela existe –, mas a solução inadequada que oferta. Não falta norma, falta solução satisfatória e justa, ou seja, se aplicada, não operará a Justiça.

A lacuna ontológica foi precedida de uma norma eficaz que *se tornou* ineficaz pela mudança da mentalidade social; a axiológica não teve esse início exitoso, a conclusão – prévia ou posterior – acerca de sua ineficácia, quando chamada a regular conflito social *in concreto*, remete à data de sua criação, revelando má percepção da realidade social pelo legislador e a falta de cuidado em avaliar a sua acomodação no sistema.

Abre-se uma lacuna axiológica, portanto, “quando uma norma é inaplicável por alcançar casos ou acarretar consequências que o legislador não haveria ordenado se conhecesse aqueles ou suspeitasse estas”.⁷²

Resta saber se a aplicação do EPD produzirá (in)justiça e (in)efetividade.

A justiça é atributo de virtude relacional. Não se reputa ninguém por justo para si mesmo, tal adjetivo decorreu do comportamento perante alguém ou algo (relação).

Mesmo em sua concepção mais popular e simples de conferir a outro o que lhe é devido, há a figura do conferente e a do conferido (relação).

⁷¹ DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 153.

⁷² ENNECCERUS, Karl Martin Ludwig *apud* NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 45. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 209.

No entanto, o ato de dar a cada um o que lhe é devido deve proceder de um modelo mental de reconhecimento e respeito à dignidade humana, de um espírito livre de ímpetos egoístas; o egoísta preocupa-se apenas com a satisfação de seus desejos, sem considerar as necessidades de seus semelhantes.

Tal concepção cai bem ao tema em apreço, porque inclusão é convívio. Contudo, o bom grado e a entrega do devido não consumam a Justiça. Esta deve ser confirmada por um elemento final chamado *efetividade*.

A efetividade de uma norma, *prima facie*, se consolida quando o dever prescrito é cumprido. Contudo, a efetividade plena é atingida quando a norma é motivada pela promoção da dignidade humana e propicia a realização da Justiça atribuindo, em justa medida, os deveres e os direitos a cada destinatário da norma, além de, e sobretudo, preservar a harmonia do ordenamento jurídico. A efetividade não pode fragilizar a unicidade do sistema positivo de normas.

São destinatários do EPD no que toca a educação: o educando com deficiência, as instituições privadas de ensino regular, as instituições de educação especial e as instituições públicas de ensino. Quanto às últimas, não houve qualquer modificação, já que têm a obrigação, primária e plena de prover educação em todos os níveis e modalidades. Já, em relação aos demais destinatários, significativa mudança os alcançou.

Às instituições privadas de ensino regular foi imposta a oferta de educação especial (AEE), restringindo o exercício da liberdade constitucional (art. 209, da CR) de ofertar a(s) modalidade(s) que melhor lhe aprouvesse.

As instituições de educação especial, responsável pelas classes especiais exclusivas e pelo AEE, foram exauridas, na medida em que as classes especiais exclusivas foram praticamente extintas com a ordem de institucionalização do AEE e a clientela de AEE migrando para as instituições regulares, agora ofertantes – compulsoriamente – desta modalidade de ensino.

Aos educandos com deficiência foi dispensado tratamento leviano, na medida em que se desprezou a condição imposta pela gravidade da deficiência e seu reflexo no aprendizado. Todos são encaminhados ao AEE, mesmo que a deficiência não lhes proporcione condição de permanência e a estes fosse adequado, para aquele momento, a matrícula em classe especial exclusivamente – estas foram esvaziadas.

Acerca das instituições de educação especial, exauridas jurídica e psicossocialmente – porque se insistirem no funcionamento assumirão o estigma de segregadoras – é inegável a letalidade do golpe que sofreram, chegando a ser declarado o seguinte:

É preciso, no entanto, ficar claro que não negamos a importância das instituições, que tiveram um papel fundamental na educação das pessoas com deficiência, quando ninguém queria saber de educá-las, mas o papel delas evoluiu, mudou. Agora a instituição deve dar suporte, ensinar à escola comum a receber todos os alunos e ajudá-la no trabalho com a diferença. Como o ensino em segregação não é mais possível, o que se tem é a necessidade de reestruturação de papéis: as instituições especializadas (que têm tanta experiência no assunto), ao invés de oferecer ensino segregado, devem destinar-se a oferecer um conjunto de instrumentos e recursos auxiliares e complementares à educação formal de pessoas com deficiência (que deve ser oferecida pela rede regular), servindo inclusive para a capacitação de pais e profissionais.⁷³

Causa ainda mais espanto a naturalidade com que é encarada a desfiguração do sistema de ensino, a aniquilação das instituições de educação especial e a utópica solução proposta e estas instituições de migração de atividades educacionais para atividades de consultoria e assessoria às instituições privadas de ensino regular. Posto que utópica a proposta acima, corrobora à ilação de que as classes especiais em caráter substitutivo foram extintas.

Há, ainda, outra circunstância propiciada pelo próprio EPD que amplia a lacuna axiológica e expõe ainda mais a incompletude do diploma: a escusa diante do ônus desproporcional e irrazoável.

4.5 Da escusa diante da desproporcionalidade do ônus face à irrazoabilidade das adaptações determinadas pelo EPD sobre as instituições de ensino regular

O EPD obrigou as instituições privadas de ensino regular a promover adaptações com vistas à instituição do AEE, sendo equilibrado – enalteça-se – em ressaltar que tais adaptações devem ser proporcionais e razoáveis, do contrário não são devidas.

Por adaptações razoáveis, compreenda-se

[...] todas as modificações, ajustes, amoldamentos e mesmo flexibilizações a serem efetuados no ambiente material e normativo no qual é pleiteada, mediante emprego dos mais diversos mecanismos, desde técnicas, tecnologias, revisão de procedimentos, até exceções no horário e local de trabalho, realização de tarefas, atividades acadêmicas, etc.”⁷⁴

⁷³ SEGALLA, **Inclusão não é favor nem bondade**, p. 50-51.

⁷⁴ MARTEL, Letícia de Campos Velho. Adaptação razoável. In: **SUR - Revista Internacional de Direitos Humanos**, v. 8, n. 14, jun. 2011, p. 89-113.

A *razoabilidade*, portanto, é balizada pela *proporcionalidade* e pelo *dever legal* de se cumprir com certo ônus: sendo proporcional e devido, o ônus é qualificado como razoável e o seu cumprimento torna-se compulsório, sob as penas da Lei. Resta claro que “[...] A razoabilidade exige uma relação de equivalência entre a medida adotada e o critério que a dimensiona.”⁷⁵

As grandezas a serem consideradas são o *atendimento da pessoa com deficiência* e a *institucionalização do AEE* nas classes comuns do ensino regular. Sendo certo que, para haver equivalência entre essas duas grandezas, as adaptações que as nivela deverão ser razoáveis, isto é, representarem ônus *proporcionais* e *devidos*.

A proporcionalidade é a estimação de um meio para a consecução de seu fim:

E um meio é proporcional, em sentido estrito, se as vantagens que promove superam as desvantagens que provoca. A aplicação da proporcionalidade exige a relação de causalidade entre meio e fim, de tal sorte que, adotando-se o meio, promove-se o fim.

[...]

Ele se aplica apenas a situações em que há uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim, de tal sorte que se possa proceder aos três exames fundamentais: o da adequação (o meio promove o fim?), o da necessidade (dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outro meio menos restritivo do(s) direito(s) fundamentais afetados?) e o da proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio?)⁷⁶

Preenchendo essa tríade de fatores (adequação/necessidade/proporcionalidade em sentido estrito) com propriedades reais para se aferir a relação de proporcionalidade, temos que o *meio* são as adaptações e o *fim* a institucionalização do AEE nas salas comuns do ensino regular.

Em relação à *adequação*, cuja confirmação perpassa pela pergunta “o meio promove o fim?”, a resposta é afirmativa. De fato, o AEE é proposta pedagógica da educação especial e *adequada* para atendimento das pessoas com necessidades educacionais especiais. Seja aplicado pelas instituições de educação especial, seja pelas de ensino regular – a quem o EPD impôs a obrigação de ofertar – promovendo-se as adaptações necessárias e empregando-se as técnicas corretas, o atendimento será eficaz.

⁷⁵ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios** – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 200.

⁷⁶ *Idem*, p. 202.

No que concerne à *necessidade*, esta é revelada a partir da indagação “dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outro meio menos restritivo do(s) direito(s) fundamentais afetados?”

O EPD criou um ônus ao exercício da liberdade constitucional conferida à iniciativa privada quanto a escolha da modalidade de ensino (art. 209, da CR), impondo a oferta de educação especial, e tornou sem efeito a análise da condição de permanência para implementação do processo de integração. E toda essa desestruturação do sistema de ensino, já bem delineado pela Constituição da República, pela LDBEN e outras normas editadas pelos órgãos competentes do setor educacional, operou-se sob o pretexto de promover a inclusão, cujo procedimento já contava com normas claras e bem estruturadas. A carência era de implementação dos meios já propostos pelo sistema vigente, e não uma desestruturação do sistema.

Restou claro que a Poder Público teve a intenção de transferir para o sistema privado de ensino uma demanda que era sua e que não tinha condição de atender, em franca violação do quanto dispõe o parágrafo único do art. 60 da LDBEN, cuja transcrição se faz imprescindível:

Parágrafo único. O poder público adotará, como alternativa preferencial, a ampliação do atendimento aos educandos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação na própria rede pública regular de ensino, independentemente do apoio às instituições previstas neste artigo.

A despeito do apoio técnico e financeiro⁷⁷ dado pelo Poder Público às instituições privadas, aquele não se desincumbe de ampliar o atendimento em sua rede aos educandos com necessidades educacionais especiais. Ou seja, o apoio a que se refere o dispositivo em comento não importa em *transferência de encargo*, o que, lamentavelmente, o EPD restou por legitimar.

Assim, não teria sido violada a liberdade constitucional conferida à iniciativa privada em eleger a modalidade de educação a ser ofertada, houvesse o Poder Público se empenhado na direção de *ampliar* o atendimento dos educandos com necessidades educacionais especiais em sua rede e prestado *apoio técnico e financeiro* às instituições de educação especial e incentivado outras a conveniarem-se.

Dessarte, à indagação “dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outro meio menos restritivo do(s) direito(s) fundamentais afetados?”, a

⁷⁷ (LDBEN) Art. 60. Os órgãos normativos dos sistemas de ensino estabelecerão critérios de caracterização das instituições privadas sem fins lucrativos, especializadas e com atuação exclusiva em educação especial, para fins de apoio técnico e financeiro pelo Poder Público.

resposta à indagação é *positiva*, portanto, *desnecessária* a institucionalização do AEE no âmbito das instituições privadas de ensino regular.

Por último, em relação à *proporcionalidade em sentido estrito*, esta reside na resposta ao se questionar se “as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio?”

As desvantagens se estendem sobre os aspectos *qualitativo* do ensino e de *custo*.

No aspecto qualitativo, institutos juspedagógicos de vital importância para garantia da qualidade do ensino foram exauridos.

Como se viu, a *condição de permanência*, essencial ao processo de integração com vistas à inclusão, consubstancia-se na aferição da autonomia e capacidade de aprendizagem do educando com necessidade educacional especial nas classes comuns do ensino regular. Pois bem, o art. 28, III e §1º, do EPD, ao impor a oferta de educação especial obrigatória (AEE) às instituições de qualquer modalidade, excluiu a possibilidade de um aluno não apresentar condição de permanência em razão da gravidade de sua deficiência; a essa circunstância o EPD não propôs solução, deixando subentendido que, caso isso aconteça, o educando sem condição de permanência será “incluído” na sala comum do ensino regular, nem que seja para socializar ou para que os demais alunos aprendam a conviver com a deficiência. É nobre, mas não é inclusão educacional.

Questiona-se, inclusive, se a inclusão forçada não resultará em constrangimento para o educando incluído, ressaltando ainda mais a diferença em vez de minimizá-la.

As instituições privadas que optaram por ofertar exclusivamente educação na modalidade especial, cujo trabalho é de extrema relevância, restaram completamente enfraquecidas, a uma por terem recebido o estigma de segregadoras, já que não promovem o encontro entre alunos com e sem deficiência; a duas em razão de relevante fator psicossocial, o sentimento apaziguador de ver o(a) filho(a) estudando na mesma instituição que crianças sem deficiência.

Tal sentimento foi retratado na cartilha elaborada pela instituição Todos Pela Educação:

Em termos de porcentagens, temos, atualmente, um cenário em que 88,1% dos estudantes público-alvo da Educação Especial estão matriculados nas classes comuns, como mostra o gráfico 2. No entanto, persiste ainda o desafio de que 100% das crianças sejam matriculadas nessas classes, afinal, toda criança tem direito a estudar na escola onde frequentam seus irmãos, primos e vizinhos.⁷⁸

⁷⁸ TODOS PELA EDUCAÇÃO. Disponível em <https://shre.ink/cuWA> – acesso em 13/01/2023.

Por mais singelo que possa parecer, a obrigatoriedade quanto à oferta de AEE pelas escolas regulares mingua significativamente a clientela das instituições que atuam exclusivamente na educação especial.

A condição de permanência vincula-se intimamente com a eficácia do ensino e o aproveitamento global da sala. Quer-se dizer com isso que na inclusão o cenário regular de ensino é mantido; portanto, deve-se considerar o atendimento aos alunos regulares, também. A falta de condição de permanência pode decorrer de deficiência que reflita na dinâmica da sala de aula, prejudicando o aproveitamento dos demais alunos.

Nessas circunstâncias, o adequado seria encaminhar o educando com deficiência para as classes especiais em substituição para desenvolver autonomia e independência em nível que permita iniciar o processo de integração. No entanto, no novel cenário inaugurado pelo EPD, o educando deve ser mantido nas salas comuns, do contrário o ato será discriminatório e segregador, além de sujeito à pena de reclusão de dois a cinco anos e multa àquele que frustra o acesso ao ensino.

O EPD causa a desfiguração da educação formal e da real inclusão educacional como resultado do processo de integração por meio da colaboração entre a educação especial e o ensino regular, para praticar inclusão social, que é importante, mas não é objetivo precípua da educação, além de poder ser suprida [a inclusão social] em diversos outros setores da sociedade.

No tocante à eficácia, se o objetivo da medida não tiver o potencial de atingir a sua finalidade, o ônus será indevido. Serve de exemplo a hipótese prevista no artigo 59, II, da LDBEN, que prevê a *terminalidade específica*⁷⁹ para aqueles que não puderem atingir o nível exigido para a conclusão do ensino fundamental em razão de sua deficiência. Na hipótese prevista no artigo 59, II, da LDBEN, não há adaptação razoável a ser feita, vez que a deficiência intelectual não permite que o educando avance de nível, tendo atingido o seu limite máximo de aprendizagem e, portanto, de escolaridade.

Diante da situação estampada no sobredito dispositivo, qualquer adaptação acarretaria um ônus desproporcional e indevido, porquanto não haveria *conformação eficaz* a ser empregada que penetrasse o bloqueio imposto pela gravidade da deficiência do educando em questão.

⁷⁹ O instituto da terminalidade específica prevê viabilizar ao aluno com grave deficiência intelectual ou múltipla, que não apresentar resultados de escolarização previstos no Inciso I do Artigo 32 da LDBN, a declaração de conclusão de escolaridade, com histórico escolar que apresente, de forma descritiva, as competências desenvolvidas pelo educando, bem como o encaminhamento devido para a educação de jovens e adultos e para a educação profissional.

Quanto à qualidade do ensino, a perda é sensível, e, no que se refere aos custos acarretados pelas adaptações, melhor futuro não aguarda as instituições privadas de ensino regular.

Relembre-se que a *proporcionalidade em sentido estrito* reside na resposta ao se questionar se as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio. Doravante, tal questão será respondida à luz dos custos oriundos das adaptações.

Em primeiro lugar, frise-se que o AEE é ofertado no contraturno da escolarização nas *salas de recursos multifuncionais*, conforme art. 5º, da Resolução CNE-CEB nº 4/2009, que instituiu as diretrizes operacionais para o atendimento educacional especializado na educação básica. A sala de recursos multifuncionais é o espaço físico composto e organizado com produtos, instrumentos e materiais pedagógicos, equipamentos ou tecnologia, mobiliários etc., adaptados ou especialmente projetados para melhorar a funcionalidade do educando com deficiência, com o fito de estimular e favorecer a sua autonomia e independência, fortalecendo o processo de inclusão e acesso ao currículo das classes comuns do ensino regular.⁸⁰

Não se faz necessário qualquer estudo para se concluir que a escola regular terá um primeiro investimento no preparo de uma sala de recursos multifuncionais. As ajudas técnicas (instrumentos, materiais, equipamentos, mobiliário etc.) deverão ser adquiridas pela instituição, demandando considerável custo, a flutuar de acordo com as deficiências as serem atendidas.

Se a escola dispuser de espaço com potencial construtivo, soma-se o valor expendido para construção da sala de recursos multifuncionais; do contrário – se a instituição de ensino regular atingiu o seu potencial máximo construtivo – a instalação de uma sala multifuncional só será possível a partir da desativação de uma sala de aula regular, resultando na supressão de turma, e, paradoxalmente ao investimento, considerável queda da receita, de onde a entidade privada de ensino regular obtém o seu sustento, e, por outro lado, sobre o ente público, implicará na redução da oferta de vagas. Outrossim, a depender do número de alunos com deficiência, pode haver a necessidade de se implantar mais de uma sala de recursos multifuncionais, aumentando ainda mais os custos e, em contrapartida, o prejuízo.

Quanto ao quadro de funcionários, o art. 28, do EPD determinou que as instituições de ensino deverão disponibilizar professores especialistas para atendimento educacional especializado; o que implica em investimento em formação de ou contratação de novos especialistas.

⁸⁰ Cf. Art. 5º, §3º, do Decreto nº 7.611/2011 e Portaria Normativa nº 13/2007, do Ministro da Educação.

Não se olvide que o §1º do art. 28 do EPD veda a cobrança de valores adicionais de qualquer natureza em suas mensalidades, anuidades e matrículas no cumprimento das adaptações que determina. Logo, haverá um aporte financeiro significativo para atender às determinações, a assunção de custos fixos, com impossibilidade de recuperação dos investimentos já que não pode haver diluição dos investimentos nas mensalidades e, caso tenha havido supressão de turma para instalação da sala de recursos multifuncionais, redução permanente de receita.

A vedação de diluição dos custos nas mensalidades trata-se de mais uma controvérsia fustigada pelo EPD que necessita de interpretação sistemática. A vedação de diluição dos custos expendidos nas adaptações, restringe direito conferido pelo Decreto, nº 3.274, de 6 de dezembro de 1999, que regulamentou o § 4º do art. 1º da Lei nº 9.870, de 23 de novembro de 1999, que autoriza a inclusão em planilha de custos da instituição de ensino, gastos com manutenção, conservação, ampliações, aquisição de materiais especializados, especialização e/ou contratação de profissionais especializados etc., limitado à inflação do período.

À luz deste feixe de fatores – qualitativos e de custos – considerados à luz da *adequação*, *necessidade* e *proporcionalidade*, ainda que a adequação tenha se afigurado positiva, quanto à necessidade e proporcionalidade, estas não foram supridas, o que torna o ônus trazido pelo EPD, desproporcional, portanto, neste particular, indevido.

Neste cenário, se os arts. 4º, III e 58, §2º, da LDBEN, foram revogados e uma instituição privada de ensino regular se enquadrar na escusa de que trata o art. 3º, VI, do EPD, estará dispensada de promover as adaptações necessárias ao educando com deficiência? Será este matriculado em classe comum do ensino regular apenas para socializar, posto que sem qualquer possibilidade de alcance do sucesso acadêmico?

É natural que se deponha sobre a lei (norma), especialmente a mais nova, porque presume-se *pari passu* com a realidade social mais recente, a expectativa de que esta seja completa e da sua aplicabilidade fecunde a Justiça, no entanto, tais questionamentos revelam que, apesar da solução objetiva da antinomia entre a LDBEN e o EPD pela aplicação do critério cronológico (*lex posterior*), conduzindo à conclusão no sentido da revogação parcial daquela por este, das soluções ofertadas pela norma revogadora, lamentavelmente, efetividade e Justiça não é o que se pode esperar; pelo contrário, foi exposta uma chaga denominada lacuna axiológica.

Tal circunstância provoca novo empenho do intérprete do Direito à colmatação desta nova lacuna.

4.6 Das inconstitucionalidades do Estatuto da Pessoa com Deficiência

A inconstitucionalidade traduz-se como a relação de incompatibilidade entre uma conduta ou uma norma e a Constituição. A inconstitucionalidade pode vicejar pela prática de ato por órgão ao qual a Constituição não reconhece competência para a prática (inconstitucionalidade orgânica), pela inobservância de ritos obrigatórios à prática de ato (inconstitucionalidade formal propriamente dita) e/ou pelo conteúdo inconciliável da norma com os vetores da Constituição (inconstitucionalidade material).

Há uma quarta espécie de inconstitucionalidade que enferma o ato normativo não pela incompetência do órgão editor, ou pela inobservância do rito adequado, ou, ainda, pelo conteúdo, mas pela *incapacidade de atingir a finalidade que enuncia*. É a chamada inconstitucionalidade teleológica ou finalística.

A inconstitucionalidade teleológica surpreende aquelas situações em que o ato legislativo se mostra inadequado para a consecução dos fins por ele próprio perseguidos ou contraditório e sim mesmo, ou ainda desproporcional no tocante à acomodação de dois ou mais princípios constitucionais que por ele devam ser prestigiados.⁸¹

Há outras classificações estabelecidas, por exemplo, a partir do momento em que a inconstitucionalidade se manifesta, da inércia ou proatividade do órgão, da estridência da afronta constitucional, da abrangência da norma inconstitucional; todavia, a classificação tradicional – orgânica, formal propriamente dita e material –, notadamente a material, com o acréscimo da espécie teleológica, é suficiente para a presente exposição.

O EPD exhibe traços de inconstitucionalidade – material e teleológica – por violação do princípio da isonomia (igualdade material), da livre iniciativa e do regime de colaboração.

4.6.1 Inconstitucionalidade por violação do princípio da isonomia (igualdade material)

A igualdade deixa de ser termo e ganha o mundo fenomênico, passível de valoração jurídica, quando três fatores – que também podem ser tomados por parâmetros de concretização – são considerados: *critério, circunstância e convergência*.

⁸¹ Cf. RAMOS, Elival da Silva. **Controle de Constitucionalidade no Brasil**: perspectivas de evolução. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 49-50.

O critério é o elemento de *igualdade formal*, livre de qualquer elemento distintivo – exemplos: *todos* são iguais perante a Lei; é objetivo republicano promover o bem de *todos*; *ninguém* pode ser obrigado a qualquer prática sem lei que assim determine etc.

A *circunstância*, por sua vez, é o elemento *distintivo*, que tem duas finalidades: a primeira de revelar um obstáculo à *materialização* da igualdade *formalmente* prometida; e a segunda de orientar as medidas a serem adotadas (materializadas) a fim de que a igualdade formal seja efetivamente suprida – exemplo: é garantida a inviolabilidade do direito à segurança aos *brasileiros* e *estrangeiros* (elemento distintivo) – houvesse o legislador empregado o termo *todos* em lugar de *brasileiros* e *estrangeiros* o dispositivo atingiria a mesma finalidade, no entanto, a ênfase desperta atenção do Estado no sentido de implementar medidas necessárias ao atendimento dos estrangeiros, também, e, assim, ao cumprimento material da promessa formal de igualdade.

A *convergência* plasma-se na implementação da medida *suficiente* a possibilitar a superação do elemento distintivo e permitir o acesso e gozo de todos a determinados bens jurídicos – é a consagração da igualdade material; não se alcança a convergência com políticas inadequadas. Não há falar-se em isonomia se não se partir da igualdade formal e atingir a igualdade material.

Deve-se sublinhar que a convergência – estágio que consagra a isonomia – é *finalidade* e não *meio*, de modo que, à sua consecução, meios distintos podem ser empregados.

Aplicando-se a tese acima ao direito à educação, tem-se:

1. A educação é direito de todos – igualdade formal (critério);
2. É garantido o direito à educação à pessoa com deficiência (circunstância);
3. Aos educandos com deficiência, para alcance do sucesso acadêmico, as classes especiais ou o AEE (convergência).

Assim, a isonomia em relação ao direito à educação pressupõe o acesso, a permanência (no sentido juspedagógico) e, sobretudo, a possibilidade de alcance de resultados (sucesso acadêmico) que consiste, como objetivos precípuos da educação, o domínio da leitura, da escrita e do cálculo.

O EPD, ao tornar obrigatória a institucionalização do AEE pelas instituições privadas de ensino regular e estabelecer pena de reclusão de dois a cinco anos e multa a qualquer um que frustre o acesso de pessoa com deficiência em qualquer instituição de ensino, aboliu as classes especiais e não apenas tornou de balde a aferição da condição de permanência do educando com

deficiência, já que não poderá ser encaminhado para classe especial, mas *criminalizou* a referida aferição.

Com isso, educandos sem condição de permanência e aprendizagem nas classes comuns do ensino regular deverão ser matriculados nestas classes e no AEE no contraturno. Ou seja, o aluno sem condição de permanência em classe comum do ensino regular não terá a possibilidade real de alcançar o sucesso acadêmico, estará ali apenas para socializar, o que viola, estreme de dúvidas, o princípio da isonomia pela ausência de convergência em razão da medida infrutífera aplicada.

A inclusão social *não supre* a inclusão educacional e a troca desta por aquela é violação do princípio da isonomia, o que, lamentavelmente, o EPD institucionalizou ao impor que uma entidade de ensino regular matricule educando cuja gravidade da deficiência impossibilite-lhe de alcançar o sucesso acadêmico apenas para socializar.

4.6.2 Inconstitucionalidade por violação da livre iniciativa: limitação, restrição ou imposição indevida de ônus ao exercício de uma liberdade?

Como dito, a imposição do EPD quanto à institucionalização do AEE pelas instituições de ensino regular, representa violação da liberdade conferida à iniciativa privada (livre iniciativa) constante do art. 209, da CR.

Ciente da impossibilidade de, com exclusividade, prover educação formal universal e de qualidade, o Estado recorreu à iniciativa privada para consigo cooperar nesta missão; mantendo, contudo, a sua responsabilidade primária e plena pelo provimento de tal serviço.

Se a responsabilidade plena do Estado se refere à oferta de ensino em todos os níveis e modalidades, o supletivismo que caracteriza a atuação privada permite a esta eleger o nível e a modalidade que oferecerá em cooperação com o Estado. Não por menos reputou-se *livre* a oferta de ensino pelo ente particular; liberdade essa quanto à opção do nível e modalidade.

É importante esclarecer que não houve modificação de pressuposto de fato. Ou seja, o EPD não teve como objeto de normatização o sistema de ensino para criar uma nova modalidade ou transformar pela fusão modalidades existentes. Tal hipótese sequer foi ventilada. Mas, o núcleo da determinação do EPD recaiu sobre as instituições privadas de ensino regular impondo-lhes de conduta: caso optem por oferta de ensino regular, devem prover, também, obrigatoriamente, educação especial.

A determinação contida no §1º do art. 28 do EPD dirigida às instituições de qualquer nível e modalidade de que deverão oferecer atendimento educacional especializado (incisos III,

X e XI do art. 28 do EPD), ou seja, prover educação especial, vincula a liberdade de eleição da modalidade que a iniciativa privada pretende ofertar, afinal, seja qual for a escolhida, será sempre associada à educação especial.

Tal imposição às instituições privadas de ofertar obrigatoriamente educação especial estaria de acordo com os fundamentos da ordem econômica e financeira cinzelados no art. 170, *caput* e III, da CR?

4.6.3 Da inconstitucionalidade por violação aos objetivos e princípios da ordem econômica e da negligência do Estado como agente normativo e regulador quanto à sua função planejadora.

Há proposital conformidade entre os objetivos da República descritos no art. 3º, da CR e os fundamentos da ordem econômica e financeira estatuídos no art. 170, *caput*, da CR: justiça social, liberdade, solidariedade, dignidade, livre iniciativa para o desenvolvimento nacional, valorização do trabalho humano, erradicação da pobreza, são fundamentos e objetivos que se entrelaçam e tem como elemento axial a ordem econômica e financeira.

De ambos os dispositivos denota-se uma busca por um equilíbrio entre a justiça social (bem-estar social) e os direitos relativos à liberdade do exercício da atividade econômica, fator que caracteriza um estado social e democrático de direito.

A livre iniciativa perfaz-se na prerrogativa outorgada pela CR a qualquer pessoa, física ou jurídica, de empreender no mercado, exercer qualquer atividade econômica, independentemente de autorização estatal, salvo nos casos em que o interesse coletivo esteja envolvido e assim previsto em lei, nos contornos do parágrafo único do art. 170 da CR.

Deve-se enfatizar que a autorização acima tratada admite duas acepções: *(i)* em caso de interesse coletivo, assim previsto em lei, refere-se ao ato administrativo de chancela do exercício da atividade econômica pretendida a partir da constatação de cumprimento de requisitos de interesse público, por exemplo, a aferição da categoria da habilitação do transportador escolar; e *(ii)* representa uma limitação imposta ao Estado quanto a imposição do exercício de certas atividades econômicas ou de proibição sumária do seu exercício, por exemplo, determinando a profissão que alguém deva exercer ou impedindo o exercício que alguém constitua o seu negócio sob o argumento de saturação no setor econômico. Na primeira

hipótese – de proteção o interesse coletivo – há razoabilidade e proporcionalidade; na segunda hipótese há arbitrariedade do Estado.⁸²

Muito embora o equilíbrio seja o desiderato, numa ordem de prioridades deve ser colocado à frente os direitos sociais por serem pressupostos da liberdade individual.

Esta es la situación jurídica e social em la que – partiendo de la idea de la justicia – encuentra su necesidad y justificación tal idea de los derechos fundamentales sociales, y ciertamente no como contra-principio frente a los derechos fundamentales de libertad, sino a partir del propio principio del aseguramiento de la libertad. Si en la organización liberal-burguesa de la libertad se presuponían tácitamente la propiedad y el trabajo como fundamento social de la vida, ahora se bacia evidente que en modo alguno la propiedad y el trabajo tienen que sobreentenderse em la lógica de esta organización de la libertad, sino que más bien tienen que ser primero producidos y asegurados. Si tal libertad jurídica debe poder convertirse em libertad real, sus titulares precisan de una participación básica en los bienes sociales materiales; incluso esta participación en los bienes materiales es una parte de la libertad, dado que es un presupuesto necesario para su realización. Los derechos fundamentales sociales tienden, de acuerdo con su idea, al aseguramiento de esta participación en los bienes materiales: el derecho al trabajo, el derecho a la vivienda, el derecho a la educación, el derecho a la atención en caso de enfermedad. Estos derechos, al igual que los de libertad, se dirigen al Estado, si bien el Estado ya no es destinatario de una pretensión de realización. La libertad debe posibilitarse y asegurarse realmente mediante prestaciones sociales y garantías estatales.

La idea de los derechos fundamentales sociales no aparece, vista así, como algo que se oponga a la garantía del Estado liberal-burgués de Derecho; sino como su consecuencia lógico-material en una situación social modificada. También se trata en ella del aseguramiento de la libertad, no de la superación de la libertad en beneficio de formas colectivas de vida.⁸³

Por ser direito social fundamental por excelência, sobre a educação se deposita elevado nível de esperança quanto à consecução dos objetivos da República e da ordem econômica; afinal, tem o condão de promover a dignidade humana, orientar para o alcance de uma sociedade livre, justa e solidária, pavimentar o caminho da autodeterminação dos povos, estimular cooperação entre os povos para o progresso da humanidade, erradicar a pobreza e a fome, eliminar disparidades de gênero, conscientizar acerca da proteção do meio ambiente e de uma

⁸² No julgamento da ADPF 449, em 08.05.2019, que transcorreu sob a relatoria do Min. Luiz Fux, acerca da proibição imposta por leis municipais quanto a contratação de motoristas particulares por aplicativos de transporte, assentou foi decidido: “O exercício de atividades econômicas e profissionais por particulares deve ser protegido da coerção arbitrária por parte do Estado, competindo ao Judiciário, à luz do sistema de freios e contrapesos estabelecidos na Constituição brasileira, invalidar atos normativos que estabeleçam restrições desproporcionais à livre-iniciativa”.

⁸³ BÖKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Escritos sobre Derechos Fundamentales**. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, pp. 74-75.

agricultura sustentável, consumo responsável, entre outros. Nos ODS a educação é apresentada como pivô ao alcance de numerosas metas.

Por ser, então, alicerce da realização da justiça social, sendo ponto de atração de pessoas desfavorecidas com pessoas favorecidas em todos os aspectos (pobres e ricos, deficientes e “normais” etc.), sob um enfoque psicossocial, torna-se aceitável a imposição de oferta de ensino na modalidade de educação especial a estabelecimentos de ensino que optaram por oferecer a modalidade regular; que não há ofensa ao princípio da livre-iniciativa e à liberdade escolha da modalidade de ensino, já que esta deve ceder à função social.

Ocorre que a limitação a um direito é caracterizada pela homogeneidade indissociável da limitação com o próprio direito ou bem. Quer dizer que um direito é o produto único e homogêneo de uma garantia ou liberdade e das limitações a ele intrínsecas, sejam naturais ou indigitadas pelo legislador. Da mesma forma que se se tirar um dos dois átomos de hidrogênio da fórmula da água não se formará mais a molécula de água, a retirada de limitações de uma norma haverá de desconfigurá-la. Logo, a limitação, se tardia, decorre de interpretação da norma e de relevo de condição que lhe era congênita.

A restrição, por outro lado, é elemento à órbita da garantia ou liberdade. Estas são asseguradas em sua plenitude, no entanto, se circunstancialmente se configurar o pressuposto fático de exceção previsto pela restrição, será exercido aquilo que restar do direito pleno: o “direito restringido”.⁸⁴

A violação perpetrada pelo EPD à liberdade conferida à iniciativa privada quanto a escolha de modalidade a se ofertar não se configura como limitação, vez que o EPD não revelou qualquer condição limitante intrínseca à norma em estado de inatividade até então.

Não há falar-se, também, em restrição, uma vez que o EPD não previu hipótese circunstancial de ocorrência eventual.

A bem da verdade, o EPD restou por impor *ônus ao exercício da liberdade* constitucional de eleição da modalidade de ensino: a instituição privada que optar pela oferta de ensino regular terá também de ofertar ensino especial. Não se olvide que as duas modalidades são autônomas e colaborativas entre si.

A imposição de ônus, se por um lado demonstra um excesso do legislador infraconstitucional que arrogou acrescentar requisitos à fruição de uma liberdade constitucional, por outro inflige redução inadequada, desnecessária e carente de razoabilidade às instituições privadas de ensino regular, caracterizando *inconstitucionalidade material*,

⁸⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 277.

porquanto o conteúdo da norma afigura-se inconciliável com direitos e garantias constitucionais.

O Estado, por meio do EPD, impôs o exercício de atividade econômica em forma específica, violando o parágrafo único do art. 170 da CR, que assegura a todos a liberdade de exercer atividade econômica independentemente de autorização do Estado, bem como o art. 209, da CR, que especificou a liberdade de oferta de ensino à iniciativa privada.

Há colisão entre a liberdade de escolha de modalidade de ensino regular pela iniciativa privada e o princípio da função social da atividade econômica exercida?

A nosso sentir, não há qualquer incompatibilidade.

Deve-se esclarecer que função social não representa uma segunda milha a ser trilhada por quem exerça atividade econômica. A se falar em função social, vem à mente uma ideia de algo além a ser feito em prol da sociedade que não constitua objeto direto da atividade econômica exercida. Não é!

Em primeiro plano, a função social de quem exerce atividade econômica consiste na observância, em sua máxima efetividade, dos objetivos e princípios do art. 170, da CR, que regem a ordem econômica. Por exemplo, à valorização do trabalhador, respeito à relação de consumo, defesa do meio ambiente etc. Trata-se de condição atada ao próprio funcionamento da empresa e à conduta do empresário. A empresa deixa de atender a função social na medida em que se desvia deliberadamente dos objetivos e princípios da ordem econômica, causando prejuízo social.

Porém, deve-se sublinhar que o exercício legítimo de direitos, ainda que não se coadunem com princípios gerais da ordem econômica, não violam a função social. Por exemplo, a despeito da busca do pleno emprego (art. 170, VIII, da CR) constituir-se princípio da ordem econômica, o empregador não viola a função social ao fazer uso de seu poder diretivo e operar demissão sem justa causa. Trata-se de regular exercício de direito.

No âmbito do *ensino regular*, a função social do estabelecimento de ensino corresponde, além da observância dos objetivos e princípios da ordem econômica, ao cumprimento dos objetivos e princípios da educação naquela modalidade (arts. 2º e 3º, da LDBEN), incluindo o processo de integração aos educandos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação (art. 58, *caput*, da LDBEN) que apresentem possibilidade de integração nas classes comuns do ensino regular (art. 58, § 2º, da LDBEN).

No âmbito do *ensino especial*, a função social do estabelecimento de ensino corresponde, além da observância dos objetivos e princípios da ordem econômica, ao

cumprimento dos objetivos e princípios da educação naquela modalidade (art. 59 a 60, da LDBEN).

Vê-se que a função social ganha feições a partir dos objetivos e princípios que regem a atividade econômica exercida. Daí dizer-se que a função social é circunstancial ou contextual e, principalmente, não impede o exercício regular de direito, ainda que contrário aos seus objetivos gerais.

Dessa forma, a imposição de oferta de educação especial aos estabelecimentos privados de educação regular não pode ser vista como medida de cumprimento de função social, mas como violação dos arts. 170, parágrafo único e 209, da CR, porque é exercício de direito do estabelecimento de ensino privado, pautado em liberdade constitucional, eleger a modalidade de ensino que pretende explorar economicamente.

A violação constitucional perpetrada pelo EPD torna-se mais grave na medida em que, ao impor exercício de atividade econômica à modalidade regular, decreta a abolição dos estabelecimentos de educação especial, pelo apelo psicossocial e pela campanha de estigmatização como segregadores e discriminatórios.

4.6.4 Da negligência do Estado, como agente normativo e regulador, quanto à sua função planejadora.

O art. 174, da CR, investe o Estado da prerrogativa de agente normativo e regulador da atividade econômica, atribuindo-lhe a função de fiscalizar, fomentar e, sobretudo, planejar as atividades que se operam nos setores econômicos.

Planejamento é uma ferramenta administrativa fundamental para a consecução de objetivos ou metas. Ele envolve um processo que antes da ação são analisados inúmeros fatores condicionantes, como os prazos, os custos, o desempenho, e conjunturais, como, por exemplo, os riscos envolvidos, tendo em vista o cenário econômico (inflação, escassez de certos recursos etc.) para o alcance de determinados resultados.⁸⁵

O planejamento é prática compulsória imposta pela CR ao Estado que visa racionalizar a ação estatal em direção ao desenvolvimento nacional, com a maior economicidade possível. Quer-se dizer que quanto mais escassos os recursos, maior a necessidade de planejamento para uma aplicação consciente.

⁸⁵ NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 511.

As metas e objetivos constantes do planejamento serão *determinantes* ao desenvolvimento da política econômica a ser adotada pelo Estado; e, para o setor privado, o planejamento será *indicativo* – uma vez que à iniciativa privada é assegurada a liberdade de planejamento.

Nada obstante o planejamento incidir determinantemente sobre o setor público e indicativamente sobre o setor privado, em seu propósito, de ser a mola propulsora do desenvolvimento nacional equilibrado, ambos os setores encontram convergência.

Deve-se frisar que o §1º do art. 174 da CR atrela o planejamento como condição essencial à concretização do desenvolvimento nacional, desiderato da ordem econômica, e, também, da República (art. 3º, II, da CR).

A locução *desenvolvimento nacional* refere-se à persecução do exponencial progresso social em direção à concretização dos objetivos republicanos e da ordem econômica. Cuidam-se de transformações estruturais no âmbito social, econômico, cultural, político, institucional etc.

O fundamento da ideia de planejamento é a perseguição dos fins que alterem a situação econômica e social vivida naquele momento. É uma atuação do Estado voltada essencialmente para o futuro.⁸⁶

Na mesma dimensão em que o planejamento se faz mais necessário quanto mais escasso os recursos financeiros, a mesma proporção se verifica quanto maior e mais profunda a alteração estrutural – social, econômica, política, institucional etc. – pretendida.

O desenvolvimento nacional perpassa necessariamente pela educação.

Como se repetiu neste trabalho, sem educação formal, não há falar-se em erradicação da pobreza, da fome, promoção de agricultura sustentável, crescimento econômico, pleno emprego, consciência ambiental, eliminação de disparidades de gênero, consumo sustentável, enfim, desenvolvimento nacional em sua plenitude.

Dessa forma, mudanças estruturais no sistema educacional impescindem de planejamento: a uma pela escassez de recursos públicos no Brasil; a duas pela abrangência setorial (econômica, social, institucional etc.); a três pelo caráter permanente ou, no mínimo, de longa duração, que normalmente são; e, a quatro porque por se tratar de atividade primária, plena e autônoma do Estado, todo o planejamento para o setor educacional não é meramente

⁸⁶ BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento**: uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 70.

indicativo para o setor privado, mas determinante, pelo fato de este atuar de forma secundária, supletiva e condicionada.

Logo, o que é planejado para o setor público tocará o setor privado, não como orientação a ser seguida, mas como norma a ser cumprida.

Se o plano incide mais no campo da administração pública, a que especificamente se destina e no qual deve ter caráter de obrigatoriedade, influi, também, no setor privado, pela projeção das prioridades estabelecidas. Mesmo quando seja, em relação a esse setor, apenas indicativo, o plano aí repercute e limita, porque as prioridades hierarquizadas, acarretam sempre restrições a diferentes áreas da economia, ou reclamam destas solidariamente para o trabalho comum, a exemplo, no contrato programa.⁸⁷

Nesse diapasão, o planejamento para o sistema educacional deve considerar, além da escassez de recursos públicos no Brasil; da abrangência setorial (econômica, social, institucional etc.); do caráter permanente ou, no mínimo, de longa duração, que normalmente são; o grau de vinculação do setor privado com as novas bases e diretrizes, prevendo, a partir da análise dos aspectos indigitados, prazo razoável para acomodação do setor à nova realidade jurídica.

O EPD trouxe mudanças de estruturais e operacionais profundas, extensas, de caráter permanente ou de longa duração e com impacto sensível sobre a iniciativa privada, assim dimensionadas pelo Min, Marco Aurélio de Mello por ocasião da prolação de seu voto no julgamento da ADI 5.357, que concluiu admirado:

O que previu essa Lei? Providências de profundidade maior. Tem-se no artigo 28 atacado, especialmente no § 1º, a encerrarem normas cogentes quanto à adoção de providências, que incumbe, ao setor privado, providenciar sistema educacional inclusivo, (inciso I); o aprimoramento dos sistemas educacionais – todos esses itens voltados à integração dos portadores de necessidades, como disse, especiais –; ter projeto específico pedagógico; adotar medidas individualizadas e coletivas em ambientes que maximizem o desenvolvimento acadêmico e social dos estudantes com necessidades especiais, alude-se a com deficiência; planejamento de estudo de caso, de elaboração de plano de atendimento educacional especializado; participação dos estudantes nas diversas instâncias de atuação da comunidade escolar; adoção de medidas de apoio que favoreçam o desenvolvimento dos aspectos linguísticos, culturais, vocacionais e profissionais, levando-se em conta o talento, a criatividade, as habilidades e os interesses do estudante com deficiência; implemento de práticas pedagógicas inclusivas; formação e disponibilização de professores; oferta de ensino da Libras, do Sistema Braille e de uso de recursos de

⁸⁷ MARINHO, Josaphat. **Planejamento como controle do poder**. R. De Direito Público, São Paulo, n. 95, p. 22-27, 1990 apud SOUTO, Marcos Juruena Villela. Aspectos Jurídicos do Planejamento Econômico. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1997. p. 45

tecnologia assistiva; acesso ao ensino superior e à educação profissional; inclusão, em conteúdos curriculares, em curso de nível superior e de educação profissional técnica e tecnológica, de temas relacionados à pessoa com deficiência nos respectivos campos de conhecimento; participação da pessoa com deficiência, em igualdade de condições, em jogos e atividades recreativas; acessibilidade para todos os estudantes, trabalhadores da educação e demais integrantes da comunidade escolar; oferta de profissionais de apoio escolar; articulação intersetorial na implementação de políticas públicas.

Presidente, não é pouco. É muito!⁸⁸

Muitas dessas medidas demandavam investimentos diversos, contratações de colaboradores, treinamento, reestruturação de ambientes – desde desativação de salas de aula para transformá-las em salas de recursos multifuncionais até obras de construção e reformas, entre outras medidas. Tudo isso num prazo de cento e oitenta dias, conforme art. 127, do EPD.

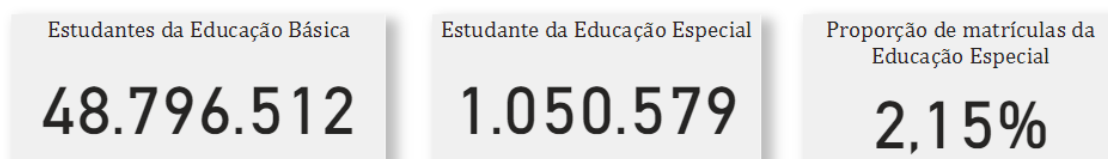
Nos autos da ADI 5.357, ficou consignada o tempo da *vacatio legis* de cento e oitenta dias como suficiente para que os estabelecimentos de ensino se adequassem às mudanças inauguradas pelo novel diploma:

Registre-se, ademais, que as disposições do Estatuto da Pessoa com Deficiência somente entrarão em vigor em janeiro de 2016. Isso porque o artigo 127 da Lei nº 13.146, publicada no Diário Oficial da União de 07 de julho de 2015, estabelece o prazo de 180 (cento e oitenta dias), a contar de sua publicação, para que os estabelecimentos de ensino possam se adequar às determinações de referido diploma legal.⁸⁹

Um estudo realizado pelo Instituto Rodrigo Mendes em parceria com o Instituto Unibanco e apoio do Centro Lemann tomando-se por base dos dados do MEC/INEP, constatou a matrícula de 930.683 alunos na educação especial para o ano letivo de 2015 – ano em que foi sancionado do EPD em 6 de julho de 2015, data de início da *vacatio legis* de cento e oitenta dias, conforme figura abaixo:

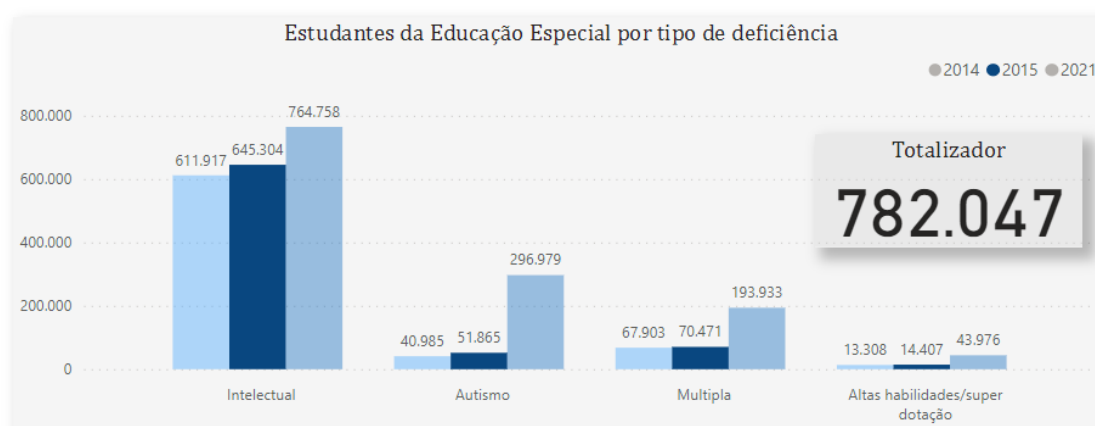
⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.357**. Requerente: Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino – CONFENEN. Intimado(a): Presidente da República, relator: Min. Edson Fachin. Brasília, 09 de junho de 2016. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4818214>. Acesso em 05/02/2023.

⁸⁹ *Ibidem*.

Figura 1 – Proporção de estudantes da Educação básica na Educação Especial

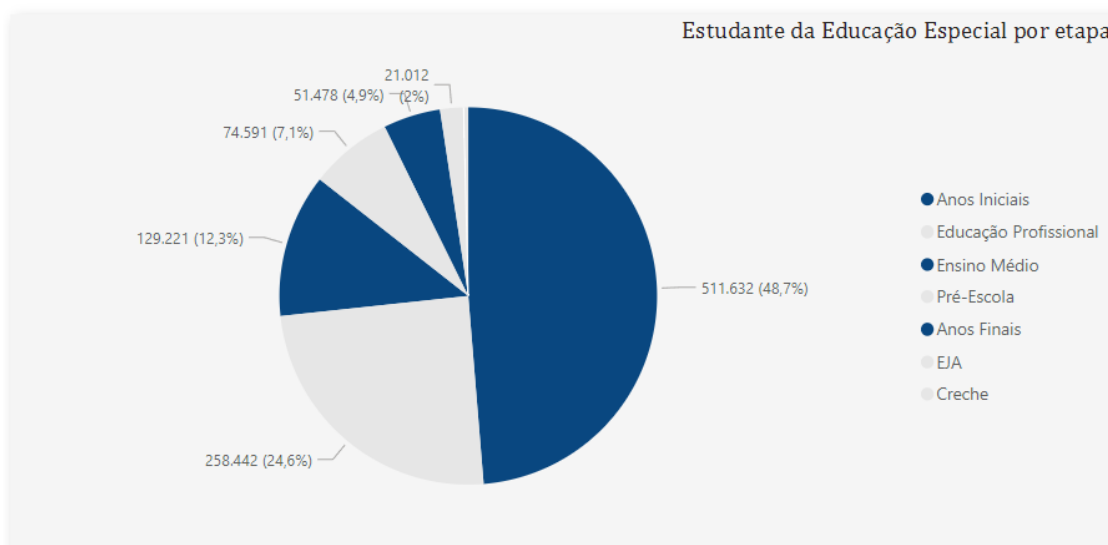
Elaboração própria

Do total de 1.050.579 alunos na educação especial, identificaram-se 782.047 - aproximadamente 74,4% - educandos com necessidade especial educacional, assim agrupados: deficiência intelectual (645.304), autismo (51.865), deficiência múltipla (70.471) e altas habilidades/superdotação (14.407), conforme gráfico a seguir apresentado:

Gráfico 1 – Estudantes da educação especial por tipo de deficiência

Elaboração própria

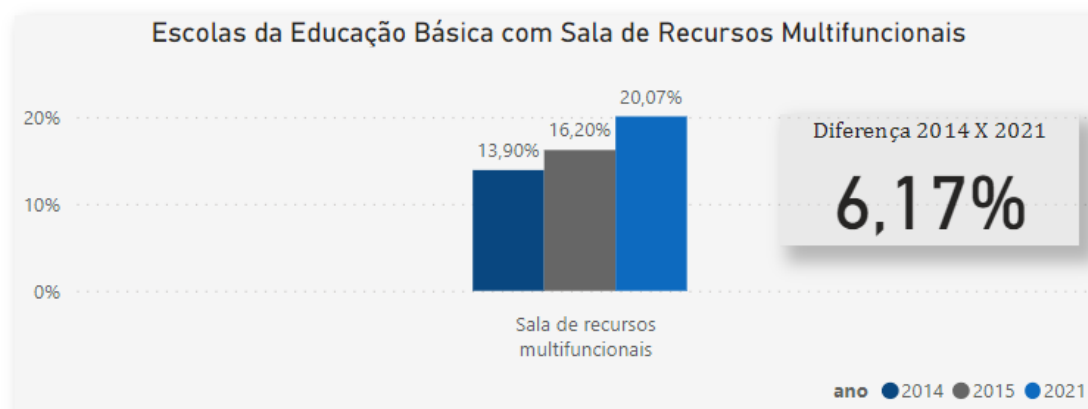
O mesmo estudo, ao estabelecer a relação alunos com necessidades educacionais especiais por etapa, apontou a concentração de 63% nos anos iniciais – 1º ao 5º ano (48,7%), anos finais – 6º ao 9º anos (2%) e ensino médio (12,3%) – percentual que corresponde a 692.331 alunos:

Gráfico 2 – Estudantes da educação especial por etapa

Elaboração própria

As etapas acima destacadas, como cediço, operam-se em séries anuais; nada obstante, no meio do ano letivo de 2015 – de 6 de julho a 31 de dezembro (*vacatio legis*) – as escolas regulares teriam de promover todas as transformações e adaptações determinadas a fim de cumprir o EPD: contratações, treinamento, adaptações, reformas, implantação de tecnologias etc., para iniciarem o ano letivo de 2016 em consonância com os ditames do novel diploma. Tudo isso com as atividades escolares daquele ano letivo em andamento.

A negligência quanto a elaboração do planejamento eficaz e a imposição de um prazo para adaptações impraticável restou evidente, e segundo dados do MEC/INEP referente ao ano de 2021 em cotejo com o ano de 2014 – ano anterior ao da promulgação do EPD – foi observado um aumento de apenas 6,17% de instalação de salas de recursos multifuncionais:

Gráfico 3 – Escolas da educação básica com sala de recursos multifuncionais

Elaboração própria

Corroborar, ainda, à ilação no sentido de que as imposições do EPD para o setor educacional careceram de planejamento e revelaram-se açodadas, ao se constatar que outros setores contaram com maior tempo – não necessariamente suficiente – para conformação às determinações da nova lei. Por exemplo: acessibilidade das salas de cinema – 48 meses (artigo 125, II); na renovação de frotas das empresas de fretamento de transporte e de turismo – 48 meses (artigo 125, IV); entre outros. Apenas os estabelecimentos de ensino tiveram o prazo exíguo da *vacatio legis* de cento e oitenta dias para promoverem as mudanças impostas pelo EPD.

O tímido crescimento do atendimento educacional especializado nas salas comuns do ensino regular, considerado a partir da instalação de salas de recurso multifuncionais, é sintomático da falta de planejamento, vez que o primeiro efeito da falta de plano é o desequilíbrio no progresso – ou este ocorre desordenadamente ou ocorre de maneira muito inferior às expectativas conscientes.

Se o planejamento é a “mola propulsora do crescimento equilibrado”⁹⁰, lamentavelmente não se pode esperar muito dos sistemas de ensino brasileiros no tocante à inclusão.

⁹⁰ ADRI, Renata Porto. **O planejamento da atividade econômica como dever do Estado**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 162.

5 PROPOSTAS DE SOLUÇÃO À LACUNA AXIOLÓGICA E ÀS INCONSTITUCIONALIDADES DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

5.1 Pode o juiz decidir contra a lei?

O pensamento tradicional sempre difundiu a ideia de que o Direito continha em si mesmo a interpretação e, por conseguinte, a orientação correta quanto à sua concretização, cabendo ao magistrado, na condição de aplicador do Direito, apenas revelar tais elementos e praticar a chamada *subsunção* do fato à norma. Em seguida, proclamava a consequência decorrente de tal subsunção. Tratava-se de um processo dedutivo, tão somente.

O julgador era alijado – ao máximo – de toda atividade integrativa que se esgueirasse no sentido de uma interpretação criativa. Afinal, em abstrato, o Direito era – assim se presumia – completo.

No entanto – e isso é notório – inúmeros conflitos atuais que fustigam o Poder Judiciário não contam com uma solução pré-concebida, ainda que em abstrato, exigindo do julgador uma construção argumentativa *original*, que contará com recursos paralelos em relação ao sistema normativo. A decisão será fundamentada, portanto, não na Lei, mas em valores conjunturais (políticos, sociais, econômicos, éticos etc.).

Tal realidade não rompe com a interpretação tradicional ou com o positivismo jurídico, mas oferta novas ferramentas das quais o julgador lançará mão na ausência ou insuficiência daquelas.

O Direito Brasileiro já admitiu a ideia de que o Direito, por vezes, não cabe na norma, de modo que, em caso de omissão (da norma), o juiz poderá valer-se da analogia, dos costumes e dos princípios gerais de direito (art. 4º, da LINDB).

As lacunas axiológicas – ou lacunas jurídicas – representam ainda com mais justeza essa nova realidade que assalta o Poder Judiciário – de não poder contar com a subsunção pura e simples –, mas deverá proceder à análise das consequências sociais da incidência da norma – já que essa se afigura injusta ou insatisfatória.

Evidentemente, apesar do elevado grau de discricionariedade, a atuação do julgador não flutuará ao sabor de suas ideologias particulares; neste momento será requerido do julgador, no exercício de sua *atividade* – no sentido de agir de forma ativa – forte senso de realidade, equilíbrio e razoabilidade.

O cuidado que se deve ter neste momento é para que o julgador não aja arbitrariamente ou sem quaisquer balizas. Frise-se: o julgador não se investe de função legislativa.

Seja legal (omissão) ou jurídica, a lacuna sempre representa um desafio para o intérprete e aplicador do Direito, sendo o principal deles, não se deixar levar pelas paixões pessoais.

Interpretação e aplicação da norma não constituem uma atividade passiva, mas sim ativa, pois devem ser estudados e aplicados os textos normativos em atenção à realidade social adjacente e ao valor que confere sentido a esse fato. O aplicador deve basear-se nas pautas estimativas informadoras da ordem jurídico-positiva, preferindo a decisão razoável, ao declarar certa norma inaplicável ao caso.⁹¹

À prevenção de possível arbitrariedade instituiu-se a singularidade do provimento jurisdicional que colmata uma lacuna. Nenhuma decisão proferida pelo Poder Judiciário, que tenha servido à colmatação de uma lacuna, assume caráter geral. O máximo de generalização que uma decisão que colmata uma lacuna pode alcançar é o de tornar-se uma jurisprudência. Portanto, o provimento jurisdicional integrador é singular, vale para o caso *in concreto*; novos casos exigirão novo empenho argumentativo. Quer-se dizer que, para aquele caso, a lacuna foi solucionada, mas esta ainda existe e só pode ser *eliminada* pelo Poder Legislativo.

Ainda, a fim de assentar balizas ao preenchimento de lacunas axiológicas, partindo de sua semelhança com a aplicação do costume *contra legem*, os princípios gerais de direito e a equidade são convocados a atuar.

Muito embora haja mecanismos limitadores à discricionariedade do julgador, ainda continua amplo o campo de interpretação do magistrado e de aplicação ou não de uma norma, à luz de valores “positiváveis”.⁹²

No caso em estudo – da lacuna axiológica que se abriu com a revogação parcial da LDBEN pelo EPD – tendo em vista que tal *problema* decorreu, por paradoxal que pareça, da *solução* objetiva da antinomia entre os diplomas mencionados, não será o Poder Legislativo o primeiro convocado a solucioná-lo, mas o Poder Judiciário. E, nesse cenário, transferiu-se ao julgador, a análise das consequências sociais da incidência da norma, empenho negligenciado anteriormente pelo legislador. Ou seja, o Poder Judiciário é chamado a desfazer o vácuo

⁹¹ DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. pp. 492-493.

⁹² FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. 11ª ed. – São Paulo: Atlas, 2019, p. 272.

formado entre jurisdição e legislação. Trocando em miúdos: o julgador se deparará com situação em que, após o exercício de interpretação, deverá considerar deixar de aplicar o EPD.

Talvez seja essa a decisão mais extrema que uma lacuna possa provocar: a de negar aplicação a uma norma vigente por guardar potencial de praticar injustiça ou negar efetividade a Direito.

Assim, um juiz somente pode deixar de aplicar uma lei em seis hipóteses: (i) quando a lei for inconstitucional, ocasião em que deve ser aplicada a jurisdição constitucional difusa ou concentrada; (ii) quando estiver em face do critérios de antinomias; (iii) quando estiver em face de uma interpretação conforme a Constituição; (iv) quando estiver em face de uma nulidade parcial com redução de texto; (v) quando estiver em face da inconstitucionalidade com redução de texto; (vi) quando estiver em face de uma regra que se confronte com um princípio, ocasião em que a regra perde sua normatividade em face de um princípio constitucional, entendido este como um padrão, do modo como explicitado em *Verdade e Consenso*. Fora dessas hipóteses, o juiz tem a obrigação de aplicar, passando a ser um dever fundamental.⁹³

Como visto, o EPD violou os princípios da isonomia (igualdade material) e da livre iniciativa, além de eliminar institutos garantidores de tais liberdades, como a condição de permanência, a modalidade de educação especial, o processo de integração e o conceito de inclusão educacional, além de ter admitido escusa quanto ao cumprimento das adaptações necessárias à recepção dos educandos com necessidades educacionais especiais, quando tais adaptações impuserem ônus desproporcional – a escusa perdeu a sua natureza de exceção e, como posta, tornou-se regra, já que toda adaptação tem forte tendência de ser onerosa. Tais circunstâncias admitem um julgamento *contra legem*, porque há grande risco de a aplicação do EPD culminar em injustiça ou inefetividade do Direito.

Se, nos casos de lacuna, o magistrado julga sem lei, até mesmo contra ela, para preencher omissão legal, atendendo às necessidades emergentes da vida social e aos reclamos da justiça, é o sistema, em seu todo, que o autoriza a criar norma individual sem relação lógica de subalternação a uma lei. A norma individual possui, portanto, um limite, que seria a sua plena e pacífica compatibilidade com o ordenamento jurídico a fim de nele poder penetrar sem causar-lhe incongruências. Se assim não fosse, a ciência do direito não teria como considerar válida a norma individual do juiz, que julga caso inédito. A tarefa do órgão judicante é *criadora*, por dar como explícito algo já implícito

⁹³ STRECK, Lenio Luiz. Resposta adequada à Constituição (resposta correta). **Dicionário de Hermenêutica**: Quarenta temas fundamentais da teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017, pp. 258-259.

no sistema jurídico, estabelecendo a norma individual relativa ao caso *sub judice*.

Nessa senda, o julgador tem a consciência de que a sua decisão, de cariz dúplice, que nega a aplicação da Lei e oferta outra solução, deverá pautar-se pelos fins sociais que a lei inaplicada não conseguiu alcançar (mesmo que pretendesse) e o bem comum (art. 5º, da LINDB).

5.2 Seria necessária uma declaração de inconstitucionalidade do Estatuto da Pessoa com Deficiência?

Em sua gênese, a teoria da inconstitucionalidade era concebida como unitária: todo e qualquer ato normativo denunciado como inconstitucional era considerado nulo *ipso jure*.⁹⁴ Isto porque admitia-se o ordenamento jurídico como um todo unitário e incólume a contradições. Logo, qualquer ato descompassado da Constituição seria extirpado do ordenamento. A austeridade desse entendimento visava unicamente proteger a Constituição e preservar a unidade do ordenamento jurídico; sequer se chegava a considerar o aspecto teleológico da norma hostil.

Aqui radica o facto de as inconstitucionalidades serem mais abordadas sob o ponto de vista da eventual perturbação que causavam nas relações entre os poderes (daí a acentuação doutrinal das inconstitucionalidades orgânicas e formais), do que sob o ponto de vista da formalidade intrínseca das leis com a constituição.⁹⁵

Hodiernamente não se sustenta a ideia de nulidade com a mesma veemência de antes, tendo em vista que o efeito *ex tunc* decorrente de uma declaração de nulidade pode colocar em confronto valores constitucionais e causar grave instabilidade social. Tome-se por enunciado uma lei que, após considerável período de vigência e, portanto, de produção de efeitos, teve a sua inconstitucionalidade declarada: a nulidade que a acompanharia, determinaria a desconstituição de todos os atos com base nela praticados e a recomposição ao *status quo ante* o que, sem muito esforço reflexivo, conduziria à ilação quanto a impossibilidade. Ademais, restaria abalada o princípio da segurança jurídica (art. 5º, *caput*, da CR).

⁹⁴ CANOTILHO, **Direito constitucional e teoria da constituição**, p. 948.

⁹⁵ *Idem*, p. 949.

Não por menos, o art. 27, da Lei nº 9.868/99, que dispôs sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o STF, permitiu ao Pretório Excelso que, identificadas razões de segurança jurídica e excepcional interesse social, determinasse como termo inicial dos efeitos da decisão a data do trânsito em julgado, relativizando, assim, a teoria da nulidade, modulando o efeito *ex tunc*, que lhe era congênito, *pro futuro*.

Não se trata, todavia, de eliminar o caráter sancionatório da declaração de inconstitucionalidade; se assim o fosse, restaria desidratada a Constituição quanto ao seu caráter obrigatório, mas de uma atenuação pontual prospectiva, diante da constatação concreta de princípios e valores constitucionais em choque: “[...] a segurança jurídica e a proteção da confiança legítima.”⁹⁶

Verifica-se, pois, que a regra continua sendo a da atribuição efeito *ex tunc* atado à nulidade que decorre da declaração de inconstitucionalidade, que cede apenas diante de circunstâncias excepcionais, estas caracterizadas pelo abalo da segurança jurídica e relevante interesse social.

A sensibilidade dos operadores do Direito prevaleceu aguçada, de modo que, novas concepções deram ensejo a novos efeitos, todos convergindo no desiderato de evitar a inconstitucionalidade, em criterioso atendimento ao seguinte conselho: “[...] na órbita da razoabilidade, com um mínimo de correspondência verbal na letra da lei – evite a inconstitucionalidade.”⁹⁷

A bem da verdade, essa ótica “constitucionalizadora” não representa uma nova postura ingerente, mas reverbera o princípio constitucional da *presunção da constitucionalidade das leis*.

O princípio da presunção da constitucionalidade das leis é “[...] uma regra de interpretação aplicável tanto às leis posteriores à Constituição, de maneira a evitar-lhes a *inconstitucionalidade* [...]”.⁹⁸

⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.245**. Requerente: Confederação Nacional da Indústria – CNI. Intimado(a): Congresso Nacional, relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 25 de março de 2015. Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur371119/false>. Acesso em 06/02/2023.

⁹⁷ MIRANDA, Jorge. *Apud* CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 18ª ed., rev. atual. e ampl. – Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 438.

⁹⁸ RAMOS, Elival da Silva. **A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 206.

Por se tratar do ponto de partida da análise dos atos normativos, o princípio da presunção de constitucionalidade reveste a declaração de inconstitucionalidade da qualidade de medida extrema, que só poderá ser adotada se não houver outra interpretação que conforme o dispositivo controverso ao ordenamento jurídico.

Dessarte, antes de se concluir pela declaração de inconstitucionalidade, deve-se levar em conta as seguintes possibilidades: (i) declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto e (ii) interpretação conforme a constituição.

Na declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, como o nome já enuncia, o texto não apresenta qualquer comprometimento, razão pela qual permanece hígido, sem qualquer redução. O fator limitador representado pelo termo “parcial” alude às *hipóteses de incidência*. A inconstitucionalidade se afigurará quando da *aplicação* do dispositivo fora das hipóteses permitidas ou no âmbito das hipóteses vedadas.

A interpretação conforme a constituição evidencia o empenho do aplicador do Direito em evitar um atrito latente – ou harmonizar se já manifesto – entre os princípios da supremacia da constituição e o da presunção de constitucionalidade das leis.

Se um dispositivo se apresentar polissêmico, provocando interpretação dissonante, tendendo tanto para constitucionalidade quanto para a inconstitucionalidade, exclui-se esta e aplica-se aquela, “[...] ainda que não seja a que mais obviamente decorra do seu texto.”⁹⁹

A interpretação conforme a Constituição vai além de um método de interpretação e reveste-se de meio de controle constitucional, na medida em que, elegendo-se uma interpretação, tinge-se de inconstitucionalidade as demais.

A interpretação conforme a constituição não se confunde com a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto. Nesta última o texto não insta qualquer retoque, não apresenta qualquer ambiguidade em sua literalidade, apenas se delimita ou se restringe as hipóteses de incidência da norma; na primeira, soluciona-se ambiguidade textual e de sentido de aplicação da norma.

Em virtude de a interpretação conforme a constituição valer-se totalmente de exercício hermenêutico, a preocupação que exsurge é de que o intérprete atue, indevidamente, como legislador. Ao evitamento de tal usurpação, dois elementos limitadores são indigitados pela

⁹⁹ BARROSO, Luís Roberto. **O Novo Direito Constitucional Brasileiro**: Contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013, p. 166.

doutrina: (i) ater-se à literalidade ou às “possibilidades semânticas”¹⁰⁰ do texto e (ii) lealdade à vontade do legislador.

Se a literalidade do texto se mostrar suficiente à interpretação, não se fará necessária qualquer incursão na semântica do texto. Porém, ainda que seja necessário algum exercício hermenêutico mais criterioso, não será acolhida qualquer interpretação que force o sentido original do texto.

Por “vontade do legislador” deve-se entender o conjunto de fatores conjunturais e princípios gerais que colimaram na edição da lei a fim de extrair-lhe o espírito e manter o seu sentido, ainda que tenha havido com o decurso do tempo alguma mutação semântica ou alteração no complexo de valores sociais.

A interpretação conforme a constituição pode se operar *com* ou *sem* redução de texto.

Na interpretação conforme com redução de texto o Poder Judiciário declara um excerto ou uma palavra inconstitucional e determina a sua supressão do dispositivo. Isto pode ocorrer porque o sentido do fragmento atacado não mais encontra guarida da linguagem social hodierna e não tornaria autoexplicativo determinados valores; ou porque, mesmo sendo suficiente a sua literalidade, o valor representado não se coaduna com a constituição.

Já na interpretação conforme sem redução de texto não há qualquer retoque no texto. Ocorre que o texto provocou interpretação que não harmoniza com a constituição, obrigando o intérprete a agir para afastar a interpretação inconstitucional ou declarar o sentido que preserva a constituição.

Analisando o texto controverso do EPD – o §1º do art. 28 do EPD – entendemos que a *interpretação conforme a constituição com redução de texto* é suficiente para acomodação do dispositivo em comento ao sistema positivo brasileiro.

5.3 A supressão do termo “obrigatoriamente” do §1º do Art. 28, do Estatuto da Pessoa com Deficiência

O §1º do art. 28 do EPD, com a aposição do advérbio “obrigatoriamente”, tornou compulsório e inquestionável o cumprimento dos incisos I a XVIII, exceto os incisos IV e VI, pelas instituições de ensino privadas de qualquer nível e modalidade. A controvérsia, contudo, recai sobre os incisos III, X e XI, que aludem ao objeto da educação especial e à inclusão educacional. Os demais dispositivos referem-se aos objetivos gerais da educação nacional,

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 167.

copiados da LDBEN, perseguidos por todos os sistemas de ensino e instituições que os integram.

A redação do §1º do art. 28 do EPD tem caráter bipartido: (i) na primeira parte dedica-se a estatuir a obrigatoriedade quanto ao cumprimento dos incisos que especifica às instituições de ensino privadas de qualquer nível e modalidade; (ii) na segunda veda a cobrança adicional de valores, sejam estes inseridos nas mensalidades, matrículas, anuidades, pelo cumprimento das determinações do dispositivo.

A segunda parte não apresenta qualquer inconsistência semântica ou teleológica que demande técnica interpretativa ao esclarecimento de seu alcance ou acomodação no ordenamento jurídico. Com isso já se conclui que o texto é parcialmente salutar.

No entanto, em relação a primeira parte do texto, o termo “obrigatoriamente”, apesar de plurissignificativo, em nenhuma de suas acepções afasta as inconstitucionalidades material e teleológica que provoca.

Toda norma ganha o mundo fenomênico dotada de imperatividade e coercibilidade – além de outras prerrogativas – que tornam estreme de dúvidas a sua obrigatoriedade. Questiona-se, então, o porquê de se incluir expressamente o termo “obrigatório”, ou seus derivados, naquilo que *per si* é obrigatório.

Mais do que um pleonismo, a ênfase dada pelo emprego do termo “obrigatoriamente”, tem caráter retrospectivo com o objetivo de eliminar eventual facultatividade anterior e prospectivo no sentido de eliminar hipóteses de escusa ao cumprimento da lei que não tenham sido expressamente previstas.

Assim, quando o EPD estabelece que “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” (ênfase suprida), cabe às instituições mencionadas, quanto aos incisos III, X e XI, a implantação em caráter permanente do AEE com todas as adaptações necessárias (sala de recursos multifuncionais, tecnologias assistivas, treinamento e/ou contratação de professores especializados etc.), salvo – única hipótese de relativização da obrigatoriedade – se tais adaptações impuserem ônus desproporcional.

A obrigatoriedade expressa só admite escusa igualmente expressa; eventuais escusas implícitas, ainda que eficazes anteriormente à obrigatoriedade expressa, perdem a sua força.

Nesse sentido, todos os argumentos juspedagógicos que impediam ou estabeleciam critérios à oferta de AEE pelas instituições privadas de ensino regular (como a condição de permanência, o processo de integração, o encaminhamento às classes especiais exclusivas, entre

outros) previstos na LDBEN, foram silenciados pela obrigatoriedade expressa constante do EPD, admitindo-se, como já explanado, somente a escusa baseada no ônus desproporcional (art. 3º, VI, do EPD).

Com efeito, a supressão do termo “obrigatoriamente” (redução de texto) permite o chamamento de outros institutos juspedagógicos estruturantes à interpretação conforme à Constituição e aplicação do art. 28, do EPD.

Dessarte, a interpretação conforme a constituição com redução de texto – consubstanciada na supressão do termo “obrigatoriamente” – não impedirá a colaboração das instituições de ensino privadas de qualquer nível e modalidade com as instituições de educação especial, não limitará a liberdade de escolha da iniciativa privada quanto a modalidade de ensino (art. 209, da CR); promove a igualdade material respeitando-se o nível de comprometimento de aprendizado provocado pela deficiência intelectual; não restringe a prerrogativa dos estabelecimentos de ensino em atestar a possibilidade de integração e promove a inclusão educacional.

Entretanto, há outro dilema a ser solucionado: a interpretação conforme com redução de texto mitiga o poder revocatório do EPD em relação à LDBEN? Pode haver repristinação, uma vez que os institutos juspedagógicos que dão supedâneo à interpretação conforme pertencem à dispositivos revogados da LDBEN?

5.4 Interpretação conforme com redução de texto e efeito repristinatório

À saída, convém rememorar a diferença entre *repristinação* e *efeito repristinatório*.

A repristinação se caracteriza pela *dupla revogação* (a da norma que será revigorada depois de revogada e a da norma revogadora). Dá dinamicidade ao sistema por revogação sucessiva: “uma norma *x* revoga a norma *b*; posteriormente uma norma *z* revoga a norma *x*” (FERRAZ JÚNIOR, 2003, p. 204). Isso não faz com que a norma *b* volte a valer, porque, no Brasil, impera a regra da proibição da repristinação, salvo prescrição legislativa expressa contrária (§3º do art. 2º da LICC).¹⁰¹

O instituto da repristinação possui íntimo elo com o instituto da revogação, tendo na prática deste espaço de ocorrência. A revogação é o ato de competência exclusiva do Poder Legislativo por meio do qual se retira determinada norma do ordenamento jurídico. A sucessão

¹⁰¹ HERANI, Renato Gugliano. Modulação dos efeitos repristinatórios – O caso Funrural. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC**, Belo Horizonte, ano 8, n. 29, p. 337-369, maio/ago. 2014, p. 346.

de revogações carrega a história de normas válidas que foram substituindo cronologicamente umas às outras a fim de atenderem às novas demandas decorrentes do dinamismo social.

É possível enumerar, quando do fenômeno da repristinação, pelo menos, três atos normativos: a primeira norma, a segunda revogadora da primeira e a terceira que revoga a segunda e repristina a primeira.

Na repristinação não há falar-se em nulidade de quaisquer das normas revogadas (inclusive da primeira revogadora que dá azo à repristinação, efetivamente).

Gize-se, no entanto, que a repristinação e o efeito repristinatório se assemelham no fato de ambos promoverem o reingresso ao ordenamento jurídico, de uma norma tida por revogada, agora resfolegada de eficácia.

Contudo, apesar da semelhança quanto ao resultado, tais institutos não se confundem. O efeito repristinatório decorre não da revogação de norma (*por ato do Poder Legislativo*), mas da *declaração de inconstitucionalidade* de norma (*por ato do Poder Judiciário*).

A inconstitucionalidade é declarada pelo Poder Judiciário a partir da constatação de vício congênito na norma guerreada que a acometa de nulidade, protraindo os efeitos da decisão até a gênese da norma a ser revogar (*ex tunc*). Se esta tinha por escopo revogar alguma outra norma, resta por ter desconstituído, também, o seu poder revocatório, uma vez que deitado por terra o seu fundamento de validade. Neste cenário, a norma anteriormente revogada por outra declarada inconstitucional, volta ao palco e retoma plenamente a sua vigência.

Para aplicação dos efeitos repristinatórios, dois atos normativos bastam: o primeiro e o segundo que revoga o primeiro que, ao ser declarado inconstitucional e perder a sua pretensão revocatória, devolve vigência ao primeiro.

Em síntese:

Embora semelhante, entendemos que são diversos os efeitos da decisão definitiva de inconstitucionalidade no controle concentrado. Isso porque, declarada inconstitucional a lei revogadora, em decisão definitiva no controle de constitucionalidade (por exemplo, na ADI genérica), os efeitos dessa decisão são *ex tunc* (retroativos). Assim, se uma lei é declarada inconstitucional, todos os seus efeitos já gerados são atingidos, desconstituídos (como o primeiro efeito por ela gerado, que foi revogar a lei anterior). Declarada inconstitucional, é como se a lei revogadora jamais tivesse existido e, assim, jamais tivesse revogado a lei anterior. Ocorrerão, nesse caso, *efeitos repristinatórios* (pois, realmente, a lei anteriormente revogada voltará a ser aplicada imediatamente com a decisão), mas não exatamente a *repristinação* (pois não houve, de fato, regular revogação).¹⁰²

¹⁰² MARTINS, Flávio. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 417.

Salvo manifestação expressa na decisão que declara a inconstitucionalidade, quando impugnada, também, a constitucionalidade da norma a ser reconduzida ao ordenamento jurídico, o efeito repristinatório é automático.

Resta saber se há efeito repristinatório na interpretação conforme.

Como visto, a declaração de inconstitucionalidade proporciona o ambiente necessário à ocorrência de repristinação. A doutrina já assimila a interpretação conforme não apenas como “[...] mero preceito hermenêutico, mas, também, um mecanismo de controle de constitucionalidade, pelo qual se declara ilegítima uma determinada leitura da norma legal.”¹⁰³

De fato, ao se indigitar como constitucional certo sentido da norma, por exclusão, os demais sentidos, são situados no campo da inconstitucionalidade; portanto, há, por parte do Poder Judiciário, a realização de juízo de inconstitucionalidade.

Pela interpretação conforme à Constituição promove-se um juízo de inconstitucionalidade parcial, pois o Tribunal elimina, por incompatibilidade com a Constituição, algumas possibilidades interpretativas, até mesmo enunciando que a norma impugnada é inconstitucional em algum de seus entendimentos, delimitando ou encurtando o âmbito de sua aplicação. Em regra, resultado da interpretação é incorporado, de forma resumida, na parte dispositiva da decisão.¹⁰⁴

O excerto acima retrata a interpretação conforme a constituição na espécie *sem redução de texto*, porquanto foca apenas na atividade interpretativa, indicando o sentido apropriado da norma; e, muito embora não tenha havida qualquer alteração textual, mantendo-se íntegro o texto, ainda assim, considera-se, exercício de juízo de inconstitucionalidade.

Tanto mais será considerado juízo de inconstitucionalidade a interpretação conforme a constituição na espécie *com redução de texto*, haja vista a incidência dialética da interpretação: (i) promovendo supressão textual no dispositivo para (ii) dar sentido à norma.

Na interpretação conforme com redução de texto o caráter de legislador negativo do julgador fica mais evidenciado do que na outra espécie (sem redução de texto).

Por ensejar, então, a técnica da interpretação conforme, em ambas as espécies, juízo de inconstitucionalidade, representando verdadeiro mecanismo de controle de constitucionalidade, o efeito repristinatório a acompanha automaticamente, salvo decisão que lhe prive de tal efeito.

¹⁰³ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 7ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 194.

¹⁰⁴ CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 18ª ed., rev. atual. e ampl. – Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 439.

No caso em estudo, a interpretação conforme com redução de texto, plasmada na supressão do termo “obrigatoriamente” do §1º do art. 28 do EPD, retira-lhe a pretensão revocatória quanto ao inciso III do art. 4º, o §2º do art. 58, da LDBEN, ressuscitando-os para o ordenamento jurídico, com os seus institutos juspedagógicos estruturantes do sistema de ensino e essenciais à promoção da igualdade material aos educandos com necessidades educacionais especiais.

Assim, na interpretação conforme, um efeito curioso se repara: enquanto no efeito repristinatório decorrente da nulidade típica da declaração de inconstitucionalidade, prevalece no ordenamento jurídico apenas a norma anteriormente revogada (no todo ou em parte), naquela, a norma outrora revogadora, passa a compartilhar espaço no ordenamento jurídico com a norma que revogara, em pé de igualdade, sendo, uma da outra, reforço.

A repristinação não exige, para sua configuração, exclusão de uma norma para reingresso da revogada no ordenamento jurídico; ainda é repristinação mesmo que, ao retornar ao ordenamento, a norma revogada reencontre o seu “algoz” – a norma revogadora – porém interpretada conforme (com ou sem redução de texto), *mitigada na sua pretensão revocatória*, e pronta para a “parceria”.

5.5 Dos limites da eficácia *erga omnes* e do efeito vinculante das decisões proferidas pelo STF em controle abstrato de constitucionalidade

Nesta seção será tratada das características da coisa julgada e seus efeitos *erga omnes* e *vinculante*, bem como seus limites subjetivo e objetivo, partindo-se, para uma compreensão mais ampla, do cotejo entre a sentença constitucional e a sentença proferida no processo civil.

Quanto à estrutura processual, a civil comum difere-se palpavelmente da constitucional. Isto porque o processo constitucional “é responsável em instrumentalizar e possibilitar a abertura da Constituição aos seus intérpretes”¹⁰⁵, e, em sede de controle abstrato de constitucionalidade é objetivo, “cuja finalidade constitucionalmente estabelecida [...] é a defesa do ordenamento jurídico”¹⁰⁶, diferentemente do que ocorre no processo tradicional subjetivo, ou do processo civil comum, em que há interesses subjetivos concretos a serem tutelados.

¹⁰⁵ ABOUD, Georges. **Sentenças interpretativas, coisa julgada e súmula vinculante:** alcance e limites dos efeitos vinculante e *erga omnes* na jurisdição constitucional. Dissertação de Mestrado em Direito. São Paulo: PUC/SP, 2009, p. 74. Disponível em: <https://l1nq.com/SkyAx> – acesso em 05/05/2023.

¹⁰⁶ LUNARDI, Soraya. **Teoria do Processo Constitucional:** Análise de sua Autonomia, Natureza e Elementos. São Paulo: Editora Atlas, 2013, p. 27.

Sequer há partes no processo constitucional. Naquele, a vontade das partes é substituída pelo pronunciamento do julgador.

Ainda que o processo constitucional tenha natureza jurisdicional e produza coisa julgada material e formal, é necessário registrar que a coisa julgada nesse processo, necessariamente, deve ser guiada por outros parâmetros, até porque seu escopo é distinto em relação ao processo civil comum. No processo constitucional, a coisa julgada não tem a função de amparar direitos subjetivos, fazendo com que o Estado-juiz substitua a vontade das partes no processo em juízo. No processo constitucional não existe tutela de direitos subjetivos nem mesmo partes existem no processo. O interesse tutelado no controle abstrato de constitucionalidade é difuso e sua natureza é objetiva.¹⁰⁷

Em que pese a diferença estrutural suscitada, no que se refere à coisa julgada, não paira qualquer controvérsia entre a concepção processual constitucional e a processual civil: ambas admitem que a coisa julgada se presta a cobrir os pronunciamentos judiciais com o manto da *imutabilidade* para atribuir (i) à função jurisdicional poder vinculante, preservando-a de ser “atividade meramente consultiva”¹⁰⁸; e, (ii) à sociedade, proporcionar segurança jurídica.

A imutabilidade acima referida se opera sob duas perspectivas: (i) a formal, que se consubstancia na *irrecorribilidade* da decisão, ou seja, no esgotamento de medidas processuais para modificação do julgado (preclusão), quando, então, operar-se-á o chamado trânsito em julgado; vê-se, portanto, que os seus efeitos são *internos* à lide (ii) a material, caracterizada pela imutabilidade pela *indiscutibilidade* da decisão (*auctoritas rei judicatae*).

A coisa julgada, tanto material quanto formal, distingue-se dos efeitos que irradia: o *erga omnes* e o vinculante. A coisa julgada, como dito, é caracterizada pela imutabilidade do julgado, ao passo que os efeitos (*erga omnes* e vinculante) são decorrências da imutabilidade.

O primeiro empenho é empregado na tarefa de diferenciar, ou melhor, indicar os critérios engendrados pela doutrina que distinguem o efeito *erga omnes* do vinculante.

Foi no bojo da Emenda Constitucional nº 3, de 17 de março de 1993 que pela primeira vez apareceu a expressão “contra todos” (*erga omnes*) e efeito vinculante, ambos atribuídos às “[...] decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade [...]”.¹⁰⁹ A partir de então, a doutrina dedicou-se a compreender a distinção entre os dois institutos, e várias perspectivas foram adotadas, todas destinadas a suprir a falta de “densidade teórica” da qual carecem.

¹⁰⁷ ABOUD, Georges. **Sentenças interpretativas, coisa julgada e súmula vinculante**, p. 74.

¹⁰⁸ *Idem*, p. 71.

¹⁰⁹ BRASIL. Constituição (1988). **Emenda constitucional nº 3**, de 17 de março de 1993.

A primeira perspectiva distingue a eficácia *erga omnes* do efeito vinculante em relação ao alcance da decisão em relação ao instrumento decisório e suas seções: a eficácia *erga omnes* abarca tão somente a parte dispositiva da sentença constitucional; o efeito vinculante, além da parte dispositiva, alcança, também, a *ratio decidendi* (motivos determinantes).

[...] tem sido reconhecida a eficácia vinculante não apenas à parte dispositiva do julgado, mas também aos próprios fundamentos que embasaram a decisão. Em outras palavras: juízes e tribunais devem acatamento não apenas à conclusão do acórdão, mas igualmente às razões de decidir.¹¹⁰

Cabe sublinhar que tal posição é divergente na doutrina e, muito embora ronde o STF de tempos em tempos, sua aplicação tem sido rejeitada.

A segunda perspectiva destaca a vinculação subjetiva, sendo que esta, no efeito *erga omnes*, vincula apenas os órgãos judiciais, ao passo que no efeito vinculante, todos os órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo devem obedecer aos comandos da sentença constitucional.

Questão bastante importante é diferenciar o efeito vinculante do efeito *erga omnes*. O primeiro refere-se à intensidade dos efeitos produzidos; o segundo refere-se à extensão subjetiva. A principal diferença é a intensidade dos efeitos, porque o *erga omnes* não vincula todos os órgãos judiciais, enquanto o efeito vinculante gera obrigação não apenas para o Judiciário. O efeito vinculante é um *plus* em relação ao efeito *erga omnes*, pois este atinge todos os órgãos do Poder Judiciário e, aquele, todos os órgãos do Poder Judiciário e do Executivo, com efeito vinculante, obrigatório.¹¹¹

Há uma terceira perspectiva que distingue a eficácia *erga omnes* do efeito vinculante a partir de uma ótica processual:

Este (efeito vinculante), basicamente vai implicar um *plus* em relação à eficácia *erga omnes*, já que cria a possibilidade de medidas de ordem processual, como a reclamação por afronta da autoridade do Supremo Tribunal Federal.¹¹²

¹¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 2ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 184-185.

¹¹¹ AGRA, Walber de Moura. **Aspectos Controvertidos do controle de constitucionalidade**. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 11.

¹¹² TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 331.

Os adeptos dessa última corrente, via de regra, entendem que apenas a parte dispositiva da sentença constitucional é dotada de efeito vinculante. E, de fato, tal entendimento tem sido pedra de toque do STF para o improvimento de reclamações fundadas nos motivos determinantes e não no dispositivo; o que tem gerado críticas, também, pois “trata-se de verdadeira jurisprudência defensiva, no sentido de se evitar o número crescente de reclamações”.¹¹³

A partir das perspectivas acima apresentadas é possível se ter uma noção da diferença entre eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, no entanto, para um conhecimento mais específico e sistematizado, é imprescindível abordar os limites subjetivos e objetivos tanto da eficácia *erga omnes* quanto da coisa julgada.

A eficácia *erga omnes*, no tocante aos *limites subjetivos* da decisão, diz respeito aos entes alcançados pela decisão proferida em sede de processo constitucional. Dada a natureza objetiva do processo constitucional, não apenas as partes da ação constitucional são atingidas pela sentença neste âmbito,

[...] mas toda a sociedade e os Poderes Executivo e Judiciário. O Poder Legislativo não é atingido pela eficácia subjetiva que decorre da coisa julgada, porque pode, sempre, alterar o texto constitucional e as leis infraconstitucionais, nos termos e limites impostos pela CF.¹¹⁴

Desse modo, a sentença gerada no processo constitucional, quando tornada imutável pela indiscutibilidade da matéria (coisa julgada material), produz efeitos que rompem as fronteiras subjetivas da lide e alcançam a todos (*erga omnes*).

Já no processo civil comum, os efeitos da decisão em seu bojo proferida, irradia tão somente sobre os litigantes, não tendo o condão de vincular outras pessoas ou irradiar sobre outros feitos em trâmite, ainda que análogos. A este limite subjetivo restrito dá-se o nome de *inter partes*, contrapondo-se ao *erga omnes* da sentença constitucional.

Quanto aos *limites objetivos* da eficácia *erga omnes*, estes se revelam na resposta à seguinte questão: *é possível submeter lei que teve sua constitucionalidade declarada pelo STF a um novo juízo de constitucionalidade?*

Para se responder tal indagação deve-se rememorar as classificações básicas das fontes do Direito, sublinhando que as fontes materiais são os fatos sociais. Portanto, são as relações

¹¹³ LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 22ª ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 408.

¹¹⁴ NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional**. 5ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2014, p. 666.

sociais que fornecem “matéria-prima” para atuação das instituições jurídicas. É imperiosa, assim, a ilação no sentido de que o Direito deve acompanhar o movimento social, que tem o condão de provocar os Poderes Judiciário e Legislativo a regular as novas relações até então desconhecidas e sem tratamento, como também de estimular a revisita a antigos postulados ressignificados à luz do referido movimento.

No regime da *civil law* almeja-se ter no ordenamento jurídico a estabilidade das relações jurídicas, sendo certo que a coisa julgada não pode destoar desse desiderato como instrumento de segurança jurídica e de pacificação social que é; contudo, como dito alhures, quietude e constância não são atributos das sociedades modernas, de modo que, tanto o legislativo quanto o judiciário devem divisar que “podem operar-se alterações constitucionais, legislativas e doutrinárias, bem como transformações políticas, econômicas e sociais passíveis de justificar uma interpretação evolutiva.”¹¹⁵.

Se se considera que o Direito e a própria Constituição estão sujeitos a mutação e, portanto, que uma lei declarada constitucional pode vir a tornar-se inconstitucional, tem-se de admitir a possibilidade de a questão já decidida poder ser submetida novamente à Corte Constitucional.

Se se pretendesse excluir tal possibilidade, ter-se-ia a exclusão dessas situações, sobretudo das leis que tiveram a sua constitucionalidade reconhecida pela Corte Constitucional, do processo de desenvolvimento constitucional, ficando elas congeladas no estágio do parâmetro de controle à época da aferição. O objetivo deve ser uma ordem jurídica que corresponda ao respectivo estágio do direito constitucional, e não uma ordem formada por diferentes níveis de desenvolvimento, de acordo com o momento da eventual aferição de legitimidade da norma a parâmetros constitucionais diversos. Embora tais situações não possam ser eliminadas faticamente, é certo que a ordem processual-constitucional deve procurar evitar o surgimento dessas distorções.

A aferição da constitucionalidade de uma lei que teve sua legitimidade reconhecida deve ser admitida com base no argumento de que a lei pode ter se tornado inconstitucional após a decisão da Corte (...). Embora não se compatibilize com a doutrina geral da coisa julgada, essa orientação sobre os limites da coisa julgada no âmbito das decisões da Corte Constitucional é amplamente reconhecida pela doutrina e pela jurisprudência. Não se controverte, pois, sobre a necessidade de que se considere eventual mudança das ‘relações fáticas’. Nossos conhecimentos sobre processo de mutação constitucional exigem, igualmente, que se admita nova aferição da constitucionalidade da lei no caso de mudança da concepção constitucional.¹¹⁶

¹¹⁵ ABBoud, Georges. **Sentenças interpretativas, coisa julgada e súmula vinculante**, p. 74.

¹¹⁶ BRYDE, Brun-Otto *apud* MEIRELLES, Hely Lopes; MENDES, Gilmar Ferreira; WALD, Arnaldo. **Mandado de Segurança e Ações Constitucionais**. 36 ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2014, pp. 569-570.

Nesse diapasão, conclui-se que a doutrina aquiesce no sentido de que uma questão já decidida em sede de controle de constitucionalidade, deve ceder diante de circunstâncias relevantes, ou pressupostos especiais¹¹⁷ que surjam a partir de mudanças no cenário social – fenômeno natural e corriqueiro num organismo vivo, pulsante e dinâmico como é a sociedade e/ou no cenário jurídico – desde o reconhecimento de erros judiciais à novas interpretações provocadas pelas novas relações sociais ou, até mesmo, por novas concepções jurídicas sobre o tema.

Ao se tratar dos *limites subjetivos* do efeito vinculante sempre vem à tona a reflexão se o próprio Tribunal prolator estaria vinculado à decisão que ele mesmo proferira ou se posteriormente poderia declarar a inconstitucionalidade de norma que outrora declarara constitucional.

Intepretação literal do art. 1º, da Emenda Constitucional nº 3, de 17 de março de 1993, referente ao art. 102, §2º, da CR, sugere que a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante condiciona apenas os “demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo”. O advérbio “demais” empregado no dispositivo mencionado refere-se aos outros órgãos do Poder Judiciário não mencionados no dispositivo, no caso, foi mencionado apenas no STF. Assim, se apenas os demais órgãos estão vinculados, o STF é refratário ao efeito vinculante de suas próprias decisões tomadas em sede de controle abstrato de constitucionalidade.

Entretanto, tem-se, de modo geral, notado um consolidado entendimento na doutrina no sentido de que os tribunais constitucionais – incluindo-se o STF – devem vincular-se às suas próprias decisões; e a nota tônica desse fundamento é a segurança jurídica.

Vinculação geral e força de lei significa também a **vinculação do TC às suas próprias decisões**. Em termos práticos, isso implica, sobretudo, vinculação do próprio TC à decisão de declaração de normas, devendo decidir todos os recursos nele pendentes de acordo com essa declaração. No caso de o legislador renovar o conteúdo da norma declarada inconstitucional, o TC deve manter-se autovinculado à sua própria declaração de inconstitucionalidade a não ser que se verifiquem alterações jurídico-politicamente relevantes justificativas de novas soluções jurídico-legais [sic] nos termos acabados de referir no que respeita à vinculação do legislador.¹¹⁸

¹¹⁷ Cf. LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3ª ed. Lisboa: Fundação Caloute Gulbenkian, 1991, p. 499.

¹¹⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 1012.

De fato, as decisões, notadamente as prolatadas em controle de constitucionalidade, não podem flutuar ao sabor de ideologias pessoais dos magistrados, conveniências conjunturais, populismos etc. Nessa senda, os tribunais constitucionais devem reverenciar e aplicar as suas decisões a todos os casos cuja matéria perpassa pelo tema decidido em sede de controle abstrato de constitucionalidade, bem como manterem-se fiéis ao seu julgado ainda que o legislador replique o conteúdo inconstitucional em outra norma.

No entanto, não se pode olvidar que a interpretação evolutiva é um imperativo à estabilidade das relações jurídicas nas sociedades modernas e à pacificação dos conflitos; por isso devem coexistir tanto os limites – objetivos e subjetivo – da eficácia *erga omnes* e do efeito vinculante: na mesma medida em que o STF, respeitando os limites subjetivos do efeito vinculante, mantém-se fiel às suas decisões, também não hesita em ceder diante de relevantes mudanças no cenário social – fonte material do Direito – e de novas concepções jurídicas e revisitar, se provocado, evidentemente, ato normativo anteriormente declarado constitucional, podendo, até mesmo, proferir nova decisão em sentido oposto, declarando, portanto, referido ato, inconstitucional.

Em síntese, pode-se afirmar que é remansoso, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, que os Tribunais Constitucionais – no Brasil, o STF – tendem a vincularem-se às suas próprias decisões, julgando nessa vinculação alcançar, na máxima efetividade, a segurança jurídica e a pacificação social. Busca-se, portanto, a estabilidade, a integridade e a coerência da jurisprudência (art. 926, do CPC), porém deve ser esta dinâmica como são os fatos da vida e, assim sendo, é natural que alterações sobrevenham e sejam recepcionadas, desde que acompanhadas de fundamentação específica e adequada.

A discussão acerca dos *limites objetivos* do efeito vinculante reacende a discussão acerca do alcance da decisão em relação ao instrumento decisório e suas seções: se, de fato, o efeito vinculante alcança somente a parte dispositiva ou se abarca, também, a *ratio decidendi* (motivos determinantes).

A coisa julgada material, nos termos da art. 504, do CPC, recai apenas sobre a parte dispositiva da decisão, não englobando os motivos e a verdade dos fatos. Quer-se dizer com isto que os fundamentos da decisão podem ressurgir em outros processos.

[...] parece estar presente, em importantes setores, uma imprópria associação entre coisa julgada material e eficácia vinculante. Note-se que o professor titular da Universidade de São Paulo [Elival da Silva Ramos] afirma expressamente que “os elementos abordados na fundamentação da decisão que julga a ação direta, por mais relevantes que sejam para que se possa bem compreender o que foi decidido, jamais farão coisa julgada”, pelo que “não se

pode pretender que gozem de alguma sorte de força vinculativa as considerações feitas em sede de motivação sobre a correta maneira de interpretar as normas constitucionais paramétricas ou o próprio ato legislativo controlado.¹¹⁹

Contudo, como dito, em sede de controle abstrato de constitucionalidade há entendimentos de que a coisa julgada afigura-se mais abrangente, alcançando, além da parte dispositiva, a fundamentação (motivos e verdade dos fatos). A este novo paradigma – ou novos parâmetros da coisa julgada – que permite o avanço sobre a fundamentação e a sua estabilização a doutrina propugnadora nomeou *transcendência dos motivos determinantes*.

Como observamos ao se referir ao efeito vinculante, o conceito de efeito transcendente foi desenvolvido pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, sendo uma das características que diferenciam o processo objetivo do processo tradicional subjetivo. Neste último, a sentença se divide em relatório, fundamentação em elementos de fato e de direito e dispositivo. O efeito transcendente indica que todos os “fundamentos determinantes da decisão” apresentados nos votos vencedores têm força vinculante e não somente os incluídos no dispositivo da sentença.

Dessa maneira, o entendimento dado pelo Tribunal Constitucional a determinado dispositivo constitucional transcende o caso singular, devendo essa interpretação ser observada por todos os Tribunais e autoridades em casos futuros que apresentem semelhança. Entretanto, não é toda fundamentação que vincula, mas apenas a razão que levou o Tribunal a decidir daquela forma (efeito vinculante dos fundamentos determinantes, da norma decisória concreta ou da *ratio decidendi*).¹²⁰

Abalizados constitucionalistas e processualistas entendem que a coisa julgada constitucional não pode se ater apenas ao dispositivo da decisão, afirmando que se assim ocorresse, seria de balde falar-se em efeito vinculante, já que sua contribuição para a preservação da ordem constitucional seria significativamente reduzida.

[...] a limitação do efeito vinculante à parte dispositiva da decisão tornaria de todo despiendo esse instituto, uma vez que ele pouco acrescentaria aos institutos da coisa julgada e da *força de lei*. Ademais tal redução diminuiria significativamente a contribuição do Tribunal para a preservação da ordem constitucional.¹²¹

¹¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; SARLET, Ingo Wolfgang; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 1.071.

¹²⁰ LUNARDI, Soraya. **Teoria do Processo Constitucional: Análise de sua Autonomia, Natureza e Elementos**. São Paulo : Editora Atlas, 2013, pp. 168-169.

¹²¹ MARTINS, Ives Gandra; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade: comentários à Lei nº 9.868, de 10-11-1999**. São Paulo: Saraiva, 2001, pp. 543-546.

A doutrina que encampa a transcendência do efeito vinculante, ou seja, que admite que a sentença constitucional açambarca também a *ratio decidendi*, além do conteúdo da parte dispositiva da decisão, bem como impõe que os órgãos da administração pública observem a norma abstrata emergente dos argumentos que embasaram a decisão sintetizada na parte dispositiva, adotam também uma lógica utilitária para justificar o conteúdo do inciso I do art. 927 do CPC: este deve querer dizer alguma coisa além do óbvio – de que os juízes e tribunais deverão observar as decisões do STF. Os adeptos dessa conclusão não admitem que tenha havido a exata reprodução do art. 102, §2º, da CR, quanto ao dever de observância das decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade por parte dos juízes e tribunais, mas que alguma utilidade deve ter. E, buscando acalmar a inquietação causada pela “inadmissível” obviedade do referido dispositivo, concluíram que o objetivo do art. 927, I, do CPC é esclarecer que as decisões proferidas em sede de controle abstrato de constitucionalidade ultrapassam a parte dispositiva da decisão abrangendo os motivos determinantes.

É de se notar, no entanto, que mesmo entre os defensores dessa nova perspectiva, a ampliação do espectro de abrangência da coisa julgada no processo constitucional não se ressenete de limites objetivos.

O Supremo Tribunal Federal, todavia, em alguns julgamentos, passou a conferir efeito vinculante, não apenas à parte dispositiva da decisão de inconstitucionalidade, mas aos próprios fundamentos determinantes, desde que de cunho transcendente, hipótese em que as razões de decidir vinculam juízes e tribunais em outros julgamentos. Ressalte-se que somente tem efeito vinculante a *ratio decidendi*, ou seja, a fundamentação que ensejou resultado do julgamento, ficando excluídas de tal efeito as considerações tecidas *in obiter dicta*, isto é, que não constituem fundamento determinante a decisão, por serem meros comentários laterais, que não influem na decisão.¹²²

No âmbito do STF, a teoria da transcendência dos motivos determinantes já foi mencionada com certa simpatia;¹²³ e recentes manifestações têm demonstrado que o aludido tema não deixa de rondar a Corte,¹²⁴ tanto menos a doutrina.

¹²² CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 18ª ed., rev. atual. e ampl. – Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 430.

¹²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação n. 1.987**. Reclamante: Governador do Distrito Federal. Reclamado: Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. Intimado(a): Edmayre Gomide Lima Jesus, relator: Min. Maurício Corrêa. Brasília, 1º de outubro de 2003. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1985465>. Acesso em 06/02/2023.

¹²⁴ Cf. BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro**, REVISTA DA AGU. Brasília: AGU, ano 15, n. 3, jul./set. 2016,

Em oposição à transcendência dos efeitos vinculantes, doutrinadores rejeitam a interpretação utilitária e alargada do art. 927, I do CPC, questionando: se não fosse possível a mera reprodução de dispositivo constitucional no digesto processual civil, qual a utilidade, ou tese “oculta”, na inclusão dos enunciados de súmula vinculante no inciso III, que também tem efeito vinculante nos termos do mesmo art. 102, §2º, da CR?

Nota-se, então, que a tese da transcendência dos motivos determinantes, a bem da verdade, é mais uma especulação acerca da intenção – do espírito – do legislador ao elaborar o art. 927, I, do CPC, do que uma interpretação lógico-sistemática. Seria mais coerente que se afirmasse tratar de uma interpretação evolutiva imprescindível ao atendimento de uma nova realidade social ou concepção jurídica do que incutir na ação do legislador uma intenção que não se pode confirmar - a de abranger a *ratio decidendi*.

Esta parte da doutrina mantém fiel à letra do art. 504, do CPC, que estabelece que a coisa julgada se opera apenas acerca da parte dispositiva da sentença, inclusive da constitucional (art. 102, §2º, da CR).

Ainda, em oposição, demarcar as fronteiras à transcendência dos motivos determinantes ou delinear claramente a diferença conceitual de *ratio decidendi* e *obiter dicta*, não mitigam o problema no campo prático. Isto porque em toda decisão é possível identificar uma *pluralidade* de *rationes decidendi*,

Tem-se, por exemplo, o fato de as teses serem (oriundas de manifestações dos juízes que compõem o colegiado do tribunal) assentadas em fundamentos diferentes. Afirma-se, por exemplo, ao se fixar uma tese, que se deve reconhecer um dado direito às pessoas que se encontram em determinada condição, mas cada um dos julgadores que chegaram a essa conclusão o fizeram por razões diversas. Tem-se a tese, mas não uma *ratio*, senão uma série de *rationes* distintas, que tiveram início em um fundamento, percorreram um outro caminho argumentativo e chegaram à mesma conclusão. Pode-se chamar a tese de precedente ou, como temos visto entre nós, muitos chamam a tese firmada de *ratio decidendi*. Mas é inegável que, assim o fazendo, há uma peculiar (para não se dizer inapropriada) recepção da doutrina brasileira por teorias firmadas por autores estrangeiros à luz de idiossincrasias do regramento desse ou daquele país.¹²⁵

p. 46: “[...]se o CPC/2015 acolheu tal concepção de tese jurídica vinculante, inclusive em sede de controle concentrado da constitucionalidade, isso significa que, com a sua vigência, o entendimento do STF que rejeitava a eficácia transcendente da fundamentação precisará ser revisitado. É que a eficácia transcendente significa justamente atribuir efeitos vinculantes à *ratio decidendi* das decisões proferidas em ação direta. Mesmo que este entendimento não fosse acolhido pelo STF no passado, o fato é que, ao que tudo indica, o novo Código o adotou”.

¹²⁵ MEDINA, José Miguel Garcia (Prefácio). In: THAMAY, Rennan; GARCIA JUNIOR, Vanderlei; FROTA JR., Clóvis Smith. **Precedentes Judiciais**. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

Não obstante a pluralidade acima destacada, há de se considerar os diferentes graus de vinculatividade contido em cada uma das *rationes*. Vale dizer que uma *ratio decidendi* e um *obiter dictum* diferem-se apenas em relação ao grau de vinculatividade, na relevância do argumento a amparar a fundamentação da tese decisória. Trata-se de exercício subjetivo que pode transformar uma *ratio decidendi* em um *obiter dictum*.

Há outras fragilidades da *ratio decidendi* no plano prático:

Segundo Duxbury, há pelo menos seis motivos pelos quais há tanta dificuldade e confusão a respeito do conceito de *ratio decidendi*: (i) os limites entre ela e o *obiter dictum* são obscuros e essa obscuridade se reflete nos conceitos respectivos; (ii) a inexistência de uma *ratio* precisa em certos casos faz com que se considere como tal o que seria a *princípio dictum*; (iii) de outro lado, há casos com várias *rationes decidendi*, o que leva o intérprete a querer atribuir a uma ou algumas delas a condição de *dicta*; (iv) as cortes não são uniformes quanto à prática de declarar a *ratio* de suas decisões; (v) a própria definição de *ratio decidendi* é plurívoca; e (vi) assim como é imprecisa a determinação do que se abrange nela.¹²⁶

Percebe-se que o limite objetivo do efeito transcendente, a saber: a *ratio decidendi*, carece, em si mesmo, de parâmetros de limitação; com isso, não se pode vislumbrar êxito em sua missão de prover estabilidade social e linearidade nas decisões judiciais uma vez que é instável, imprecisa e suscetível a interpretações convenientes, ora ratificando-a como *ratio decidendi*, ora reduzindo-a a mero *obiter dictum*.

Ainda, sob a ótica processual tradicional a causa de pedir e o pedido devem guardar relação de decorrência lógica, sob pena de indeferimento da petição inicial por inépcia (art. 330, III, do CPC). No processo constitucional em controle abstrato de constitucionalidade, o STF, ao julgar as ações de controle abstrato de constitucionalidade, não está arraigado aos fundamentos jurídicos invocados pelo autor, isto é, a *causa petendi* é aberta, sendo perfeitamente possível que a Pretório Excelso rejeite todos os argumentos autorais que fundamentam o seu pedido de inconstitucionalidade, mas que julgue procedente a ação sob argumentação (*ratio decidendi*) inédita e dimanada da própria Corte. Não se olvide que a atuação do Judiciário em controle abstrato de constitucionalidade tem por escopo a proteção do ordenamento jurídico, que justifica tal empenho.

Assim, estar-se-ia concedendo ao STF espécie de “carta-branca”, caracterizada não por incluir no julgado questões que não compuseram a causa de pedir – isto lhe é permitido – mas

¹²⁶ THAMAY, Rennan; GARCIA JUNIOR, Vanderlei; FROTA JR., Clóvis Smith. **Precedentes Judiciais**. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 319.

pela possibilidade de atribuir efeito vinculante à sua inédita *ratio decidendi*. Isto sim abriria um flanco para a prática de ativismo judicial¹²⁷ exacerbado, colocando em risco a *capacidade institucional*, imiscuindo-se em seara da alçada dos outros Poderes, gerando, ainda, nocivos *efeitos sistêmicos*, que solucionam o caso concreto, mas quando replicado para a sociedade, têm o condão de colocar em risco políticas públicas.¹²⁸

E, mais: admitir que a coisa julgada alcance os motivos determinantes (*ratio decidendi*), implicaria em possibilitar ao STF usurpação de competência do STJ,¹²⁹ em vez da aplicação da fungibilidade de que trata o art. 1.033, do CPC.

Ademais, com o poder de inovar a causa de pedir e de a esta atribuir efeito vinculante, haveria nociva inibição dos demais órgãos do Poder Judiciário, máxime na formação da livre convicção dos magistrados diante dos casos concretos, já que a razão de decidir – ou pior: as razões de decidir – também os vincula.

Vê-se, por esse ângulo, que amplitude do efeito vinculante reflete em maior regulação da conduta estatal, principalmente.

Outra questão peculiar envolve a ADI e a ADC e a extensão do efeito vinculante da decisão proferida em uma sobre a outra. Isto porque, parte da doutrina, entende que as referidas ações representam os dois lados da mesma moeda, a improcedência de uma implica, necessariamente, na procedência da outra. Por exemplo: ao se julgar improcedente uma ADI, a norma nela fustigada deverá ser declarada constitucional, equivalente aos efeitos de uma ADC, e vice-versa.

O outro lado da doutrina, entende que a procedência da ação – seja da declaratória de constitucionalidade ou da direta de inconstitucionalidade – constitui o *pedido*, e este não pode ser modificado pelo órgão julgador, sob pena de violação do princípio da congruência.¹³⁰

¹²⁷ Cf. BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. *In*: COUTINHO, Jacinto Nelson DeMiranda [et al] (Org.). **Constituição & Ativismo Judicial**: limites e possibilidades da norma e da decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2011, p. 279 e 290: “A ideia de *ativismo judicial* está associada a uma participação mais ampla e intenso do Judiciário na concretização os valres e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois poderes. [...]

Uma nota final: o ativismo judicial, até aqui, tem sido parte da solução, e não do problema. Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura. A expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo. Precisamos de reforma política. E essa não pode ser feita por juízes.”

¹²⁸ *Idem*, p. 287 e 288.

¹²⁹ Cf. ABBoud, Georges. **Sentenças interpretativas, coisa julgada e súmula vinculante**, p. 74.

¹³⁰ O princípio da congruência – também chamado de princípio da correlação ou da adstrição – extraído dos arts. 141 e 492, do CPC, revela-se como elemento limitador da atividade jurisdicional, balizando o magistrado entre a

Em oposição, há entendimento no sentido de que, em se tratando de jurisdição constitucional, ou seja, de questões que afetam o sistema jurídico e não apenas a causa *sub examine*, o princípio da congruência não deve ser tomado no seu máximo potencial limitador.¹³¹

Certo é que tem prevalecido até então, no âmbito do STF, entendimento que rechaça a aplicação da transcendência dos efeitos vinculantes, adotando-se como paradigma o voto proferido por ocasião do julgamento da Reclamação (Rcl) 10.604 DF, julgada em 8.9.2010, sob relatoria do Ministro Ayres Brito, rechaçando a aplicação da teoria da transcendência dos efeitos vinculantes, cujo assentada permanece sólida até então:

Mas o fato é que, no julgamento da Rcl 4.219, esta nossa Corte retomou a discussão quanto à aplicabilidade dessa mesma teoria da “transcendência dos motivos determinantes”, oportunidade em que deixei registrado que tal aplicabilidade implica prestígio máximo ao órgão de cúpula do Poder Judiciário e desprestígio igualmente superlativo aos órgãos da judicatura de base, o que se contrapõe à essência mesma do regime democrático, que segue lógica inversa: a lógica da desconcentração do poder decisório. Sabido que democracia é movimento ascendente do poder estatal, na medida em que opera de baixo para cima, e nunca de cima para baixo. No mesmo sentido, cinco ministros da Casa esposaram entendimento rechaçante da adoção do transbordamento operacional da reclamação, ora pretendido. Sem falar que o Plenário deste Supremo Tribunal Federal já rejeitou, em diversas oportunidades, a tese da eficácia vinculante dos motivos determinantes das suas decisões (cf. Rcl 2.475- AgR, da relatoria do ministro Carlos Velloso; Rcl 2.990-AgR, da relatoria do ministro Sepúlveda Pertence; Rcl 4.448-AgR, da relatoria do ministro Ricardo Lewandowski; Rcl 3.014, de minha própria relatoria).¹³²

Dessarte, firmes são os argumentos no sentido de que no Brasil o efeito vinculante mais provocaria distorções do que estabilidade jurídica e social, além de outorgar ao STF amplo poder de regulação da conduta estatal.

Cabe, como próximo passo, verificar se os pressupostos especiais legitimadores de uma nova apreciação do EPD pelo STF, e, máxime, se tais pressupostas acenam para a declaração de inconstitucionalidade do referido diploma.

causa de pedir e o pedido, não podendo decidir fora ou além desses limites – exceto quando se tratar de questões passíveis de conhecimento de ofício – sob pena de violação dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, da CR).

¹³¹ MENDES, Gilmar Ferreira; STRECK, Lenio Luiz. In: CANOTILHO, Joaquim José Gomes [et al] (Org.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo, SP: Saraiva Educação, 2018, p. 2054.

¹³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação n. 10.604**. Reclamante: Joaquim Domingos Roriz. Reclamado: Tribunal Superior Eleitoral, relator: Min. Ayres Brito. Brasília, 9 de setembro de 2010. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=17769205&ext=.pdf>. Acesso em 06/02/2023.

5.6 A possibilidade de um novo juízo de constitucionalidade do Estatuto da Pessoa com Deficiência

O §1º, do art. 28, do EPD foi questionado nos autos da A ADI 5.357, intentada pela CONFENEN, que, conservada nos se exatos termos, propugnava a “inconstitucionalidade do § 1º do artigo 28 e do artigo 30, ‘caput’, especialmente, expressão ‘PRIVADA’, todos da Lei nº 13.146 de 6/7/2015”¹³³, por aviltarem, a seu sentir, os arts. 5º, *caput* e incisos XXII e XXIII; 170, II e III; 205; 206, *caput* e incisos II e III; 208; 209 e 227, *caput*, § 1º, II; todos da Constituição da República.

Em apertada síntese, sustentou não haver razoabilidade nas obrigações impostas às instituições privadas pelo EPD,

pois, além de colocar em risco o próprio desenvolvimento do portador de necessidade, coloca em risco também o emprego, o emocional dos profissionais de educação regular (psíquico) e a atividade econômica, ferindo as liberdades asseguradas à livre iniciativa nos artigos 209 e 170, e o princípio do planejamento descrito no §1º, do artigo 174, combinados com os artigos 211 e 214 da Constituição Federal de 1988.¹³⁴

Entende, ainda, haver ferimento ao princípio da ordem econômica insculpido no art; 170, da CR, pela impossibilidade de planejamento orçamentário, principalmente em razão da vedação da cobrança de valores adicionais por eventuais adaptações destinadas aos educandos com necessidades educacionais especiais, insurgindo-se contra o fato de que “Todos pagarão pelo custo adicional de um ou de alguns”.¹³⁵ Com efeito, o valor da prestação de serviço escolar subiria consideravelmente para todos a fim de equilibrar a onerosidades excessiva decorrente das adaptações, o que culminaria em numerosas rescisões contratuais e, conseqüentemente, demissões e risco de existência das instituições privadas. Enfim, graves reflexos sociais.

Que o EPD ainda avilta os princípios da livre iniciativa – por impor às instituições privadas a prática de atividade que é do Estado e para a qual as escolas particulares de ensino regular não tem autorização e preparo; e da propriedade privada e sua função social – porque limita o uso gozo e disposição de bem privado pelo seu titular, especialmente em se tratando de bem destinado ao atendimento de relevante direito fundamental social – a educação.

¹³³ Petição inicial da CONFENEN. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadordpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4818214> – acesso em 04/05/2023.

¹³⁴ *Ibidem*.

¹³⁵ *Ibidem*.

Pede, ao fim, a supressão do termo “privadas” no §1º, do art. 28 e *caput* do art. 30 do EPD, a fim de que as obrigações impostas pelo referido diploma recaiam apenas sobre os estabelecimentos públicos de ensino.

A ADI 5.357 foi julgada improcedente por maioria de votos, sob o entendimento de que o EPD se coaduna com a Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência; que os argumentos fatalistas apresentados pela CONFENEN residiam no campo das conjecturas, tendo em vista que nenhum levantamento, estudo ou algo que o valha, fosse apresentado.

Muito embora não houvesse sido argumentado pela CONFENEN, em razão da *causa petendi* aberta em ações de controle concentrado de constitucionalidade, foi tônica do voto do ministro relator Edson Fachin o princípio da igualdade material, considerando que a pluralidade é essencial para que esta se opere e para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Assim também constou dos votos convergentes.

Apresentou, ainda, perspectiva inversa, refletindo que a inclusão é, também, direito de todos de conviverem com as diferenças. Tal argumento foi onipresente nos demais votos convergentes.

Vencido o Ministro Marco Aurélio de Mello que chamou atenção para a desproporcionalidade das medidas impostas pelo EPD quando conjugadas com o tempo determinado para tanto – cento e oitenta dias – e o custo que se poderia facilmente inferir ser elevado.

Ponderou, com mais profundidade, que o EPD “não se coaduna com os ares libertários que passamos a viver, após o regime de exceção, após 1988”¹³⁶, que o Estado estaria a transferir para a iniciativa privada aquilo que ele mesmo não realiza, muito embora prover educação seja dever precípua que lhe compete e à iniciativa privada subsidiariamente.

Reconheceu o *status* de emenda constitucional da Convenção Internacional da ONU, porém questionou a sua interferência na iniciativa privada, rompendo limites impostos pela própria Constituição da República.

Ponderou que a Convenção vinculava os Estados-Partes subscritores do documento e não a iniciativa privada, protegida pela livre iniciativa e pelos valores sociais do trabalho; e trouxe à memória o art. 174, da CR, que enaltece o Estado como agente normativo e regulador

¹³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.357**. Requerente: Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino – CONFENEN. Intimado(a): Presidente da República, relator: Min. Edson Fachin. Brasília, 09 de junho de 2016. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4818214>. Acesso em 05/02/2023.

da atividade econômica, realiza planejamento determinantes para o setor público e *indicativo* para o setor privado, entendendo que o EPD converteu em cogente aquilo que é indicativo.

Votou, ao fim de suas ilações, pela procedência parcial da ADI

para estabelecer-se que é constitucional a interpretação dos artigos atacados no que se encerram planejamento quanto à iniciativa privada, sendo inconstitucional – daí a interpretação conforme à Carta da República sem redução de texto – a que leve a ter-se como obrigatórias as múltiplas providências, numa reviravolta incrível, previstas nos artigos 28 e 30 da Lei em comento, da Lei nº 13.146, de 2015.¹³⁷

Merece destaque, muito embora tenha sido como *obiter dictum*, a ponderação do Ministro Gilmar Mendes acerca do risco de não efetivação das medidas impostas pelo EPD em razão da exiguidade do tempo e da inexistência de uma cláusula de transição, a fim de se acompanhar o processo de atendimento às novas posturas exigidas pelo novel diploma e promover eventuais alterações.¹³⁸

A referida ADI transitou em julgado em 28 de março de 2017, tornando imutável a decisão proferida pelo STF. Formado, portanto, o precedente, há de se verificar se presentes circunstâncias que indiquem a possibilidade de uma reapreciação.

Deve-se analisar, para tanto, se houve modificações no cenário social de incidência do EPD ou detectados erros judiciais ou, ainda, se novas interpretações foram engendradas provocadas pelas novas relações sociais ou por novas concepções jurídicas sobre o tema.

5.6.1. Novas concepções jurídicas sobre o tema

Em que pese a profundidade das teses alçadas no âmbito da ADI 5.357, tanto na petição inicial quanto na decisão do STF, graves ofensas a normas estruturantes (e à própria) estrutura do sistema de ensino não foram apresentadas ou foram, porém sob óticas distintas da juspedagogia; da mesma forma, institutos juspedagógicos fragilizados e supressões de prerrogativas técnicas não foram questionados; e, por fim, direitos fundamentais foram violados

¹³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.357**. Requerente: Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino – CONFENEN. Intimado(a): Presidente da República, relator: Min. Edson Fachin. Brasília, 09 de junho de 2016. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4818214>. Acesso em 05/02/2023.

¹³⁸ MELO, João Ozório de. Estados Unidos discutem se mais leis devem ter prazo de validade. **Revista Consultor Jurídico**, 16 de julho de 2019. Disponível em: <https://bitlybr.com/X1b0i0>, acesso em 27/05/2023: “As leis com prazo de validade nos EUA têm uma cláusula que estabelece a data de vencimento (*sunset clause*), quando ela se extingue automaticamente, a não ser que seja prorrogada pelo Congresso. O Congresso pode fazer o que quiser com a lei: pode prorrogá-la tantas vezes quanto for conveniente, pode renovar alguns dispositivos, extinguir alguns deles, introduzir novas cláusulas ou, ainda, tornar a lei permanente.”

e impostos ônus ao exercício de liberdades constitucionais. As mudanças provocadas infirmaram o direito à educação e, por consequência, o alcance dos objetivos fundamentais da República (art. 3, da CR) e os globais, especialmente os ODS da Agenda 2030 da ONU.

No epicentro do abalo estrutural está a imposição às instituições privadas de ensino regular quanto à oferta de educação especial na modalidade de AEE; e, desta determinação, diversos reflexos nocivos irradiaram revelando inconstitucionalidades. As violações a seguir elencadas já foram analisadas neste trabalho, mas serão lembrados doravante.

A primeira inconstitucionalidade atingiu o art. 209, da CR, que confere à iniciativa privada o direito de atuar no setor educacional e assegura-lhe a liberdade de optar pelo(s) nível(is) e modalidade(s) de ensino que deseja ofertar.

A obrigatoriedade quanto à oferta de AEE (educação especial) estabelecida no EPD impôs *ônus ao exercício da liberdade* constitucional das instituições privadas de eleição do(s) nível(is) e modalidade(s) de ensino a serem ofertados.

Muito embora a petição inicial da ADI 5.357 tenha suscitado o art. 209, da CR, como dispositivo inobservado pelo EPD, o argumento baseou-se no abuso do legislador que tratou a liberdade conferida à iniciativa privada para empreender na área educacional como concessão ou outorga, impondo obrigações cujas adaptações necessárias ao seu cumprimento produzirão reflexos econômicos e financeiros sensíveis, chegando ao ponto de violar a propriedade privada e a função social da propriedade.

Em que pese tratar-se do mesmo dispositivo constitucional, a inconstitucionalidade ora delatada parte de uma nova perspectiva que atine ao cerne da liberdade garantida pelo art. 209, da CR: a criação ilegítima pelo EPD de pressupostos a serem cumpridos para, então, a iniciativa privada, poder gozá-la. A imposição de tal ônus revela excesso do legislador infraconstitucional, que estatuiu requisitos inconciliáveis com os direitos e garantias individuais, incidindo em inconstitucionalidade material, tratando de tema que não era de sua competência.

Houve violação do princípio da *igualdade material*, que em relação ao direito à educação pressupõe o acesso, a permanência (no sentido juspedagógico) e, sobretudo, a possibilidade de alcance de resultados (sucesso acadêmico), que consiste no alcance dos objetivos precípuos da educação: o domínio da leitura, da escrita e do cálculo. Contudo, educandos com necessidades educacionais especiais, mesmo sem condição de permanência e aprendizagem nas classes comuns do ensino regular, ainda assim deverão ser matriculados nestas classes – e no AEE no contraturno; e, uma vez que não reúne condições de alcançar o

sucesso acadêmico, ali permanecerá apenas para socializar, o que viola, flagrantemente, o princípio da equidade pela ausência de *convergência* em razão da medida infrutífera aplicada.

Não se olvide, como alertou-se alhures, que inclusão educacional e inclusão social são procedimentos distintos, tanto em operação, quanto em objetivo, apesar de ser essencial a coexistência e cooperação entre os dois institutos.

Frise-se que a petição inicial da CONFENEN em momento algum apresentou a violação ao princípio da igualdade como *causa petendi*.

O art. 170, parágrafo único, da CR, também foi desafiado pelo EPD, na medida em que o Estado ignorou o *livre exercício de atividade econômica por particular consubstanciado na dispensa de autorização estatal* e impôs o exercício de atividade econômica em forma específica, a saber: a oferta de ensino especial na modalidade AEE.

A petição da CONFENEN alçou apenas o *caput* do art. 170, da CR, e acusou violação à propriedade privada e à função social da propriedade, de modo que se trata de uma nova concepção jurídica a incidir sobre o tema a partir do parágrafo único do sobredito dispositivo.

O art. 211, *caput* e §4º, da CR, determina que os sistemas de ensino pátrios (Federal, Estadual e Municipal) devem operar em *regime de colaboração*. A expectativa é que as instituições que integram os sistemas de ensino formem um todo, uma unidade; que apesar de autônomas, se interliguem, a fim de propiciar a circulação dos educandos pelos sistemas de ensino. Tal dispositivo também não passou incólume às afrontas do EPD.

O regime de colaboração é essencial ao sucesso da inclusão educacional, sendo que ocorre com mais frequência no seio das modalidades de ensino regular e especial, sendo o eixo integrador das aludidas modalidades o AEE. Isto porque o aluno com necessidade educacional especial com condição de integração realiza dupla matrícula: no ensino regular e em entidade especializada em educação especial, na modalidade substitutiva, para AEE. Portanto, a circulação do educando com necessidade educacional especial entre as modalidades de ensino regular e especial se opera por meio do AEE. Eis o regime de colaboração.

A obrigatoriedade quanto à oferta de AEE pelas escolas regulares reduz sensível significativamente a clientela das instituições que atuam exclusivamente na educação especial. Dois fatores principais concorrem à inanição das instituições de educação especial: (i) o abalo à sua imagem porquanto já se propaga largamente que, por não promover o encontro entre alunos com e sem deficiência, tais instituições são segregadoras e discriminatórias. Há, portanto, em operação, um processo de desmoralização das instituições privadas de educação especial; (ii) há relevante fator psicossocial que traduz-se no sentimento de apaziguamento que

a família experimenta ao ver o(a) filho(a) estudando na mesma instituição que crianças sem deficiência.

Nessa esteira, é imperiosa a conclusão no sentido de que as instituições privadas de educação especial caminham para a extinção, uma vez que a evasão de sua clientela já é sentida e só tem aumentado. A bem da verdade, o aumento de matrículas de educandos com necessidades educacionais especiais nas classes comuns implica, necessariamente, no definhamento das instituições privadas de educação especial.

Deliberadamente, o EPD criou obrigação que cancelou a extinção de instituições que ofertavam de forma legítima e constitucional a modalidade especial de ensino em vez de assentar políticas públicas pautadas no regime de colaboração, nos termos do comando constitucional.

Tal perspectiva não foi apresentada no bojo da ADI 5.357, e, por se tratar de uma nova concepção jurídica, é legítima a sua abordagem em eventual ADI que pretenda rediscutir a constitucionalidade do EPD.

Deve-se esclarecer que os argumentos em favor da inconstitucionalidade do EPD acima apresentados não revelam um novo parâmetro fático ou hermenêutico, mas uma nova perspectiva que aponta inconstitucionalidade congênita ao EPD. Daí dizer-se que a inconstitucionalidade propugnada neste trabalho é originária e não superveniente.¹³⁹

5.7 É possível o controle difuso de constitucionalidade do EPD a partir de novas concepções jurídicas?

O controle difuso de constitucionalidade admite que todos os órgãos do Poder Judiciário, no âmbito de suas competências funcional e material, exerçam o controle de constitucionalidade das normas. Não houvesse sido admitido o controle difuso de

¹³⁹ Conf. DIMOULIS, Dmitri. LUNARDI, Soraya. **Curso de Direito Constitucional: Controle de constitucionalidade e remédios constitucionais**. 4ª ed. Rev. Atual. e Ampl. São Paulo: Atlas, 2016, pp. 107-108: “A inconstitucionalidade originária se verifica desde a entrada em vigor do dispositivo inconstitucional. É o caso mais simples e comum. Tendo, por exemplo, um dispositivo da Constituição de 1988 que dispõe que só brasileiros natos podem ser nomeados em certos cargos (art. 12, § 3o, da CF), eventual lei editada em 1989 que permite a nomeação de brasileiros naturalizados para esses cargos sofre de inconstitucionalidade desde a sua criação.

[...]

A inconstitucionalidade pode afetar o dispositivo em momento posterior à sua criação. Isso significa que o dispositivo que estava em consonância com a Constituição no momento de sua criação passa a ter a pecha de inconstitucionalidade no decorrer de sua validade. Analisaremos as duas hipóteses de inconstitucionalidade superveniente, verificando em seguida se pode ocorrer um saneamento da inconstitucionalidade no tempo (constitucionalidade superveniente).”

constitucionalidade, não estaria completa a garantia de que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a Direito” (art. 5º, XXXV, da CR).

Ora, se o ordenamento jurídico brasileiro, que é um Estado democrático de Direito, que, como tal, tem a Lei como protagonista, admite o controle de constitucionalidade de leis se estas ameaçam direito, como não admitir que as decisões judiciais também sejam objeto de controle?

Nesse diapasão, seria ilógico que a súmula vinculante, que tem caráter geral, normativo e abstrato, à semelhança de lei, não pudesse ser submetida a controle de constitucionalidade na hipótese de lesão ou ameaça a direito.

Em razão da natureza legislativa da súmula vinculante, como o juiz pode controlar, *in concreto*, a constitucionalidade da lei, complementar ou ordinária, ou de ato normativo contestado em face da CF, a ele é possível, também, fazer o controle de constitucionalidade de verbete da súmula vinculante do STF, que tem *caráter geral e normativo*.¹⁴⁰

Seguindo na linha de raciocínio, se se admite controle de constitucionalidade de súmula vinculante que é dotada de elevado grau de abstração, vez que se emancipa completamente do caso concreto que lhe deu azo para plasmar-se em verbete de caráter geral e normativo com forte eficácia vinculante, não há plausibilidade em inadmitir que o mesmo controle recaia sobre os precedentes judiciais, que permanecem vinculados ao caso concreto que lhes originaram, orientando que o magistrado sempre analise os fatos e fundamentos que o embasaram e, caso necessário à melhor administração de Justiça, promova os retoques necessários ao caso *sub examine*.

Gize-se que as decisões proferidas em jurisdição constitucional de controle abstrato compõem espécie de precedente,¹⁴¹ e, como tal, para que a modificação seja legítima e não fira a segurança jurídico – o seu bem mais precioso – o magistrado deve valer-se das técnicas do *distinguishing* e do *overruling*. Ambas as técnicas oferecem ao magistrado fundamento para repelir a aplicação de um precedente se este não se prestar a solucionar o caso concreto e promover a Justiça.

¹⁴⁰ NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional**. 5ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 742.

¹⁴¹ Cf. THAMAY, Rennan; GARCIA JUNIOR, Vanderlei; FROTA JR., Clóvis Smith. **Precedentes Judiciais**. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 91: Analisados sob a perspectiva estrutural, os precedentes brasileiros podem ser reunidos em três grandes grupos: (i) os precedentes-norma, em que a decisão da causa, a par de resolver o caso concreto, estabelece uma tese; (ii) os precedentes em jurisdição constitucional abstrata, e (iii) os demais precedentes, formados fora da jurisdição constitucional e em procedimentos em que não haja o estabelecimento de teses.

A técnica do *distinguishing* implica no cotejo do caso em análise e do paradigma que deu origem ao precedente e na identificação de pontos distintivos (ou na distinção – daí o nome *distinguishing*) que demonstrem que a solução trazida pelo precedente não terá o mesmo (ou algum) êxito no caso atual. Evidentemente, os pontos distintivos devem ser *determinantes* para a decisão.

Por intermédio do *distinguishing*, surge ao julgador a necessidade de efetuar a devida distinção entre o caso concreto e o julgamento paradigma, seja porque inexistente semelhança entre os fatos fundamentais discutidos e aqueles que serviram de base às teses jurídicas (*ratio decidendi*) constantes do precedente, isto porque, a despeito da existência de algumas questões que possam “assemelhá-los”, alguma peculiaridade fundamental no caso afasta a sua imediata aplicação.¹⁴²

A técnica do *overruling* consiste na antevisão da situação injusta que a aplicação do precedente pode provocar e, assim fundamentando, declinar a sua aplicação tendo em vista que o caso concreto superou a sua utilidade.

No *distinguishing* o precedente é afastado de um caso específico; já no *overruling*, o precedente não se presta mais a regular o fato jurídico que lhe deu ensejo, sendo a sua revogação integral consequência natural.

Em relação às inconstitucionalidades do EPD acusadas neste trabalho – livre iniciativa (art. 209, da CR), princípio da igualdade material (art. 5º, *caput* e 208, III, da CR), princípio do livre exercício de atividade econômica (art. 170, parágrafo único, da CR) e regime de colaboração (art. 211, *caput* e §4º, da CR) –, todas são qualificadas como novas concepções e inéditas no Poder Judiciário, de modo que viabilizam a aplicação exitosa da técnica do *distinguishing*.

Quanto ao *overruling*, este encontra fundamento em lacuna axiológica aberta pelo EPD: (i) se aplicado, o EPD conduzirá as instituições privadas de educação especial à extinção, conforme já explanado; (ii) a art. 3º, VI, do EPD dispensou os estabelecimentos de ensino regulares de realizar as adaptações necessárias à oferta de AEE, caso resultasse em ônus desproporcional. Conforme já explicitado, as mudanças impostas pelo EPD impactam severa e sensivelmente os estabelecimentos de ensino, de modo que, em se comprovando a dimensão do impacto, estará o estabelecimento onerado, dispensado de cumprir o EPD, implicando em muitos educandos com necessidades educacionais especiais fora da escola ou estrangulando a rede pública.

¹⁴² *Idem*, p. 162.

A situação de injustiça (lacuna axiológica) provocada pelo EPD, ora atinge os obrigados, ora atinge os beneficiários, do referido diploma, fundamentando criteriosamente o emprego da técnica do *overruling*.

Muito embora o *distinguishing* seja a técnica da qual se lança mão para exercício do controle difuso, há ainda o denominado *anticipatory overruling* que

Consiste em uma técnica utilizada pelas Cortes inferiores de antecipar um *overruling* anteriormente induzido de diversas formas pelas Cortes Superiores, mediante a não aplicação, ao caso em julgamento, de precedente supostamente vinculante invocado por uma das partes. Trata-se de exercício de previsibilidade exercido pelos tribunais inferiores.¹⁴³

Enquanto o *anticipatory overruling* afasta a aplicação do precedente por questões conjunturais (políticas, sociais e econômicas) ou novas concepções jurídicas sobre o tema, o *distinguishing* culmina no afastamento do precedente a partir do cotejo de casos que não guardam relação de semelhança quanto aos fatos materiais relevantes.

A nosso sentir, há elementos de sobejo para o exercício legítimo de controle de constitucionalidade difuso ou concentrado.

¹⁴³ ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de; PEIXOTO, Ravi. Flexibilidade, *Stare Decisis* e o Desenvolvimento do *Anticipatory Overruling* no Direito Brasileiro. In: **Revista de Processo**, Ano 39, vol. 236, out. 2014, pp. 279-300.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito à educação é objeto de preocupação global e tem despertado a necessidade da elaboração e compromissos internacionais de estabelecimento de políticas públicas que promovam ao máximo a universalização do ensino, debelando toda e qualquer barreira ao acesso, permanência e alcance de sucesso acadêmico.

A nobre preocupação foi materializada na Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas (ONU), cuja elaboração contou com a participação de 193 Estados-Membros, que traçaram dezessete Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) que abrigam 169 metas globais, sendo certo que o cumprimento de diversas delas estão umbilicalmente ligadas ao desenvolvimento da educação, afinal, sem educação formal, não há falar-se em erradicação da pobreza, da fome, promoção de agricultura sustentável, crescimento econômico, pleno emprego, consciência ambiental, eliminação de disparidades de gênero, consumo sustentável, proteção do planeta da degradação, fortalecimento dos direitos humanos, promoção da paz universal com mais liberdade, entre outros objetivos e metas.

Inegavelmente, um dos obstáculos ao acesso, permanência e alcance de sucesso acadêmico é a deficiência; não por menos foi tema específica da Agenda 2030 da ONU, item 4.5. Entretanto, apesar da necessária ênfase suprida pela Agenda 2030, a relação deficiência-aprendizagem já havia sido tema da Convenção da Organização das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, de 30 de março de 2007, promulgado no Brasil pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência – Lei nº 13.145/2015 – foi promulgado no Brasil como forma de demonstração de comprometimento com os ODS da Agenda 2030, sob fiscalização do *High Level Political Forum* (Fórum Político de Alto Nível), órgão vinculado à Assembleia Geral e ao Conselho Econômico e Social da ONU.

No entanto, o Brasil, décadas antes da Convenção da ONU e de outros documentos internacionais, já alicerçava na Educação os objetivos da República previstos no art. 3º, da Constituição de 1988, bem como assentava no art. 206, I, os princípios repetidos na aludida Convenção e na Agenda 2030, bem como muitos outros de natureza estruturante.

Ainda, revelando a antevisão brasileira acerca da crucialidade da educação e da imprescindível estruturação criteriosa do setor, a Lei nº 9.394/96 – Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDBEN) – cuidou de assentar os princípios bases da educação nacional e revelar seu objetivo; atribuiu deveres ao Estado, à família e à sociedade quanto à educação; retratou os níveis modalidades de ensino e estabeleceu procedimentos operacionais gerais com

base em institutos juspedagógicos; tratou dos recursos para financiamento da educação pública; e indigitou disposições gerais, tornando-se o principal diploma de regência da educação nacional.

Ocorre que o açodamento em atender aos compromissos internacionais gerou um Estatuto – o da pessoa com deficiência –, na parte de que trata do direito à educação, que desmonta o sistema educacional vigente sem oferta de modelo que o substitua, além de praticar inconstitucionalidades materiais.

Os incisos III, X e XI e §1º, do art. 28 geraram antinomia em relação ao quanto preconizado no inciso III do art. 4º e o §2º do art. 58 da LDBEN, culminando na revogação tácita destes últimos pelo critério cronológico.

Assim, institutos juspedagógicos estruturantes ou foram extintos, ou extremamente desidratados, ou deturpados pela obrigação imposta pelo EPD às instituições privadas de ensino regular em ofertar educação especial.

Tal imposição desconstruiu os institutos da educação especial substitutiva e da complementar realizada no atendimento educacional especializado (AEE). As instituições de educação especial, responsável pelas classes especiais exclusivas e pelo AEE, foram exauridas, na medida em que as classes especiais exclusivas foram praticamente extintas com a ordem de institucionalização do AEE pelas escolas regulares e com consequente migração da clientela da educação especial para as instituições regulares, agora ofertantes – compulsoriamente – desta modalidade de ensino.

A processo de *integração* foi abolido, porquanto se tratava processo sinérgico do método da educação especial (AEE) e do método de ensino regular com adaptações razoáveis de ritmo e volume em favor do educando com necessidade educacional especial e condição de permanência, proporcionando-lhe acesso ao currículo do ensino regular e possibilidade de êxito. A obrigatoriedade de oferta de educação especial na espécie AEE tornou sem sentido qualquer tipo de diálogo entre as modalidades de ensino regular e especial.

A inclusão educacional que era o resultado do processo de integração e visava atingir os objetivos do ensino formal (art. 32, I, da LDBEN) nos educandos com necessidade educacional especial e condição de permanência em seu máximo desenvolvimento possível, passou ser admitida como inclusão social, para a qual basta o convívio entre os alunos com necessidade educacionais especiais e os alunos regulares despidendo o grau de severidade da deficiência e o comprometimento da condição de permanência, especialmente de aprendizagem.

Nessa mesma esteira, a escola regular que anteriormente poderia aferir a condição do educando com necessidade educacional especial e decidir por iniciar o processo de integração com dupla matrícula (educação regular e educação especial na espécie AEE no contraturno) ou encaminhá-lo à educação especial substitutiva (exclusiva), hoje já não detém mais tal prerrogativa, e pior: qualquer recusa, ainda que vazada no melhor interesse do educando, configura crime punível com reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos e multa, conforme art. 8º, I, do EPD.

A revogação parcial perpetrada pelo EPD em face da LDBEN, extinguindo os institutos acima referidos, sem a oferta de outros que os substituíssem, abriu verdadeira lacuna axiológica por inaplicabilidade, especialmente pelo fato de ter criado exceção às adaptações necessárias à matrícula de aluno com necessidade educacional especial pelos estabelecimentos de ensino regular uma vez que os ônus decorrentes das referidas adaptações sejam desproporcionais, assim consideradas as inadequadas, desnecessárias e desproporcionais em sentido estrito. E são! A uma porque o AEE é o método adequado apenas aos educandos com necessidade educacional especial *com condição de permanência* e não àqueles *sem condição de permanência*. Logo, não é razoável a matrícula destes últimos no AEE, sendo a recusa chancelada pelo EPD. A duas porque tratou-se de medida extremada e desnecessária pela ineficácia aos educandos *sem condição de permanência* e violadora de liberdades constitucionais, sendo certo que haviam meios menos restritivos e mais eficaz de se atingir os objetivos da educação; a três porque não se faz necessário qualquer estudo para se concluir que a escola regular arcará com elevado custo no preparo de uma sala de recursos multifuncionais, desde a aquisição instrumentos, materiais, equipamentos, mobiliário etc., à contratação de profissionais especializados; e, se não houver espaço físico, a desativação de salas de aula – implicando em redução de turma e, por conseguinte, de receita; tudo a flutuar de acordo com as deficiências as serem atendidas. Porém, à luz do EPD, se os custos forem elevados, revelando desproporcionalidade, as escolas regulares estão dispensadas de promover as adaptações.

Assim, se aplicado o EPD, muitos educandos com deficiência poderão até ser recebidos nas escolas regulares, porém não contarão com o atendimento necessário à inclusão educacional exitosa. Mas esta lacuna não parece ser uma preocupação do EPD, que se satisfaz com a “inclusão” do aluno com deficiência apenas para socializar.

A observância rigorosa do EPD gera, como visto, situação de injustiça (ou lacunas axiológicas por inaplicabilidade).

No plano constitucional, a obrigatoriedade quanto à oferta de AEE (educação especial) estabelecida no EPD impõe *ônus ao exercício da liberdade* constitucional das instituições

privadas de eleição do(s) nível(is) e modalidade(s) de ensino a serem ofertados, violando o art. 209, da CR, que confere à iniciativa privada o direito de atuar no setor educacional e assegure-lhe a liberdade de optar pelo(s) nível(is) e modalidade(s) de ensino que deseja ofertar.

Houve violação, ainda, do princípio da *igualdade material*, que em relação ao direito à educação pressupõe o acesso, a permanência (no sentido juspedagógico) e, sobretudo, a possibilidade de alcance de resultados (sucesso acadêmico), que consiste no alcance dos objetivos precípuos da educação: o domínio da leitura, da escrita e do cálculo. Contudo, educandos com necessidades educacionais especiais ainda que *sem condição de permanência e aprendizagem* nas classes comuns do ensino regular deverão ser matriculados nestas classes – e no AEE no contraturno; e, uma vez que não reúnem condições de alcançar o sucesso acadêmico, ali permanecerão apenas para socializar, o que viola, flagrantemente, o princípio da equidade em razão da medida sabidamente infrutífera e deliberadamente aplicada.

O art. 170, parágrafo único, da CR, também foi hostilizado pelo EPD, na medida em que o Estado ignorou *o livre exercício de atividade econômica por particular consubstanciado na dispensa de autorização estatal* e impôs o exercício de atividade econômica em forma específica, a saber: a oferta de ensino especial na modalidade AEE.

O §1º, do art. 28, do EPD foi questionado nos autos da ADI 5.357, intentada pela CONFENEN, que, conservada nos se exatos termos, propugnava a “inconstitucionalidade do § 1º do artigo 28 e do artigo 30, ‘caput’, especialmente, expressão ‘PRIVADA’, todos da Lei nº 13.146 de 6/7/2015”¹⁴⁴, por aviltarem, a seu sentir, os arts. 5º, *caput* e incisos XXII e XXIII; 170, II e III; 205; 206, *caput* e incisos II e III; 208; 209 e 227, *caput*, § 1º, II; todos da Constituição da República.

A ADI 5.357 foi julgada improcedente por maioria de votos, sob o entendimento de que o EPD se coaduna com a Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Vencido o Ministro Marco Aurélio. A ADI 5.357 transitou em julgado em 28 de março de 2017, tornando imutável a decisão proferida pelo STF.

Assim, sobre o questionamento se é possível submeter lei que teve sua constitucionalidade declarada pelo STF a um novo juízo de constitucionalidade, a doutrina admite que uma interpretação evolutiva da lei é um imperativo das sociedades modernas marcadas pelo dinamismo e aquiesce no sentido de que uma questão já decidida em sede de controle de constitucionalidade deve ceder diante de circunstâncias relevantes, como, por

¹⁴⁴ Petição inicial da CONFENEN. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadordpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4818214> – acesso em 04/05/2023.

exemplo, alterações constitucionais, legislativas, doutrinárias, bem como transformações políticas, econômicas e sociais que inaugurem novas percepções jurídicas.

As perspectivas apresentadas neste trabalho de desestruturação do sistema de ensino, de supressão de institutos juspedagógicos e prerrogativas técnicas, bem como as inconstitucionalidades, não coincidem com aquelas que embasaram a tese suscitada no bojo do ADI 5.357, e por se tratar de uma nova concepção jurídica, é legítima a sua abordagem em eventual ADI que pretenda rediscutir a constitucionalidade do EPD, agora sob este novo prisma revelador de inconstitucionalidade congênita.

Conclui-se, ainda, que é legítimo o exercício de controle difuso de constitucionalidade sobre o EPD, com base no quanto estabelecido no art. 5º, XXXV, da CR, que não admite qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito seja impedida de aportar no Judiciário, seja o instrumento lesivo lei, súmula vinculante ou precedente.

Em sede de controle difuso, o órgão julgador poderá declarar a inconstitucionalidade de lei – ou dispositivo – anteriormente declarada constitucional valendo-se das técnicas de *distinguishing* ou de *anticipatory overruling*, que revelarão, respectivamente, peculiaridades distintivas entre os casos paradigmas que não admitam a mesma solução ou mudanças no cenário social ou jurídico que revelem superado o precedente e ineficaz à composição do conflito.

Sendo a declaração de inconstitucionalidade medida extrema à luz do princípio da presunção de constitucionalidade das leis, conclui-se que, promove justa acomodação do EPD ao ordenamento jurídico brasileiro a *interpretação conforme a constituição com redução de texto* – consubstanciada na supressão do termo “obrigatoriamente” do §1º do art. 28 do EPD – revigorará o regime de colaboração das instituições de ensino privadas de qualquer nível e modalidade com as instituições de educação especial, não limitará a liberdade de escolha da iniciativa privada quanto a modalidade de ensino (art. 209, da CR); promove a igualdade material respeitando-se o nível de comprometimento de aprendizado provocado pela deficiência intelectual; não restringe a prerrogativa dos estabelecimentos de ensino em atestar a possibilidade de integração e promove a inclusão educacional.

Em complemento, a interpretação conforme com redução de texto, plasmada na supressão do termo “obrigatoriamente” do §1º do art. 28 do EPD, retira-lhe a pretensão revocatória quanto ao inciso III do art. 4º, o §2º do art. 58, da LDBEN, ressuscitando-os para o ordenamento jurídico, com os seus institutos juspedagógicos estruturantes do sistema de ensino e essenciais à promoção da igualdade material aos educandos com necessidades educacionais especiais.

Indigitar inconsistências num diploma tão bem acolhido socialmente e bem-intencionado não é tarefa fácil e atrai sobre o Direito a reputação de frio e insensível, porém também é papel do Direito debelar esperanças vãs prometidas à sociedade por meio de leis ou interpretações que podem até ter aparência de figueira frondosa, mas que negam o figo.

REFERÊNCIAS

- ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012.
- ABBOUD, Georges. **Sentenças interpretativas, coisa julgada e súmula vinculante: alcance e limites dos efeitos vinculante e *erga omnes* na jurisdição constitucional**. Dissertação de Mestrado em Direito. São Paulo: PUC/SP, 2009. Disponível em <https://l1nq.com/SkyAx> – acesso em 05/05/2023.
- ADORNO, Theodor. **Educação e Emancipação**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995.
- ADRI, Renata Porto. **O planejamento da atividade econômica como dever do Estado**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- AGRA, Walber de Moura. **Aspectos Controvertidos do controle de constitucionalidade**. Salvador: JusPodivm, 2008.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.
- AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION. **Manual diagnóstico e estatístico de transtornos mentais** [recurso eletrônico]: DSM-5 / tradução: Maria Inês Corrêa Nascimento [et al.] Porto Alegre: Artmed, 2014.
- AMERICAN ASSOCIATION ON INTELLECTUAL AND DEVELOPMENTAL DISABILITIES. **Intellectual disability, definition, classification, and systems of supports**. 11ª ed. Washington (DC), 2010.
- ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de; PEIXOTO, Ravi. Flexibilidade, *Stare Decisis* e o Desenvolvimento do *Anticipatory Overruling* no Direito Brasileiro. In: **Revista de Processo**, Ano 39, vol. 236, out. 2014.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.
- BARROS, Sérgio Resende de. **Contribuição Dialética ao Constitucionalismo**. Campinas: Millennium Editora, 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 7ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.
- _____. **O Novo Direito Constitucional Brasileiro: Contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013.
- _____. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 2ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro**. REVISTA DA AGU. Brasília: AGU, ano 15, n. 3, jul./set. 2016.
- BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento : uma leitura a partir da Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.
- BEYER, Hugo Otto. **Inclusão e Avaliação na escola de alunos com necessidades educacionais especiais**. Porto Alegre : Editora Mediação, 2005.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10. ed. (tradução de Maria Celeste C. J. Santos). Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

BÖKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Escritos sobre Derechos Fundamentales**. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 15ª ed. rev. e atual. São Paulo: SaraivaJur, 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)].

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 3**, de 17, de março de 1993.

BRASIL. **Lei nº 9.394**, de 20 de dezembro de 1996.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação n. 1.987**. Reclamante: Governador do Distrito Federal. Reclamado: Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. Intimado(a): Edmayre Gomide Lima Jesus, relator: Min. Maurício Corrêa. Brasília, 1º de outubro de 2003. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1985465>. Acesso em 06/02/2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação n. 10.604**. Reclamante: Joaquim Domingos Roriz. Reclamado: Tribunal Superior Eleitoral, relator: Min. Ayres Brito. Brasília, 9 de setembro de 2010. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=17769205&ext=.pdf>. Acesso em 06/02/2023.

BRASIL. **Lei nº 13.146**, de 6 de julho de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.245**. Requerente: Confederação Nacional da Indústria – CNI. Intimado(a): Congresso Nacional, relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 25 de março de 2015. Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur371119/false>. Acesso em 06/02/2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.439**. Requerente: Procuradoria Geral da República. Intimado(as): Presidente da República e Congresso Nacional, Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Relator do acórdão: Min. Alexandre de Moraes. Brasília, 27 de setembro de 2017. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3926392>. Acesso em 07/02/2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.357**. Requerente: Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino – CONFENEN. Intimado(a): Presidente da República, relator: Min. Edson Fachin. Brasília, 09 de junho de 2016. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4818214>. Acesso em 05/02/2023.

BRASIL. Ministério da Educação. **Diretrizes operacionais da educação especial para o atendimento educacional especializado na educação básica**.

BRASIL. **Decreto nº 7.611**, de 17 de novembro de 2011.

BRASIL. **Portaria Normativa nº 13**, de 24 de abril de 2007, do Ministério da Educação e Cultura.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Política Nacional de Saúde da Pessoa com Deficiência**.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2000.

- CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 18ª ed., rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.
- CASTILHO, Ricardo. **Ensino a distância: interatividade e método**. São Paulo: Editora Atlas, 2011.
- CIRINO, Giovanni. **A inclusão social na área educacional**. São Paulo: Cengage Learning, 2016.
- COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 12ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2019.
- DELORS, Jacques. **Educação: Um Tesouro a Descobrir**. São Paulo: Cortez Editora, 1997.
- DI DIO, Renato Alberto Teodoro. **Contribuição à sistematização do direito educacional**. Taubaté: Imprensa, 1982.
- DIMOULIS, Dmitri. LUNARDI, Soraya. **Curso de Direito Constitucional : Controle de constitucionalidade e remédios constitucionais**. 4ª ed. Rev. Atual. e Ampl. São Paulo: Atlas, 2016.
- DINIZ, Maria Helena. **As Lacunas no Direito**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002
- _____. **Conflito de Normas**. 6ª ed. atual. de acordo com o novo código civil (Lei n. 10.406/2002). São Paulo: Saraiva, 2005.
- _____. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- DURKHEIM, Émile. **Educação e Sociologia**. Petrópolis: Editora Melhoramentos, 2011.
- FÁVERO, Eugênia Augusta Gonzaga. **Direito à Educação das Pessoas com Deficiência**. Revista CEJ.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2019.
- FRAUCHES, Celso da Costa; FAGUNDES, Gustavo M. **LDB Anotada e Comentada e Reflexões Sobre a Educação Superior**. Brasília, DF: ILAPE, 2007.
- GIL, Antonio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2019.
- GOMES, Magno Federici. **Direito Educacional Superior**. Curitiba: Juruá, 2012.
- HERANI, Renato Gugliano. Modulação dos efeitos repristinatórios – O caso Funrural. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC**, Belo Horizonte, ano 8, n. 29, p. 337-369, maio/ago. 2014.
- HENTZ, Paulo. O Princípio Federativo e o Regime de Colaboração. Disponível em <https://shre.ink/cLpf> – acessado em 05/03/2015.
- LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3ª ed. Lisboa: Fundação Caloute Gulbenkian, 1991.
- LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 22ª ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- LIBÂNEO, José Carlos. **Didática**. São Paulo: Cortez Editora, 2006.
- LUNARDI, Soraya. Teoria do Processo Constitucional: Análise de sua Autonomia, Natureza e Elementos. São Paulo : Editora Atlas, 2013.

MALISKA, Marcos Augusto. In: CANOTILHO, Joaquim José Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MANERO, Juan Ruiz. Algumas concepções de Direito e suas lacunas. **Seqüência**, n. 61, p. 31-60, dez. 2010.

MANTOAN, Maria Teresa Eglér. **Inclusão Escolar: O que é? Por quê? Como fazer?** São Paulo. Editora Moderna, 2003.

MARINHO, Josaphat. **Planejamento como controle do poder**. R. De Direito Público, São Paulo, n. 95, p. 22-27, 1990.

MARINONI, Luiz Guilherme; SARLET, Ingo Wolfgang; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARTEL, Letícia de Campos Velho. SUR - **Revista Internacional de Direitos Humanos**, v. 8, n. 14, jun. 2011.

MARTINS, Flávio. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

MARTINS, Ives Gandra; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade: comentários à Lei nº 9.868, de 10-11-1999**. São Paulo: Saraiva, 2001.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Constituição Federal comentada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MELO, João Ozório de. Estados Unidos discutem se mais leis devem ter prazo de validade. **Revista Consultor Jurídico**, 16 de julho de 2019. Disponível em: <https://bitlybr.com/X1b0i0>, acesso em 27/05/2023

MENEZES, Ebenezer Takuno de; SANTOS, Thais Helena dos. Verbete sistema estadual de ensino. *Dicionário Interativo da Educação Brasileira - Educabrazil*. São Paulo: Midiamix, 2001. Disponível em: <<http://www.educabrazil.com.br/sistema-estadual-de-ensino/>>. Acesso em: 06/02/2023.

MESSEDER, Hamurabi. **Entendendo a LDB**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes; MENDES, Gilmar Ferreira; WALD, Arnoldo. **Mandado de Segurança e Ações Constitucionais**. 36 ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2014.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 45. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional**. 5ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2014.

NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

PEREIRA, Antonio Jorge da Silva; SILVA, Cinthya Nunes Vieira da; MACHADO, Décio Lencioni; COVAC, José Roberto; FELCA, Marcelo Adelqui (coord.). **Direito Educacional – Aspectos Práticos e Jurídicos**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

PIACENTIN, Antonio Isidoro (2013). **Direito e educação – reflexões críticas para uma perspectiva interdisciplinar**. São Paulo: Saraiva, 2013.

PIAGET, Jean. **Sobre a pedagogia**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 1998.

PILETTI, Nelson. **História da Educação no Brasil**. 6. ed. São Paulo: Ática, 1996.

PIOVESAN, Flávia. In: DIAZ, Joelson [et al] (Org.). **Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência : Novos Comentários**. Brasília, Presidência da República, 2014.

RAMOS, Elival da Silva. **A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção**. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. **Controle de Constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução**. São Paulo: Saraiva, 2010.

RIBEIRO, Luiz Lauro Gomes. **Direito Educacional** – Educação Básica e Federalismo. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

SEGALLA, Juliana Izar Soares da Fonseca. **Inclusão não é favor nem bondade**. São Paulo: Matrioska Editora, 2021.

SGARBI, Adrian. Revogação. In: **Enciclopédia jurídica**. CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://shre.ink/cLwB> - acesso em 20/01/2023.

SILVA, Otto Marques da. **Epopeia Ignorada** (A Pessoa Deficiente na História do Mundo de Ontem e de Hoje). São Paulo: CEDES, 1987.

SILVA, R.F., ARAÚJO, P.F., DUARTE, E. Inclusão educacional: uma roupa nova para um corpo velho. <http://www.efdeportes.com/efd69/inclusao.html>. Buenos Aires: efdeportes, Revista Digital a. 10 n. 69, febrero 2004^a – acessado em 10/02/2023.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 40^a ed. rev. atual. / até a Emenda Constitucional nº 95, de 15.12.2016. São Paulo: Malheiros Editores, 2017.

SILVA, José Afonso da. **Comentários Contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

SITOE, Reginaldo Manuel. Aprendizagem ao Longo da Vida: Um conceito utópico? In **Comportamento Organizacional e Gestão**, 2006, vol. 12, nº 2.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Aspectos Jurídicos do Planejamento Econômico. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1997.

SOUZA, Motauci Ciocchetti de. **Direito Educacional**. São Paulo: Editora Verbatim, 2010.

STAINBACK, Susan; STAINBACK, William. **Inclusão: Um guia para Educadores**. Porto Alegre: Artmed, 1999.

STRECK, Lenio Luiz. Resposta adequada à Constituição (resposta correta). In: **Dicionário de Hermenêutica: Quarenta temas fundamentais da teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017.

TAVARES, André Ramos. Curso de direito constitucional. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

TEIXEIRA, Anísio. **Educação é um direito**. Rio de Janeiro: UFRJ, 1996.

THAMAY, Rennan; GARCIA JUNIOR, Vanderlei; FROTA JR., Clóvis Smith. **Precedentes Judiciais**. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

TRINDADE, André. **Direito Educacional sob uma ótica sistêmica**. Curitiba: Juruá, 2007.