

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO**

**DIREITOS E GARANTIAS DE PESSOAS COM TRANSTORNO DO ESPECTRO
AUTISTA: A (NÃO) INCLUSÃO EDUCACIONAL COM BASE NAS LEIS 12.764/12 E
13.146/15**

ROBERTO SEGADE DE LACERDA RUIVO

Rio de Janeiro

2022

ROBERTO SEGADE DE LACERDA RUIVO

**DIREITOS E GARANTIAS DE PESSOAS COM TRANSTORNO DO ESPECTRO
AUTISTA: A (NÃO) INCLUSÃO EDUCACIONAL COM BASE NAS LEIS 12.764/12 E
13.146/15**

Projeto de Monografia de final de curso,
elaborado no âmbito da graduação em Direito
da Universidade Federal do Rio de Janeiro,
como pré-requisito para obtenção do grau de
bacharel em Direito, sob a orientação da
Professor Dr. Rafael Esteves Frutuoso.

Rio de Janeiro

2022

CIP - Catalogação na Publicação

SR934d Segade de Lacerda Ruivo, Roberto
DIREITOS E GARANTIAS DE PESSOAS COM TRANSTORNO
DO ESPECTRO AUTISTA: A (NÃO) INCLUSÃO EDUCACIONAL
COM BASE NAS LEIS 12.764/12 E 13.146/15 / Roberto
Segade de Lacerda Ruivo. -- Rio de Janeiro, 2022.
99 f.

Orientador: Rafael Esteves Frutuoso.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2022.

1. Direitos e Garantias da pessoa com TEA. 2.
Lei 12.764/12. 3. Lei 13.146/15. I. Esteves
Frutuoso, Rafael, orient. II. Título.

ROBERTO SEGADE DE LACERDA RUIVO

**DIREITOS E GARANTIAS DE PESSOAS COM TRANSTORNO DO ESPECTRO
AUTISTA: A (NÃO) INCLUSÃO EDUCACIONAL COM BASE NAS LEIS 12.764/12 E
13.146/15**

Projeto de Monografia de final de curso,
elaborado no âmbito da graduação em Direito
da Universidade Federal do Rio de Janeiro,
como pré-requisito para obtenção do grau de
bacharel em Direito, sob a orientação da
Professor Dr. Rafael Esteves Frutuoso.

Aprovado em ____ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA:

Rafael Esteves Frutuoso, Orientador (UFRJ/FND)

Cíntia Muniz de Souza Konder, Membro da Banca (UFRJ/FND)

Sabrina Jiukoski, Membro da Banca (UFRJ/FND)

RESUMO

O presente trabalho busca analisar, sob o prisma da eficácia social, as Leis nº 12.764/12 e nº 13.146/15. Embora ambos os diplomas legais tenham exercido papel importante na luta pela inclusão de pessoas com Transtorno do Espectro Autista, carecem ainda de uma maior eficácia social para que se possa aproximar a realidade fática vivenciada por essa minoria do que se tem estabelecido como direito à educação, um direito fundamental social, garantido constitucionalmente como direito de todos, cabendo ao Estado fornecê-lo obrigatoriamente na rede de ensino regular com o devido Atendimento Educacional Especializado, fornecido de forma gratuita para os alunos com essa necessidade. Para que se possa atingir esse objetivo é importante que os comandos e orientações dessas Leis não possibilitem diferentes interpretações sobre o seu real propósito, exigindo cuidado e clareza ao legislar em prol de direitos fundamentais como a dignidade da pessoa humana e o direito à educação.

Palavras-chave: Transtorno do Espectro Autista, educação inclusiva, recusa de matrícula, discriminação, atendimento educacional especializado, deficiência, eficácia social, direito fundamental.

ABSTRACT

The present academic work seeks to analyze, under the prism of social effectiveness, the Laws number 12.764/12 and number 13.146/15. Although both legal diplomas have played an important role in the struggle for the inclusion of people with Autism Spectrum Disorder, they still lack greater social effectiveness in order to approach the factual reality experienced by this minority of what has been established as the right to education, a fundamental social right, constitutionally guaranteed as a right for all, and it is up to the State to provide it obligatorily in the regular education network with the appropriate Specialized Educational Service, provided free of charge to students with this need. In order to achieve this objective, it is important that the commands and guidelines of these Laws do not allow different interpretations of their real purpose, requiring care and clarity when legislating in favor of fundamental rights such as the dignity of the human person and the right to education.

Keywords: Autism Spectrum Disorder, inclusive education, denial of enrollment, discrimination, specialized educational assistance, disability, social effectiveness, fundamental right.

LISTA DE ABREVIATURAS

AEE	Atendimento Educacional Especializado
CF	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
LBI	Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência
LDB	Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional
PL	Projeto de Lei
PNE	Plano Nacional de Educação
TEA	Transtorno do Espectro Autista

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	4
CAPÍTULO I: ASPECTOS JURÍDICO-LEGAIS DA EDUCAÇÃO INCLUSIVA	12
1.1 O DIREITO À EDUCAÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL.....	12
1.1.1 Direitos fundamentais de “segunda dimensão”	12
1.1.2 Direitos fundamentais de “terceira dimensão”	13
1.1.3 O conceito de direitos fundamentais	13
1.1.4 Direitos sociais como direitos fundamentais	15
1.1.5 O direito social à educação	19
1.2 A EFICÁCIA DA NORMA	22
1.2.1 O limite da reserva do possível	27
1.2.2 O direito ao mínimo existencial	29
1.3 ACORDOS INTERNACIONAIS	32
1.4 NORMAS CONSTITUCIONAIS E INFRACONSTITUCIONAIS	36
1.4.1 O problema do termo “preferencialmente” e do art. 58, § 2º, da LDB	47
CAPÍTULO II: LIMITAÇÕES DAS LEIS Nº 12.764/12 E Nº 13.146/15	52
2.1 A (RECUSA DE) MATRÍCULA	52
2.2 A (FALTA DE) CAPACITAÇÃO PROFISSIONAL	60
2.3 A CONTROVÉRSIA DO ACOMPANHANTE ESPECIALIZADO	66
2.4 O ART. 8º, I, DA LEI Nº 7.853/89 (ALTERADO PELA LEI Nº 13.146/15)	75
CONCLUSÃO	80
REFERÊNCIAS	86

INTRODUÇÃO

O Transtorno do Espectro Autista (TEA) é um distúrbio do neurodesenvolvimento que causa um *déficit* na tríade comportamental – comprometimentos na comunicação, dificuldades na interação social e atividades restrito-repetitivas – e que possui alta complexidade, pois não há um padrão fixo para ele. (CUNHA, 2017, p. 12 – 16)

O TEA se caracteriza pela existência de distintos graus ou níveis (leve, moderado e severo), os quais compõem o espectro do transtorno. (CUNHA, 2017, p.23)

Dentro da tríade comportamental, o comprometimento na área da comunicação é o *déficit* mais presente, tanto em sinais verbais, bastante limitados, quanto em gestuais, estes por vezes inexistentes, tendo em vista que a pessoa não atribui valor simbólico a eles. (CUNHA, 2017, p. 17)

Quanto aos sintomas, não seguem um padrão rígido, eis que podem variar de uma criança para outra, sendo esse um dos motivos dificultadores da elaboração de um perfil único e exclusivo para o transtorno. (CUNHA, 2017, p. 18)

A comunicação é um dos canais mais importantes para o processo de aprendizagem realizado na escolarização. Através dela, o educador irá transferir o seu conhecimento e trabalhará o desenvolvimento do educando.

A relação com o mundo exterior tem grande importância para o aprendizado e para a inteligência, que não se resume ao que foi herdado. É por meio de seu relacionamento com o mundo exterior que o indivíduo aprende os nomes dos objetos e suas funções utilitárias e simbólicas (do campo lúdico). Porém, no transtorno do espectro autista, como a interação social é prejudicada, contribui muito pouco para a cognição do indivíduo portador desse transtorno. Em pessoas com TEA, o conhecimento não atinge toda essa amplitude, restringindo-se ao campo sensorial, o que reflete diretamente na compreensão que o indivíduo passa a ter dos objetos, vistos apenas sob o prisma de suas funções sensoriais. Com efeito, a forma de um autista se relacionar com o mundo exterior é bastante própria. Ele interage de forma diferente com as pessoas, inclusive com os pais, e a relação com os objetos, a forma de manuseá-los, também é incomum. Tudo isso gera problemas cognitivos que se manifestam na fala, na escrita

e em outras áreas, já que possuem dificuldades para simbolizar, nomear e desenvolver a linguagem. (CUNHA, 2017, p. 19-20)

Em razão disso, é fundamental que os profissionais da escola estejam preparados para identificar alunos com transtorno do espectro autista, uma vez que é no ambiente escolar que, comumente, os casos de TEA são percebidos pela primeira vez, antes do reconhecimento pela própria família. (CUNHA, 2017, p. 21-22)

Igualmente, é imprescindível que professores tenham a capacidade de lidar com as dificuldades oriundas do TEA, especialmente na comunicação, sabendo compatibilizar técnicas especializadas para se adequar a toda a gama espectral do transtorno, desde indivíduos de grau leve até os de grau severo.

Assim, a condução do aprendizado na escola deve se dar com base no afeto e em estímulos peculiares do aluno, ou seja, tomando como referencial o educando e suas características particulares, o que exige, por parte da escola, uma observação atenta quanto ao grau do transtorno. (CUNHA, 2017, p. 21-22)

Nesse sentido, o Atendimento Educacional Especializado (AEE) nas escolas regulares é de suma importância para uma efetiva educação de indivíduos com TEA. Sem ele, esses indivíduos encontrarão escolas sem adaptações estruturais e sem profissionais capacitados que, em vez de assegurar uma educação inclusiva, capaz de desenvolver ao máximo a pessoa humana e sua cidadania, acabam constituindo-se em obstáculos à efetivação dos direitos à educação dessa parcela da sociedade. Esse atendimento deve ser individualizado, concentrando todos os esforços na desconstrução das barreiras específicas de cada aluno portador do TEA e suas características particulares.

A educação institucional é uma etapa fundamental para o desenvolvimento do ser humano. A construção de um pensamento crítico, a capacidade de relação interpessoal, o autocontrole emocional e a habilidade de interpretar informações são algumas das ferramentas ensinadas durante essa etapa que irão auxiliar o indivíduo, durante a sua vida, a viver em sociedade de forma harmônica e significativa.

Além disso, é importante destacar que a história é marcada pela rejeição às diferenças e pelo repúdio às pessoas com deficiência, que, em todos os lugares e épocas, sempre sofreram forte discriminação e alijamento dos convívios familiar e social.

Não obstante, hoje possuímos mecanismos legais que visam a assegurar o direito de inclusão dessa minoria na educação básica, o qual não se trata de um direito novo a ser logrado, mas, sim, um direito garantido pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF) e por normas infraconstitucionais.

Estudos e pesquisas conduzidos em diversos países apontam que, além de a maioria dos alunos sem necessidades especiais não sofrer prejuízo com a inclusão de estudantes com algum tipo de deficiência, pode ser beneficiada pela interação com eles (KALAMBOUKA et al., 2007apudHEHIR, et al., 2016, p. 11; SALEND & DUHAENEY, 1999apudHEHIR, et al., 2016, p. 12), sendo indispensáveis, para tanto, a qualificação de professores e a adoção de intervenções coordenadas no âmbito escolar (GOTTFRIED, 2014apudHEHIR, et al., 2016, p. 14).

Não obstante os evidentes benefícios trazidos pela educação inclusiva e ações afirmativas, persiste o receio de que a presença de alunos com deficiência em sala de aula, acompanhada das modificações e/ou acomodações necessárias, possa prejudicar seus colegas sem deficiência, pensamento esse evidente, por exemplo, na fala do atual Ministro da Educação, Milton Ribeiro, ao afirmar que, “do total de 1,3 milhões de crianças com deficiência que estudam em escolas públicas, 12% possuem um grau de deficiência que é impossível a convivência” (ALVES, 2021).

A Lei nº 12.764/12 (BRASIL, 2012), ou Lei Berenice Piana, prevê o direito dos portadores do transtorno do espectro autista (TEA) ao acesso à educação especial na rede regular de ensino e ao ensino profissionalizante, garantindo também à pessoa com esse transtorno atendimento educacional especializado (AEE) e, em casos de comprovada necessidade, o direito a acompanhante especializado durante a atividade escolar, a cargo da própria instituição de ensino, seja ela pública ou privada.

Contudo, ainda é bastante significativo o número de casos judicializados e de relatos, por parte dos veículos de informação, de pais que têm a matrícula de seus filhos com TEA recusada

em escolas brasileiras, questão abordada também em literatura acadêmica, conforme apontado por André de Carvalho Ramos (2018):

A situação de vulnerabilidade é evidente para esse grupo de pessoas, historicamente marginalizadas ou mesmo perseguidas. Na atualidade da realidade brasileira, há vários exemplos de desrespeito à igualdade material e discriminação das pessoas com deficiência: os inúmeros relatos de pais que recebem da escola a recusa de matrícula ou mesmo o “convite” para retirar o filho cuja deficiência foi detectada evidenciam que a “era das discriminações” não acabou. A falta de acesso educacional adequado marcará toda a vida da pessoa com deficiência, gerando outras exclusões (do mercado de trabalho, da vida social etc.), em um ciclo vicioso de segregação e inferiorização. (RAMOS, 2018, p.110).

Constata-se também a reiterada inobservância, pelas instituições de ensino, à diretriz de incentivo à formação e à capacitação de profissionais especializados no atendimento à pessoa com Transtorno do Espectro Autista, bem como a pais e responsáveis, conforme preceituado não só na Lei Berenice Piana, mas também na Lei nº 13.146/2015 (BRASIL, 2015), ou Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (LBI).

Em se tratando de portador de TEA, o tipo de atendimento especializado pode variar de acordo com a graduação em que o indivíduo se encontra no espectro, pois existe uma gama diversa de composições patológicas conexas ao transtorno em cada caso particular. Nesse sentido, o TEA exige do profissional da educação a devida capacitação, agindo desigualmente em relação aos desiguais, na medida de suas desigualdades, e se adaptando às diferenças, de modo a promover uma educação de qualidade para todos os alunos.

Saliente-se, nesse tocante, que, mesmo quando há disponibilização de atendimento individualizado e especializado, ou qualificado, não raro a instituição transfere aos pais do aluno com TEA o ônus de arcar com os custos do monitor exclusivo e de materiais adaptados, cobrando-lhes o pagamento de valores adicionais ou excedentes (FULGÊNCIO, 2014; REVISTA CONSULTOR JURÍDICO, 2017; ONOFRE, 2021), o que, desde 2015, constitui crime punível com reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos e multa, a teor do art. 8º, I da Lei 7.853/89 (BRASIL, 1989), alterado pelo art. 98 da LBI.

Além disso, os indivíduos com TEA que necessitam de acompanhante especializado, alguns até mesmo de forma exclusiva, têm enfrentado barreiras quase que intransponíveis na obtenção desse direito, em razão de entendimentos divergentes, tanto no Executivo quanto no Judiciário, acerca dos elementos indispensáveis à comprovação da necessidade.

Apesar de suas lacunas e inconsistências, não se pode negar que a Lei Berenice Piana representa um marco legal importantíssimo nesse processo evolutivo do direito das pessoas com TEA à educação inclusiva; porém, conforme resultado da pesquisa realizada por Fernandes (2020), em média 90% (noventa por cento) das pessoas que responderam ao formulário disseram que não acreditam no cumprimento integral dos direitos e garantias dos portadores de TEA, que consideram a legislação insuficiente, que o direito à educação carece de maior atenção e proteção do poder público e que a inclusão social dos autistas no Brasil não é verdadeiramente exercida.

No âmbito criminal, em que pese a LBI tenha alterado o art. 8º, I da Lei nº 7.853/89, **aumentando** a pena de reclusão e constituindo crime a recusa de inscrição de aluno em razão de sua deficiência, **independentemente de justa causa**, bem como a cobrança de valores adicionais, a capacidade inibitória da norma e sua aplicação em casos concretos não se apresentam nos níveis desejados para atingir sua finalidade precípua.

Apesar da existência de uma extensa lista de diplomas legais voltados à proteção dos interesses individuais de pessoas com TEA, esses mecanismos não têm cumprido de forma efetiva sua finalidade no âmbito da educação, sendo imperioso perquirir acerca da eficácia social dos arts. 2º, VII, 3º, parágrafo único e 7º da Lei nº 12.764/12 e do art. 8º, I da Lei 7.853/89, alterado pela Lei 13.146/15.

Mesmo com os esforços legislativos que marcaram a última década para beneficiar as pessoas com TEA com uma educação mais inclusiva, episódios recorrentes de exclusão figuram em diversos julgados e veículos midiáticos, o que se atribui em grande parte à ineficácia das normas, cuja redação inadequada, que será examinada no presente trabalho, acaba por colocar a justiça social para com as pessoas com TEA à mercê da discricionariedade e boa vontade do Poder Público. Como consequência, mantêm-se erguidas as indesejáveis barreiras que dificultam a realização, em sua plenitude, da garantia dos direitos desse grupo vulnerável, especialmente no processo de inclusão educacional, área “em que a pessoa com Transtorno do Espectro Autista necessita de mais atenção e proteção do poder público” (FERNANDES, 2020, p. 130).

Registre-se, a propósito, que, de acordo com o Parecer de Comitê da Organização das Nações Unidas sobre educação inclusiva (Comentário Geral nº 4), emitido em 2016, não basta “inserir estudantes com deficiência em salas de aula tradicionais”, é preciso também promover uma “reforma sistêmica” na educação, o que, infelizmente, ainda não aconteceu no Brasil (MANTOAN, FIGUEIREDO, & PRATA, 2017, Capítulo II: Conteúdo Normativo do Artigo 24, item 15, tradução nossa), apesar de haver políticas públicas nesse sentido.

Em outras palavras, para que se dê maior efetividade a esse direito fundamental de pessoas que demandam uma educação especial, com resultados positivos também para aqueles que dela não necessitam, é indispensável que se assegure, nas instituições de ensino, a adoção de práticas pedagógicas e medidas de apoio apropriadas, de acordo com as características e necessidades individuais do estudante com deficiência, pois o simples ingresso desse aluno na rede regular de ensino sem que o sistema esteja preparado para recebê-lo não importa, realmente, em inclusão.

Da análise das políticas públicas de educação inclusiva voltadas ao indivíduo com TEA, busca-se comprovar a tese de que os mecanismos legais hoje existentes no Brasil não garantem efetivamente o acesso desses indivíduos à educação nas redes de ensino regular, bem como não possuem capacidade de inibir as condutas excludentes praticadas reiteradamente pelas instituições, sendo imprescindível o aprimoramento dos textos legais.

Conforme se extrai de recentes julgados e notícias veiculadas pela mídia, o cenário de capacitação profissional revela-se desconexo com o ordenamento jurídico pátrio, tendo evoluído muito pouco se comparado ao resultado de duas pesquisas: uma realizada com 106 instituições entre 2011 e 2012, a qual foi disponibilizada em 2013 no livro **Retratos do Autismo no Brasil** (MELLO, et al., 2013, p. 39); e outra realizada, em 2019, através da ferramenta **Google Forms** e disponibilizada no livro **Autismo e Direito: Dos direitos e garantias das pessoas com transtorno do espectro autista no ordenamento jurídico brasileiro** (FERNANDES, 2020, p. 122).

Além de a falta de profissionais capacitados ainda servir de justificativa para a inadmissão de indivíduos com TEA nas instituições de ensino, continua impedindo que alunos portadores desse transtorno desenvolvam, dentro das instituições, todo o seu potencial no processo de aprendizagem.

Outrossim, a baixa eficácia social na aplicação da multa de 3 (três) a 20 (vinte) salários-mínimos para recusa de matrícula, prevista na Lei nº 12.764/2012, é patente tanto nos casos de escolas públicas quanto de privadas.

No caso das instituições públicas de ensino, ao negarem matrícula de alunos com TEA, o Estado deverá aplicar a penalidade, em face do descumprimento das Leis de proteção ao direito das pessoas com deficiência, punindo a si próprio pela sua ineficiência, o que, nem sempre, ocorre de forma voluntária na seara administrativa contra o gestor, obrigando o indivíduo a recorrer ao Judiciário, onde enfrenta inúmeras dificuldades para comprovação do ato discriminatório.

Já nos casos de instituições particulares, o valor da multa não possui um impacto significativo quando comparado com o gasto que a instituição teria em desenvolver uma estrutura mais bem adaptada para os alunos deficientes e na contratação de mais profissionais capacitados, ou capacitação dos já contratados.

Por fim, o art. 8º, I, da Lei nº 7.853/89 prevê como crime punível com reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos e multa “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” (BRASIL, 1989).

Entretanto, apesar de, em tese, representar uma maior repressão estatal, o referido dispositivo legal não tem se mostrado eficaz no combate a práticas discriminatórias no âmbito da rede regular de ensino dada a dificuldade de se comprovar o ilícito penal em razão da precariedade, ou inadequação, de alguns comandos insertos nas próprias Leis nº 12.764/12, nº 13.146/2015 e nº 7.853/89 (alterada pela Lei nº 13.146/2015).

É inegável, ainda, a importância do art. 208, III da CF e do art. 4º, III da Lei de Diretrizes e Bases (LDB), ou Lei nº 9.394/96 (BRASIL, 1996), para a educação inclusiva. Porém, a interpretação comumente dada pelo poder público ao termo “preferencialmente” neles contido tem causado a perpetuação, em certa medida, do tratamento discriminatório dispensado às pessoas com TEA, já que, para o Estado, o atendimento educacional especializado é um serviço

que, se não puder ser prestado em escolas públicas da rede regular, poderá sê-lo em classes comuns de escolas particulares ou em escolas especiais.

À luz dessa realidade é que se tem admitido até hoje, nas searas administrativa e judicial, a aplicação do malfadado art. 58, § 2º da Lei 9.394/96, que, textualmente, fere o direito de toda e qualquer pessoa com deficiência, independentemente da gravidade de sua condição, estar matriculada e permanecer em instituição educacional da rede regular de ensino, recebendo lá – e não em escola especial – o atendimento especializado de que necessita.

Em suma, o objetivo geral do trabalho é evidenciar uma baixa eficácia social das políticas públicas de inclusão do indivíduo com TEA na educação, promovidas pelas Leis nº 12.764/12 e nº 13.146/15, principalmente no que tange ao atendimento especializado (capacitação profissional e acompanhante) na rede regular de ensino e à aplicabilidade das sanções previstas no art. 7º da Lei Berenice Piana e no art. 8º, I da Lei 7.584/89, alterado pela Lei nº 13.146/2015.

Na parte teórica, serão trabalhados os conceitos-chave dos institutos relacionados à matéria (direito fundamental, direito social e direito à educação), bem como a eficácia social das normas em questão, com enfoque em seus fatores limitadores, e a construção jurídico-legal do direito à educação inclusiva, nos âmbitos nacional e internacional, com destaque para as problemáticas limitadoras – oriundas do art. 58, § 2º, da LDB e do termo “preferencialmente”, ou “preferencial”, contido no art. 208, III, CF, nos arts. 4º, III, 58, *caput* e 60, parágrafo único, da LDB, no art. 54, III, da Lei nº 8.069/90 (BRASIL, 1990), ou Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), e no art. 1º, VII, do Decreto nº 7.611/2011 (BRASIL, 2011) – que afetam diretamente a eficácia das normas que serão tratadas no Capítulo II.

A fim de retratar a realidade atual, serão utilizados como fontes de informação, na análise de cada problema identificado, livros, artigos científicos, notícias e reportagens extraídas da mídia, legislação supracitada e julgados proferidos em todo o território nacional.

CAPÍTULO I: ASPECTOS JURÍDICO-LEGAIS DA EDUCAÇÃO INCLUSIVA

1.1 O DIREITO À EDUCAÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL

1.1.1 Direitos fundamentais de “segunda dimensão”

O professor Ingo Wolfgang Sarlet define os direitos fundamentais de “segunda dimensão” como aqueles que asseguram ao indivíduo “direitos a prestações sociais por parte do Estado, tais como prestações de assistência social, saúde, **educação**, trabalho etc., revelando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas”. (SARLET, 2021, p. 419)

Percebeu-se, no século XIX, em meio aos problemas sociais e econômicos causados pela Revolução Industrial, que a justiça social somente seria alcançada mediante a intervenção do Estado, já que o reconhecimento formal dos direitos de “primeira dimensão” – como os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade, que são direitos individuais, de cunho “negativo”, voltados à proteção do indivíduo contra a intervenção do Estado nas esferas individuais –, não logrou garantir, na prática, o seu “efetivo gozo”, gerando movimentos sociais que reivindicavam uma participação ativa do Estado, levando ao surgimento do Estado Social. (SARLET, 2021, p. 417-418)

Foi na segunda metade do século XX, entretanto, no segundo pós-guerra, que os direitos fundamentais de “segunda dimensão”, intimamente atrelado aos direitos de “primeira dimensão”, em especial a dignidade da pessoa humana e a igualdade, consagraram-se formalmente em pactos internacionais, textos constitucionais e legislações infraconstitucionais. Esses novos direitos fundamentais (de cunho positivo, porquanto voltados a uma conduta positiva dos poderes públicos) apresentam-se como direitos de conteúdo prestacional. (SARLET, 2021, p. 418)

Entretanto, os direitos de “segunda dimensão” abrangem também as chamadas “liberdades sociais” (de sindicalização e de fazer greve) e os direitos fundamentais dos trabalhadores (férias, repouso semanal remunerado, salário-mínimo, jornada de trabalho limitada, entre outros). Desse modo, apesar de não englobarem apenas direitos de conteúdo

prestacional, o que marca mesmo os direitos fundamentais de “segunda dimensão” é o seu caráter positivo. (SARLET, 2021, p. 419)

1.1.2 Direitos fundamentais de “terceira dimensão”

Os direitos fundamentais de solidariedade ou fraternidade são classificados como direitos de “terceira dimensão” e possuem conteúdo transindividual (metaindividual) ou universal (transnacional), não podendo ser atribuída ao “homem-indivíduo” sua titularidade. Tais direitos surgem de reivindicações no segundo pós-guerra resultantes dos impactos negativos de avanços tecnológicos, do sentimento de beligerância deixado pela II Guerra Mundial e do processo de descolonização iniciado após o evento mundial. (SARLET, 2021, p. 420)

A doutrina se divide quanto ao destinatário desses direitos, por vezes indefinido e indeterminável: para Celso Lafer, são “direitos de titularidade transindividual (coletiva ou difusa)”; enquanto, para Paulo Bonavides, o principal destinatário desses direitos é “o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta”. Entre os principais direitos fundamentais da “terceira dimensão”, estão os “direitos à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e qualidade de vida, bem como o direito à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural e o direito de comunicação”. (SARLET, 2021, p. 420)

1.1.3 O conceito de direitos fundamentais

A “nota distintiva da fundamentalidade” de um direito, no aspecto formal, é ele estar previsto na Constituição, mesmo que implicitamente, possuir hierarquia constitucional e aplicabilidade direta e imediata (art. 5º, § 1º da CF), vinculando as “entidades públicas” e, em certa medida, “atores privados”, bem como estar submetido aos “limites formais (procedimento agravado) e materiais (cláusulas pétreas) da reforma constitucional (art. 60 da CF)”. No sentido material, Ingo Wolfgang Sarlet enfatiza a relevância do bem jurídico tutelado, mas o faz sob duas perspectivas: a do bem “considerado em si mesmo” e a das “opções do constituinte, acompanhada da atribuição da hierarquia normativa correspondente e do regime jurídico-constitucional assegurado pelo constituinte às normas de direitos fundamentais”. (SARLET, 2021, p. 426-429)

De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet:

[...] é possível definir direitos fundamentais como todas as posições jurídicas concernentes às pessoas (naturais ou jurídicas, consideradas na perspectiva individual ou transindividual) que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, expressa ou implicitamente, integradas à constituição e retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos, bem como todas as posições jurídicas que, por seu conteúdo e significado, possam lhe ser equiparadas, tendo, ou não, assento na constituição formal. (SARLET, 2021, p. 429-430)

Com base nesse conceito, conclui-se que os direitos fundamentais não são apenas os expressos na Constituição, mas também aqueles que, dotados de fundamentalidade material por seu conteúdo e substância, passaram a integrar o rol constitucional de direitos fundamentais, conforme proclamado no art. 5º, § 2º, da CF: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet,

De modo geral, os direitos fundamentais em sentido formal podem, acompanhando Konrad Hesse, ser definidos como aquelas posições jurídicas da pessoa (na sua dimensão individual ou coletiva) que, por decisão expressa do legislador-constituente, foram consagradas no catálogo dos direitos fundamentais. Por outro lado, direitos fundamentais em sentido material são aqueles que, apesar de se encontrarem fora do catálogo, por seu conteúdo e por sua importância podem ser equiparados aos direitos formalmente (e materialmente) fundamentais. (SARLET, 2021, p. 431)

O autor esclarece, ainda, que a doutrina ainda não está pacificada quanto à equiparação dos direitos materialmente fundamentais (não assentados na CF) aos direitos do catálogo constitucional. Para ele, “a abertura material do sistema dos direitos fundamentais [...] exige um regime jurídico-constitucional privilegiado e em princípio equivalente ao regime dos direitos fundamentais expressamente consagrados como tais pelo constituinte”. (SARLET, 2021, p. 431-432)

Em relação à possibilidade de a legislação infraconstitucional ser fonte de direitos materialmente fundamentais, revela-se razoável a interpretação de que o papel do legislador infraconstitucional deve ser apenas o de “concretizar e regulamentar (eventualmente restringir) os direitos fundamentais positivados na Constituição”, o de explicitar, em atos legislativos, “direitos implícitos ou mesmo decorrentes do regime e dos princípios, desde logo originariamente fundados na Constituição”. (SARLET, 2021, p. 435)

Embora o art. 5º, § 2º, da CF não mencione outras regras internacionais além dos tratados, a doutrina é relativamente unânime no sentido de que as convenções e os pactos estão inseridos na expressão “tratados internacionais”, visto que, de acordo com a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, estes significam, genericamente, um acordo formal internacional. (SARLET, 2021, p. 445-446)

1.1.4 Direitos sociais como direitos fundamentais

José Afonso da Silva define os direitos sociais como “dimensão” dos direitos fundamentais, expondo o vínculo desses direitos com princípios como o da igualdade e da liberdade:

[...] são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade. (SILVA, 2005, p. 286-287)

Os direitos sociais básicos e gerais passaram a integrar expressamente o texto constitucional na condição de direitos fundamentais apenas com a CF de 1988 e estão concentrados em seu art. 6º. (SARLET, 2021, p. 832)

O art. 6º da CF, no qual os direitos sociais estão previstos, está em sintonia (a) com o compromisso do Estado Democrático de Direito, evidenciado logo no Preâmbulo, em garantir o exercício dos direitos sociais, (b) com os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º, da CF), em especial a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais, e (c) com os princípios fundamentais que norteiam a República (art. 1º, da CF), entre eles o da dignidade da pessoa humana. (SARLET, 2021, p. 833)

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet:

Tal princípio, para além de outros aspectos dignos de nota, atua como verdadeiro fio condutor relativamente aos diversos direitos fundamentais, reforçando a existência de

uma recíproca complementaridade entre os direitos civis e políticos (por muitos, designados de direitos individuais ou direitos de liberdade) e os direitos sociais, na medida em que os direitos fundamentais (ainda que não todos e não da mesma forma) expressam parcelas do conteúdo e dimensões do princípio da dignidade humana. (SARLET, 2021, p. 833)

Entre os direitos básicos mencionados por Ingo Wolfgang Sarlet, destacam-se **educação**, saúde, alimentação, trabalho, moradia, lazer, segurança e previdência social, os quais foram aprofundados em outros dispositivos do texto constitucional, como, por exemplo, nos arts. 7º a 11 e nos títulos da ordem econômica e da ordem social. (SARLET, 2021, p. 835)

Contudo, os direitos fundamentais sociais não se esgotam no rol do art. 6º da CF, pois o art. 5º, § 2º, da CF reconhece a existência de direitos fundamentais além dos expressos na Constituição, se decorrentes “do regime e dos princípios por ela adotados” ou de “tratados internacionais”. Os direitos fundamentais sociais não elencados no art. 6º, da CF ou fora do próprio texto constitucional também possuem aplicabilidade direta e imediata (art. 5º, § 1º, da CF) e sujeitam-se ao mesmo regime jurídico dos direitos fundamentais individuais, estando, portanto, protegidos “contra o poder de reforma constitucional e contra intervenções restritivas por parte dos órgãos estatais”. (SARLET, 2021, p. 841)

Relativamente aos direitos sociais, tratados no Capítulo II do Título II da CF, portanto separadamente dos direitos e garantias individuais (Capítulo I), a doutrina majoritária e a jurisprudência do STF admitem a “abertura material”, ou “expansividade”, dos direitos elencados no art. 5º, da CF, para abarcar também os direitos sociais, o que tem respaldo, entre outros argumentos, no fato de que os direitos sociais estão dentro do título dos direitos fundamentais (foram designados como tal pela Constituição) e no caráter geral inclusivo da norma do § 2º do art. 5º da CF, que, apesar de vinculada ao art. 5º, deve ser interpretada levando em conta sua finalidade. Sobre o art. 6º da CF, o entendimento predominante na doutrina brasileira é que os direitos sociais lá elencados são meramente exemplificativos, tratando-se de “cláusula especial de abertura”. (SARLET, 2021, p. 432-433)

A doutrina minoritária, composta pelo professor Ricardo Lobo Torres, nega o caráter fundamental dos direitos sociais, em especial os direitos dos trabalhadores, por não adotar o conceito principalmente formal de direitos fundamentais, de modo que, embora o constituinte tenha optado por inserir os direitos sociais expressamente no Título II da CF, o que lhes conferiria a nota da fundamentalidade seria sobretudo seu conteúdo, a relevância do bem

tutelado. Assim, no caso dos direitos sociais, para essa vertente doutrinária, somente os que possuem posições materialmente fundamentais, como aqueles relacionados ao **mínimo existencial** (do qual falaremos mais adiante), poderiam ser considerados direitos fundamentais. (SARLET, 2021, p. 440)

No que diz com os direitos fundamentais dispersos na Constituição, posicionados fora do Título II, “devem guardar relação com os princípios fundamentais que orientam a ordem constitucional”, por aplicação do art. 5º, § 2º, da CF, e, para sua identificação, deve ser adotado o critério do conteúdo e importância, baseados especialmente no princípio da dignidade da pessoa humana, “elemento referencial” necessário, mas não exclusivo, para a identificação de direitos fundamentais fora do catálogo constitucional. Alguns direitos sociais, como **educação** e saúde, são direitos fundamentais, porque estão diretamente vinculados ao valor da dignidade da pessoa humana e ao direito à vida. (SARLET, 2021, p. 441-444)

Diante desse prisma, é possível classificar o disposto no art. 208, III, da CF, como veremos à frente, ao falar especificamente do direito à educação, como um direito fundamental das pessoas com deficiência ou transtorno global do desenvolvimento (ao atendimento educacional especializado na rede regular de ensino), pois a prestação desse atendimento tem como objetivo garantir uma efetiva educação para os que dele necessitam, possuindo, em seu núcleo essencial, uma conexão com o “elemento referencial” citado acima, na medida em que a concretização da dignidade da pessoa humana depende de um pleno desenvolvimento do indivíduo e da autonomia para o exercício da cidadania, os quais, em conjunto, têm o condão de promover a inserção e participação da pessoa no mundo social.

Entre os direitos fundamentais localizados fora do Título II da CF, podemos apontar também, no âmbito do direito à educação, a liberdade de ensino e pesquisa (art. 206) e o direito subjetivo ao **ensino público fundamental obrigatório e gratuito** (art. 208, I).

Contudo, o professor André Ramos Tavares ressalta que a educação gratuita “só é considerada dever do Estado em relação à educação básica (originalmente denominada como ensino fundamental e obrigatório)” e, no tocante ao ensino médio gratuito, que “a Constituição apenas exige sua ‘progressiva universalização’ (inc. II do art. 208)”. (TAVARES, 2021, p. 784)

Em conclusão, os direitos sociais são direitos fundamentais, pois, devido ao seu conteúdo e importância, estão estreitamente ligados à dignidade da pessoa humana, ao direito à vida e ao mínimo existencial (que será abordado mais adiante).

No que tange à titularidade dos direitos sociais, tendo em vista o princípio da universalidade, os direitos sociais são titularizados por **todas** as pessoas humanas, inclusive estrangeiros, embora, em algumas situações, apenas um grupo de pessoas possa ser titular de direitos sociais, como no caso dos direitos dos trabalhadores e das pessoas carentes (SARLET, 2021, p. 847-848). Seguindo essa linha de raciocínio, pode-se afirmar que alguns direitos sociais têm como titulares as pessoas com deficiência, estas últimas abordadas neste trabalho.

Os órgãos estatais são, indiscutivelmente, os destinatários dos direitos sociais, mas, entre doutrinadores e nos tribunais, discute-se acerca da incidência das normas de direitos sociais, em sua dimensão positiva (prestacional), nas relações entre particulares, quando o direito é dirigido precipuamente aos órgãos estatais, como nos casos da assistência social, da previdência social e da **educação**, e quando é dirigido principalmente aos particulares, como no caso dos trabalhadores. Todos os direitos fundamentais, mesmo os de conteúdo prestacional, têm eficácia direta (mas relativa) nas relações privadas, posicionamento perfilhado por Ingo Wolfgang Sarlet e Daniel Sarmento, mas criticada por Wilson Steinmetz. Para Ingo Sarlet, o reconhecimento do direito fundamental em causa, da posição jurídico-subjetiva de cunho prestacional que ele carrega, não é o único elemento de análise para vincular os atores privados, revelando-se como importante elemento referencial a figura do mínimo existencial e o princípio da solidariedade, que vinculam a sociedade como um todo. (SARLET, 2021, p. 848-852)

É relevante esclarecer, contudo, que a universalização dos direitos sociais não os categoriza como direitos coletivos, uma vez que sua vinculação aos princípios anteriormente mencionados lhes confere, primordialmente, uma dimensão individual, apesar de possuírem conteúdo transindividual, em especial os direitos à saúde e à educação. (SARLET, 2021, p. 848) Entre os direitos coletivos *stricto sensu*, podemos mencionar os direitos dos consumidores, a liberdade de associação, o direito de participação, o direito de representação coletiva, a liberdade de reunião, entre outros.

Conforme alertado por Ingo Wolfgang Sarlet, “eventual preferência por uma tutela processual coletiva não pode servir de argumento para refutar a titularidade individual dos

direitos sociais, visto que não se pode confundir a condição de titular (sujeito) de direitos fundamentais com a técnica processual de sua efetivação”. (SARLET, 2021, p. 848)

1.1.5 O direito social à educação

O direito à educação está previsto expressa e inicialmente no art. 6º da CF (no Capítulo II do Título II) e, por isso, possui natureza social e integra o catálogo de direitos fundamentais (de caráter geral), tendo aplicação imediata (art. 5º, § 1º, da CF) e estando sujeito ao limite material da reforma constitucional (art. 60, § 4º, IV, da CF), não podendo ser abolido. Em seu Capítulo III, Título VIII, a partir do art. 205, a CF regula esse direito, confirmando seu caráter social.

O professor André Ramos Tavares assim define o direito à educação:

Lembremos, portanto, que foi no art. 205 que a Constituição especificou o referido direito, estabelecendo que deve visar ao “pleno desenvolvimento da pessoa”, “seu preparo para o exercício da cidadania” e a sua “qualificação para o trabalho”. Esses objetivos expressam o sentido que a Constituição concedeu ao direito fundamental à educação. Tem-se, a partir daqui, de compreender um conteúdo da própria educação, como direito fundamental. Não se trata mais de qualquer direito à educação, mas daquele cujas balizas foram construídas constitucionalmente. Isso significa que o direito à educação é o direito de acesso, mas não um acesso a qualquer educação, e sim àquela que atende às preocupações constitucionais. (TAVARES, 2021, p. 780)

Conforme vimos, os direitos sociais têm como titulares todas as pessoas humanas, mas, em alguns casos, a titularidade pode estar restrita a um grupo específico, como os trabalhadores, as pessoas carentes e as deficientes.

Nesse tocante, o professor André Ramos Tavares vai além, afirmando que o direito social à educação, em especial, ocupa-se prioritariamente daqueles que não podem custear uma educação particular, ou seja, daqueles mais carentes. (TAVARES, 2021, p. 782)

A educação é um “complexo de deveres e direitos” que foi regulamentado no Capítulo III do Título VIII (Da Ordem Social), cujos arts. 205 a 208 devem ser considerados como fundamentais, por constituírem o núcleo essencial do direito à educação. No que tange aos arts. 209 a 214, trata-se de dispositivos “de cunho organizacional e procedimental, com *status* jurídico-positivo idêntico ao das demais normas constitucionais, assegurada, portanto, sua primazia em face do direito infraconstitucional”. (SARLET, 2021, p. 907-908)

A norma do art. 205 da CF apresenta-se em “dupla dimensão” (subjéitiva e objetiva), pois coloca o direito à educação como um direito fundamental subjéitivo de todos, mas, ao mesmo tempo, serve de referência na aplicação e interpretação de outras normas, impondo ao Estado e à família o dever de promover a educação tendo como objetivos “genéricos” o “pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”, tratando-se, portanto, na perspectiva objetiva, de norma impositiva, mas de eficácia limitada. (SARLET, 2021, p. 910)

De outro giro, embora apresente também uma dimensão impositiva, o art. 206, I da CF goza de eficácia plena e aplicabilidade imediata, na medida em que garante a “igualdade de condições para o acesso e permanência na escola”, concretizando o princípio da isonomia (art. 5º, *caput* da CF). (SARLET, 2021, p. 910-912)

Observa-se, em seguida, que o inciso II do art. 206 da CF também gera direito subjéitivo ao consagrar o direito de liberdade, garantindo, no ensino, a “liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber”.

O direito à “gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais” é outro direito subjéitivo de eficácia plena que se extrai do art. 206, da CF (inciso IV). Conforme asseverado pelo professor André Ramos Tavares:

A educação, no Brasil, obedece ao princípio da gratuidade, quando oferecida em estabelecimentos oficiais (inc. IV do art. 206). Significa, pois, que é vedado ao Poder Público cobrar do indivíduo pelo oferecimento da educação em estabelecimentos próprios. Seu dever é o de oferecer a estrutura necessária para satisfazer, universalmente, quando demandado, pela educação [...].

Perante o direito à educação como direito fundamental ao Estado surge um dever de atuar positivamente [...] na criação de condições reais, com estruturas, instituições e recursos humanos (as chamadas garantias institucionais relacionadas diretamente a direitos fundamentais). Para desincumbir-se satisfatoriamente desse dever, o Estado deve, portanto, intervir positivamente (afasta-se a ideia de subsidiariedade, típica do contexto econômico do Estado liberal). (TAVARES, 2021, p. 783)

De seu turno, o art. 208, em seu inciso I e §§ 1º e 2º, assegura o direito fundamental (subjéitivo individual) de acesso ao ensino fundamental obrigatório e gratuito em estabelecimento oficial. A existência desse direito fundamental à prestação estatal em questão

é ratificada na própria CF (art. 227, *caput* e § 3º, I e III e art. 229) e no Estatuto da Criança e do Adolescente. (SARLET, 2021, p. 912-913)

Por todo o exposto até aqui, pode-se dizer que o art. 208, III, da CF também assegura direito fundamental (subjeto individual), ao prever que é dever do Estado garantir atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino.

Por derradeiro, importa sublinhar que o conteúdo prestacional do direito à educação deve ser compreendido sob duas perspectivas. O direito à educação não se restringe à igualdade de acesso à educação “a todos os possíveis e necessários beneficiários”, mas abrange também a qualidade do ensino e da pesquisa, indispensável à efetivação do direito da dignidade da pessoa humana, na medida em que garante “uma inserção eficaz e produtiva na vida profissional, política, social, econômica e cultural, no sentido de uma cidadania ativa qualificada”. Logo, o direito subjetivo à educação pode ser observado sob dois prismas: igualdade no acesso e qualidade na educação, enquanto na perspectiva objetiva caracteriza-se como um dever de prestação por parte do Estado e da sociedade, que devem “prover políticas e arranjos institucionais e organizacionais, incluindo a provisão de recursos financeiros e humanos para tanto”. (SARLET, 2021, p. 920)

Nesse mesmo sentido, confira-se o posicionamento doutrinário do professor André Ramos Tavares:

[...] o dever estatal quanto ao direito fundamental à educação está longe de se esgotar no mero oferecimento de acesso. O Poder Público deve valorizar os profissionais da educação (art. 206, V). Deve, ainda, garantir um padrão mínimo de qualidade (art. 206, VII). Este padrão vem definindo, em parte, pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, em seu art. 4º, IX, como ‘a variedade e quantidade mínimas, por aluno, de insumos indispensáveis ao desenvolvimento do processo de ensino-aprendizagem’. (TAVARES, 2021, p. 785)

Todavia, convém destacar que os direitos fundamentais sociais, além de seu conteúdo prestacional, possuem caráter defensivo, na medida em que, em sua dimensão subjetiva, não asseguram apenas a possibilidade de serem exigidos como prestação material por parte do Estado e da sociedade, mas também assumem a função de direito de defesa (negativo), caracterizado por gerar um dever de não interferência e de prestações jurídicas (de cunhos normativo, organizatório e procedimental). (SARLET, 2021, p. 845-847)

Ademais disso, na acepção subjetiva positiva, os direitos sociais ainda podem se dividir em “direitos derivados a prestações” (direitos já assegurados na legislação ou em políticas públicas) e “direitos originários a prestações” (direitos que ainda não foram regulamentados, mas estão previstos na constituição). (SARLET, 2021, p. 847)

1.2. A EFICÁCIA DA NORMA

Os esforços para a realização do direito à educação inclusiva devem partir da sociedade como um todo, mas especialmente dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, que possuem as ferramentas capazes de conferir a desejada eficácia aos preceitos constitucionais norteadores dessas políticas públicas (TJ-RO, 2020). É o Poder Legislativo, por exemplo, que tem, precipuamente, a competência para criar normas adequadas e eficazes visando à concretização dos direitos fundamentais sociais relacionados à educação e inclusão das pessoas em situação de vulnerabilidade. A importância da criação de normas visando à concretização dos direitos sociais é trazida por Gilmar Mendes, em sua obra Curso de Direito Constitucional:

No Brasil, em razão do histórico descaso do Estado no que diz respeito ao oferecimento de uma rede educacional extensa e de qualidade, ocorreu a marginalização de amplos setores da sociedade, prejudicando, inclusive a concretização de outros direitos fundamentais. Não por acaso, o próprio texto constitucional, em seu art. 205, preceitua que a educação deve ser promovida “visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. (MENDES, 2021, posição 17303)

No tocante à eficácia das normas, pontifica José Afonso da Silva (1998apudLEITE, 2020) que:

A eficácia jurídica consiste na aptidão da norma de produzir efeitos jurídicos quando invocada sua aplicação perante a autoridade competente. Por sua vez, a eficácia social diz respeito à espontaneidade dos indivíduos em agir conforme o disposto na norma. Assim, é possível afirmar que toda norma jurídica é juridicamente eficaz, embora possa não ser socialmente eficaz.

No que diz com a educação, serviço público essencial, as normas constitucionais devem ser interpretadas de acordo com os arts. 205 e 206, da CF, segundo os quais a educação é dever do Estado e da família e deve ser prestada de forma “plena e efetiva”, para todos, gratuitamente. Em se tratando de direito público subjetivo, goza de eficácia plena e aplicabilidade imediata,

podendo ser exigido na via judicial, quando não houver prestação espontânea por parte dos destinatários. (SILVA, 2005, P. 313)

Dito isto, para que a Lei nº 12.764/2012 e a Lei nº 13.146/2015 alcancem seu objetivo de inibir e corrigir práticas discriminatórias no âmbito escolar, é necessária, antes de tudo, a realização pelo Congresso Nacional de uma revisão e reforma de seu conteúdo, a fim de se conquistar a eficácia social esperada no que tange à inclusão educacional das pessoas com TEA.

Conforme bem observado pelos Ministro Gilmar Mendes e então Ministro Marco Aurélio em seus votos, quando do julgamento da ADI nº 5357 MC-Ref, leis que trazem transformações sérias e importantes, como é o caso da Lei nº 13.146/2015, deveriam vir acompanhadas de uma “cláusula de transição”, a fim de garantir que não se tornem leis “simbólicas”, “para inglês ver”:

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – [...]

Eu devo dizer, Presidente, que não só em relação a essa Lei, mas em relação a várias reformas que ocorrem no Brasil, talvez, devêssemos atentar para transformações tão sérias e importantes e que essas transformações ou que essas exigências deveriam vir acompanhadas de algum tipo de **cláusula de transição**, porque, claro, o que se vê, é evidente que temos a convenção e, é claro, a Lei tenta fazer essa implementação. Mas muitas das exigências impostas - a Lei é de julho de 2015 - dificilmente poderão ser atendidas de imediato e, certamente, vão gerar polêmicas que ficarão pelas instâncias ordinárias.

Então, a mim me parece - mas não é só esse o caso - que a opção que o legislador faz acaba sendo uma opção, também, por aquilo que a doutrina chama de **legislação simbólica**, porque, ao fim e ao cabo, não se realiza, não se efetiva. Eu gostaria de deixar isso um pouco como *obiter dictum*. Quer dizer, a mim me preocupa - não só neste caso, mas também em vários outros - que não haja essa preparação.

Veja, por exemplo, que tanto no modelo europeu, como no modelo americano, hoje se faz aquele tipo de legislação de experiência, inclusive com acompanhamento por relatórios para, de fato, saber se as transformações e as mudanças preconizadas estão sendo efetivamente realizadas.

Aqui, o que nós temos? Exigências, algumas delas complexas, embora desejáveis. Evidentemente, quanto ao mérito, não se discute, é extremamente importante, já tinha lastro na Constituição, é a primeira convenção que foi aprovada no modelo da reforma constitucional implementada com a EC nº 45, resolvendo aquele impasse quanto ao valor dos tratados. A mim, me parece, no entanto, que, certamente, ouviremos notícias sobre controvérsias que ocorrem em função da mudança significativa que se implementa, sem a necessária cláusula de transição. Sabemos todos que, por exemplo, os americanos adotam a ideia das chamadas leis temporárias, as *sunset legislation*, com o objetivo de fazer o acompanhamento e confirmar ou não as transformações, até com adaptações ao final de um dado período.

E aqui é um ..., claro, vai falar-se que houve prazo de 180 dias, que é o período de *vacatio*. Às vezes, também, será um período, certamente, insuficiente para mudanças exigidas. Por isso, gostaria de fazer esse registro, que acaba incidindo, afinal, na impossibilidade, às vezes, na ineficácia de norma de grande valia. Mas era um registro que gostaria de fazer. Entretanto, reconheço que nós, que muitas vezes criticamos o Congresso Nacional, devemos reconhecer a importância de um diploma como esse, que efetiva direitos de minorias tão fragilizadas e atingidas não só pela realidade, mas, também, por tudo que decorre de discriminação, de dificuldades com que eles se deparam.

[...]

Nós temos muito essa discussão no Brasil. Inclusive, hoje já é objeto de estudos de cientistas políticos e sociólogos, brasilianistas, que se ocupam de nossa realidade, os estudos que fazem sobre o jeitinho e coisas do tipo. E uma das coisas que se escreve, até em textos: é a lei que não pegou. Quer dizer, o Brasil tem aquela coisa da lei que não pegou. [...]

Então, o problema aqui é de não se cuidar da execução, da modelagem de execução. E, aí, claro, as pessoas muito justamente reclamam que têm um direito que acaba não sendo efetivamente realizado e realizável.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – [...]

A Lei que está sendo apreciada pela derradeira trincheira da cidadania, o Supremo, é a de nº 13.146, de 2015, com um período, para que venha a ter eficácia, dilatado. O que previu essa Lei? Providências de profundidade maior. [...]

O artigo 30, com força imperativa – como disse –, cogente, impõe adoção dessas providências, múltiplas providências, pelo setor privado. E fica este – tem-se mecanismos previstos a partir de formulários – impossibilitado, como se a vida econômica não fosse impiedosa – não se dá um passo sem se colocar a mão no bolso –, de proceder a qualquer cobrança.

Será que essa Lei se coaduna com os ares constitucionais libertários que passamos a viver, após o regime de exceção, após 1988? Devemos, pelo menos, ter dúvidas. Mas, como disse o ministro Gilmar Mendes, há leis que são editadas – talvez para dar esperança vã à sociedade, impossível de frutificar – no campo do faz de conta. Daí ter me referido ao passado, quando o Brasil era pressionado para abolir a escravatura, veio a balha denominada, à época, "**lei para inglês ver**", porque as pressões maiores vinham da Inglaterra, credora, em diapasão maior do Brasil.

(ADI 5357 MC-Ref, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 09/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-240 DIVULG 10-11-2016 PUBLIC 11-11-2016) (ADI 5357 MC-Ref / DF, 2016, p. 92-97),

Quanto aos problemas recorrentes enfrentados pelas pessoas com TEA na educação, foi identificada neste estudo a existência de quatro casos, além da interpretação equivocada do art. 208, III da CF e da existência do § 2º do art. 58, da LDB, dispositivo que deve ser alterado ou revogado. São eles: recusa de matrícula, falta de capacitação profissional, dificuldade para disponibilização de acompanhante exclusivo e especializado e baixa coercitividade e aplicação da norma penal para as condutas previstas no inciso I do art. 8º da Lei 7.853/89.

Na dimensão objetiva, os direitos fundamentais sociais impõem ao Estado e à sociedade o dever permanente de realizar e concretizar os valores constitucionais previstos nos arts. 1º e 3º, da CF, possuindo uma “eficácia dirigente ou irradiante”, já que, além de serem normas impositivas, servem como parâmetro para aqueles que aplicam e interpretam o direito infraconstitucional, para os órgãos estatais em sua atuação preventiva e protetiva, bem como para as instituições e organizações que visam à proteção e promoção desses direitos. (SARLET, 2021, p. 844-845)

Os direitos fundamentais sociais, apesar de possuírem aplicabilidade direta e imediata (art. 5º, § 1º, da CF), podem ter o alcance de sua eficácia prejudicado em razão de algumas variantes, como o direito social em causa e sua relação com outros direitos fundamentais, princípios e interesses públicos e privados. (SARLET, 2021, p. 841)

Em termos sumários, o professor Ingo Wolfgang Sarlet define os limites aos direitos fundamentais como:

[...] ações ou omissões dos poderes públicos (Legislativo, Executivo e Judiciário) ou de particulares que dificultem, reduzam ou eliminem o acesso ao bem jurídico protegido, afetando seu exercício (aspecto subjetivo) e/ou diminuindo deveres estatais de garantia e promoção (aspecto objetivo) que resultem dos direitos fundamentais. (SARLET, 2021, p. 509)

Os valores dos direitos sociais não são suficientes para garantir a aplicabilidade direta das normas constitucionais, pois não evidenciam, por si sós, seu conteúdo e alcance, como é o caso da dignidade da pessoa humana, o que torna necessário “construir e lançar mão de critérios que permitam aplicá-los racionalmente, cabendo ao intérprete/aplicador dos direitos fundamentais conferir importância distinta aos valores por eles densificados”. (SARLET, 2021, p. 513)

Em que pese o Poder Público, respeitadas as competências, deva atribuir aos direitos sociais a máxima eficácia e efetividade e ao Poder Judiciário caiba aplicá-los de forma direta, os direitos sociais, assim como ocorre com outros direitos fundamentais, podem ser restringidos ou limitados por questões fáticas e jurídicas, que, no entanto, não podem consistir “em obstáculo intransponível à sua aplicação imediata e exigibilidade judicial, ainda que os efeitos concretos a serem extraídos das normas de direitos sociais possam, em alguns casos, ser bem mais modestos”. (SARLET, 2021, p. 843)

Para Ingo Sarlet, é possível deduzir diretamente da Constituição deveres cogentes de prestação por parte do Estado e um correspondente direito originário a prestação, como no caso dos direitos sociais, que

[...] não podem ter sua eficácia e efetividade, mesmo como direitos a prestações, integralmente, portanto, exclusivamente, condicionadas por uma interposição legislativa, cuidando-se, nesta perspectiva, também de autênticos triunfos contra a maioria.

Assim, também para os direitos sociais, por força do disposto no art. 5º, §1º, da CF, vale a premissa de que não é possível reduzir as normas que os consagram a normas programáticas, de eficácia diferida, dependente sempre e integralmente da atuação complementar do legislador infraconstitucional. (SARLET, 2021, p. 853)

Além disso, as objeções utilizadas contra a eficácia plena, redutoras das normas de direitos sociais a “normas de cunho meramente programático” ou “normas impositivas de programas, fins ou tarefas”, não podem ser aceitas, pois, caso contrário, os direitos sociais deixariam de ser direitos fundamentais, os quais não dependem de prévia manifestação do Poder Legislativo. (SARLET, 2021, p. 853)

O constitucionalista e atual Ministro do STF Gilmar Mendes, em sua obra **Curso de Direito Constitucional**, aponta a dependência de recursos econômicos e o princípio do financeiramente possível, ou da reserva do possível, como limites fáticos à criação dos “pressupostos fáticos necessários para o exercício de determinado direito”, destacando, ainda, o princípio da separação dos poderes como argumento comumente utilizado pelo Estado para afastar a intervenção do Poder Judiciário ante sua omissão na efetivação de direitos de caráter social. Contudo, reconhece que, em períodos de recessão financeira, a função do Estado de assegurar direitos sociais fica inegavelmente comprometida, sendo necessário que, ao interpretar a Constituição, o julgador não fique alheio “aos óbices econômicos” apresentados pelo Poder Público. (MENDES, 2021, posição 16971 a 16985)

Ana Carolina Lopes Olsen, em sua dissertação **A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível**, para obtenção do grau de Mestre em Direito, demonstra que há, no Brasil, uma banalização da reserva do possível, utilizada como fundamento pelo Estado brasileiro para se furtar do cumprimento de seu dever constitucional com direitos sociais, como a educação e a saúde:

A reserva do possível deve ser trazida para o contexto sócio-político-econômico brasileiro: aqui, o Estado não faz tudo que está ao seu alcance para cumprir os mandamentos constitucionais. Muito pelo contrário, ele cria mecanismos para burlar as exigências dos direitos fundamentais prestacionais.

[...]

Assim, no caso brasileiro, existe uma obrigação constitucional expressa do Estado de destinar recursos para a satisfação dos direitos fundamentais sociais. **Se esta alocação de recursos não se verifica nos termos da Constituição**, em respeito aos parâmetros nela previstos, **tem-se uma clara violação ao comando explícito de dotar determinada porcentagem do orçamento a despesas com a educação**, com a saúde, com a assistência social, com a previdência. **Trata-se da violação a uma regra, em primeira a análise, e, conseqüentemente, ao princípio instituidor do direito fundamental que seria realizado com aquela dotação orçamentária.**

Para além destes padrões mínimos, existe um mandado constitucional subliminar, que embasa todos os direitos fundamentais sociais determinando sua efetivação, sua realização no plano social. Neste sentido, **a reserva do possível age como uma restrição que deve ser ponderada**: é razoável exigir do Estado um leito em hospital para tratamento de saúde, quando os hospitais públicos negam a internação por falta de vagas? É razoável alegar que não há possibilidade de internação deste paciente, pois o Estado não tem mais recursos para gastar com a saúde, embora gaste bilhões de reais todos os anos com o pagamento das dívidas públicas? É preciso ponderar os bens jurídicos em conflito, com todos os pormenores que a realidade pode fornecer e levar ao conhecimento do intérprete para aplicação do Direito. (OSLEN, 2006, p. 238-239)

1.2.1 O limite da reserva do possível

Outra objeção (a mais polêmica) à efetividade dos direitos (sociais) a prestações e ao controle jurisdicional sobre políticas públicas é o limite da reserva do possível. De certo que a efetividade dos direitos sociais depende da alocação não só de recursos materiais, mas de humanos também, sendo necessário, em ambos os casos, de disponibilidade econômico-financeira. Contudo, a objeção do limite da reserva do possível tem sido afastada pela jurisprudência do STF quando o que está em causa não é a omissão do Poder Legislativo, mas a exigência de prestações originárias, direitos já previstos em leis e políticas públicas, e o Poder Público não demonstra a impossibilidade de fornecer as prestações reclamadas, sendo dele, nesse caso, o ônus da prova. (SARLET, 2021, p. 861)

A disponibilidade orçamentária limitada e a invocação, pelo administrador, de ausência de recursos é, indubitavelmente, uma questão polêmica na judicialização dos direitos sociais, mas esse argumento defensivo, também para André Ramos Tavares, traz “fato supostamente impeditivo do direito” do autor, cabendo à Administração Pública o dever processual de, nesse caso, tornar incontroversa a insuficiência orçamentária, conforme decidido pelo STF no julgamento do REsp nº 474.361-SP (Rel. Min. Herman Benjamin). (TAVARES, 2021, p. 788)

Sem dúvida, os direitos sociais necessitam de financiamento, o qual se dá por meio de previsão orçamentária e de arrecadação de tributos, taxas e contribuições sociais. A CF estipula um piso de gastos públicos para a educação para os três entes federativos, o que coloca o direito social à educação em “posição preferencial no ordenamento constitucional brasileiro”, posição esta que deve ser levada em conta quando do surgimento de medidas tendentes a relativizar, restringir ou limitar esses direitos, mormente diante da existência de um núcleo constitucional intangível (“cláusulas pétreas”) e da “proibição do retrocesso”. (SARLET, 2021, p. 870)

Para Ingo Wolfgang Sarlet, é de difícil aceitação a alegação de inexistência de recursos (limite da reserva do possível) e de ausência competência do Poder Judiciário para decidir sobre a implementação de políticas públicas, haja vista a previsão constitucional de aplicação mínima da receita dos impostos no ensino obrigatório (fundamental) em percentuais significativos e de sua complementação com a contribuição ao salário-educação:

Note-se que, de acordo com o art. 202 da Constituição, a União não poderá aplicar menos de 18%, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios menos de 25% da receita resultante dos impostos, na manutenção e desenvolvimento do ensino. O montante da verba orçamentária mínima (o legislador poderá estabelecer valores superiores), seguramente representando a maior fatia do orçamento público, demonstra a importância atribuída à educação. No § 3º do mesmo artigo, encontra-se, por sua vez, regra que prioriza a distribuição dos recursos para o ensino obrigatório (fundamental). Já considerada a alteração resultante da EC n. 53/2006, o art. 212, § 5º, ressaltando a prioridade da educação básica pública, prevê que ele contará, como fonte adicional de financiamento, com os recursos decorrentes da contribuição social do salário-educação.

Também merecem destaque outros dispositivos que ressaltam a especial relevância do ensino público fundamental. Assim, o art. 211, §§ 2º e 3º, prevê que os Municípios e Estados deverão ambos atuar prioritariamente no ensino fundamental, cabendo aos Municípios operar no plano da educação fundamental e aos Estados no ensino médio). Tudo isso demonstra que as competências na esfera do ensino, a origem e a destinação das verbas, bem como as prioridades e metas da política de ensino, já estão definidas em nível constitucional, de tal sorte que tais aspectos não podem ser invocados como objeções ao reconhecimento de um direito subjetivo à educação fundamental. (SARLET, 2021, p. 913-914)

No que tange à dimensão subjetiva dos direitos sociais, Ingo Sarlet verifica que a doutrina e a jurisprudência têm entendido ser possível reconhecer um direito subjetivo a uma determinada obrigação de prestação quando se trata de direito à educação, apesar da existência de fatores limitadores da norma, os quais ele exemplifica: “menor densidade das normas definidoras de direitos sociais, limites ao controle judicial das políticas públicas, dependência da disponibilidade de recursos”, ou reserva do possível. Isto porque, especialmente na saúde e na educação, está em jogo o **mínimo existencial**, necessário para garantir “condições materiais mínimas para uma vida com dignidade”. (SARLET, 2021, p. 844)

Na esteira desse entendimento, rejeitando a alegação de violação ao princípio da separação dos poderes (ARE 679066 AgR, Rel. Min. Edson Fachin), a Corte Suprema tem decidido pela possibilidade de o Poder Judiciário, em demanda envolvendo a inexistência ou insuficiência de escolas públicas do ensino obrigatório ou de estrutura e pessoal nas mesmas, condenar o Poder Público a prestar o serviço adequadamente, sem prejuízo de sua responsabilização civil pelo desserviço mediante o pagamento de indenização, o que, conforme

aponta Ingo Wolfgang Sarlet, não sana o problema maior, que é a “falta de estudo”, sendo esse o entendimento do Ministro Luís Roberto Barroso, do STF. (SARLET, 2021, p. 914)

É digno de nota o que diz ainda o autor sobre a invocação do **limite da reserva do possível** como argumento para justificar a omissão do Poder Público no direito à educação (direito de conteúdo prestacional), em contraposição ao **mínimo existencial**:

[...] é possível sustentar a existência de uma obrigação, por parte dos órgãos estatais e dos agentes políticos, de maximizarem os recursos e minimizarem o impacto da reserva do possível, naquilo que serve de obstáculo à efetividade dos direitos sociais. [...] Também é certo que as limitações vinculadas à reserva do possível não são em si mesmas uma falácia – o que de fato é falaciosa é a forma pela qual o argumento tem sido por vezes utilizado entre nós, como óbice à intervenção judicial e desculpa genérica para uma eventual omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, especialmente daqueles de cunho social. (SARLET, 2021, p. 859)

[...] verifica-se que um direito subjetivo (inclusive originário) a prestações em matéria educacional, especialmente no campo do ensino fundamental, situa-se na esfera da garantia do mínimo existencial, especialmente naquilo em que este, como já sinalado no capítulo próprio, abrange uma dimensão sociocultural e não se limita a um mínimo vital, fundamentação amplamente prestigiada na doutrina e jurisprudência, inclusive do STF, situações que abrangem o reconhecimento de um direito subjetivo de acesso à educação infantil em creches disponibilizadas pelo Poder Público para crianças de até cinco anos de idade. (SARLET, 2021, p. 915)

1.2.2 O direito ao mínimo existencial

A ideia do mínimo existencial transcende a do vital, porque não se restringe à existência fisiológica do indivíduo, à sobrevivência do seu corpo físico, mas alcança o mínimo para uma vida saudável e de qualidade, marcada por uma existência sociocultural, na qual é possível uma integração social, o acesso à cultura e a participação na vida política. (SARLET, 2021, p. 875-877)

Nas palavras de Ingo Sarlet,

[...] o princípio da dignidade da pessoa humana também implica uma dimensão sociocultural que não pode ser considerada, mas que constitui elemento nuclear a ser respeitado e promovido, razão pela qual determinadas prestações em termos de direitos culturais (notadamente, embora não de modo exclusivo, no caso da educação fundamental) deverão integrar o conteúdo do mínimo existencial. (SARLET, 2021, p. 876-877)

O direito ao mínimo existencial também tem vocação defensiva e prestacional, na medida em que ao Estado é vedado intervir na vida da pessoa para subtrair-lhe a dignidade de sua

existência sociocultural (dimensão negativa) e, ao mesmo tempo, dele é exigida a garantia de prestações materiais para uma vida condigna (dimensão positiva), sendo dever do Estado, precipuamente, assegurar tais prestações, mesmo em caráter originário, conforme entendimento do STF. (SARLET, 2021, p. 878-880)

Sem dúvida, a CF consagra textualmente o direito subjetivo de acesso ao ensino infantil e fundamental gratuito em estabelecimento oficial, mas, em relação ao ensino médio, previu apenas a garantia da “progressiva universalização do ensino médio gratuito” (art. 208, II). No caso do ensino superior, garante o “acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um” (art. 208, V).

Ingo Wolfgang Sarlet observa, em relação ao ensino superior, que a invocação do mínimo existencial como argumento para a existência de um direito subjetivo definitivo a uma vaga em instituição pública de ensino superior é incompatível com o texto constitucional e com o direito comparado. Por outro lado, considera digna de reflexão a possibilidade de se invocar o mínimo existencial como fundamento para um direito subjetivo a uma vaga no ensino médio gratuito, já que o ensino médio é relevante para o “exercício efetivo do direito ao livre desenvolvimento da personalidade e garantia de níveis de autonomia significativos para o indivíduo”, se levado em conta seu papel fundamental para o acesso ao ensino superior e para o ingresso do indivíduo no mercado de trabalho, este cada vez mais complexo e exigente quanto à formação do trabalhador em tecnologia, ciência e informação. Na opinião do autor, a progressividade da universalização do ensino médio gratuito não pode ser eternizada, dada a estreita relação do ensino médio com mínimo existencial e, portanto, com a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. Assim sendo, sugere como alternativa “o reconhecimento de um direito subjetivo a uma vaga na rede pública ou de cursar o ensino médio em entidade de ensino privada mediante custeio pelo Poder Público, tal como no caso do ensino fundamental”, quando o dever de progressividade for descumprido injustificadamente. (SARLET, 2021, p. 916)

Merece transcrição o posicionamento de Gilmar Mendes, dada sua autoridade para a exegese sobre o tema, que discorre com agudeza e profundidade acerca da possibilidade de atuação do Poder Judiciário na concretização dos direitos sociais em defesa do “mínimo existencial”, quando insuficientes os recursos financeiros para efetivação desses direitos:

A dependência de recursos econômicos para a efetivação dos direitos de caráter social leva parte da doutrina a defender que as normas que consagram tais direitos assumem a feição de normas programáticas, dependentes, portanto, da formulação de políticas públicas para se tornarem exigíveis. Nessa perspectiva, também se defende que a intervenção do Poder Judiciário, ante a omissão estatal quanto à construção satisfatória dessas políticas, pode violar o princípio da separação dos poderes e o princípio da reserva do financeiramente possível.

É preciso levar em consideração que, em relação aos direitos sociais, a prestação devida pelo Estado varia de acordo com a necessidade específica de cada indivíduo. Enquanto o Estado tem que dispor de um valor determinado para arcar com o aparato capaz de garantir a liberdade dos cidadãos universalmente, no caso de um direito social como a saúde, por outro lado, deve dispor de valores variáveis em função das necessidades individuais de cada cidadão. Gastar mais recursos com uns do que com outros envolve, portanto, a adoção de critérios distributivos para esses recursos.

Especialmente em períodos de recessão financeira, não há como negar que a função do Estado de assegurar direitos sociais poderá estar limitada por restrições de cunho orçamentário. Em tais casos, a interpretação do texto constitucional não poderá se desenvolver alheia aos óbices econômicos postos. Nesse sentido, analisando o contexto europeu no período pós-crise internacional de 2008, o professor Blanco de Moraes avalia que a redução drástica de prestações sociais em decisões da Suprema Corte Portuguesa abalou decisivamente utopias e mitos constitucionais sobre direitos adquiridos. O autor pondera que, num cenário de forte recessão, há de se compatibilizar o reconhecimento de direitos com o contexto de crise do Estado, uma vez que “interpretar evolutivamente a Constituição é adequar o sentido da norma à realidade do tempo presente, ajustá-la ao seu ‘ambiente normativo’ (onde o contexto da necessidade financeira assume importância central) e descobrir sua relação objetiva de significado, tomando como base o seu programa imperativo”.

Assim, em razão da inexistência de suportes financeiros suficientes para a satisfação de todas as necessidades sociais, enfatiza-se que a formulação das políticas sociais e econômicas voltadas à implementação dos direitos sociais implicaria, invariavelmente, escolhas alocativas. Tais escolhas seguiriam critérios de justiça distributiva (o quanto disponibilizar e a quem atender), configurando-se como típicas opções políticas, as quais pressupõem “escolhas trágicas” pautadas por critérios de justiça social (macrojustiça). É dizer, a escolha da destinação de recursos para uma política e não para outra leva em consideração fatores como o número de cidadãos atingidos pela política eleita, a efetividade e eficácia dos serviços a ser prestado, a maximização dos resultados etc.

Nessa linha de análise, argumenta-se que o Poder Judiciário, o qual estaria vocacionado a concretizar a justiça do caso concreto (microjustiça), muitas vezes não teria condições de, ao examinar determinada pretensão à prestação de um direito social, analisar as consequências globais da destinação de recursos públicos em benefício da parte com invariável prejuízo para o todo.

Defensores da atuação do Poder Judiciário na concretização dos direitos sociais, em especial do direito à saúde ou à educação, argumentam que tais direitos são indispensáveis para a realização da dignidade humana. Assim, ao menos o “mínimo existencial” de cada um dos direitos, exigência lógica do princípio da dignidade da pessoa humana não poderia deixar de ser objeto da apreciação judicial.

Nesse sentido, não são poucos os que insurgem contra a própria ideia da reserva do possível como limite fático à concretização dos direitos sociais. Isso porque, apesar da realidade da escassez de recursos para o financiamento de políticas públicas de redução de desigualdades, seria possível estabelecer prioridades entre as diversas metas e atingir, racionalizando a sua utilização, a partir da ideia de que determinados gastos, de menor preferência social, em favor de outros, reputados indispensáveis e urgentes, quando mais não seja por força do princípio da dignidade da pessoa humana, que, sendo o valor-fonte dos demais valores, está acima de quaisquer outros, acaso positivados nos textos constitucionais. (MENDES, 2021, posição 16964 a 17025)

1.3 ACORDOS INTERNACIONAIS

Durante os anos noventa e dois mil, o Brasil foi signatário de Convenções e Declarações internacionais que abordavam como tema a educação especial, a universalização da educação, a educação inclusiva e os direitos da pessoa com deficiência.

A partir de novos compromissos firmados pelo Brasil para com a equidade e inclusão de pessoas com deficiência e sua escolarização, constatou-se uma transição do modelo de integração na educação especial para o da perspectiva inclusiva.

Antes, defendia-se a ideia de que a integração de alunos com deficiência na rede regular de ensino seria promovida através de adaptações humanas, focando essas ações no aluno deficiente e suas adversidades, para que, assim, ele pudesse integrar a rede regular de ensino e não uma escola especial. Não obstante, quando não era possível realizar essas adaptações, entendia-se que o aluno deficiente deveria ser inserido em escolas ou classes especiais.

A partir do novo movimento mundial de inclusão, as ações e políticas públicas voltadas à educação de pessoas com deficiência, passaram então a concentrar os seus esforços na desconstrução das barreiras que impediam a inclusão dessas pessoas na rede de ensino comum.

Dessa forma, na perspectiva inclusiva, procura-se mudar o mundo preparando-o para receber todo e qualquer aluno deficiente, independentemente da deficiência que porta, garantindo, assim, um acesso universal à educação básica.

O começo dessa transição tem como marco o ano de 1990, quando ocorreu em Jomtien, Tailândia, nos dias 5 a 9 de março, a Conferência Mundial sobre Educação para Todos, cujo documento – Declaração Mundial sobre Educação para Todos: satisfação das necessidades básicas de aprendizagem (JOMTIEN, 1990) – influenciou ainda mais a elaboração de políticas públicas inclusivas, ao reafirmar o direito de todos à educação, já estampado na Declaração Universal dos Direitos Humanos:

ARTIGO 3 UNIVERSALIZAR O ACESSO À EDUCAÇÃO E PROMOVER A EQUIDADE

5. As necessidades básicas de aprendizagem das pessoas portadoras de deficiências requerem atenção especial. É preciso tomar medidas que **garantam a igualdade de**

acesso à educação aos portadores de todo e qualquer tipo de deficiência, como parte integrante do sistema educativo. (JOMTIEN, 1990, p.4)

Entre 7 e 10 de junho de 1994, realizou-se em Salamanca, Espanha, em cooperação com a UNESCO, a Conferência Mundial de Educação Especial, oportunidade na qual o Brasil reafirmou o compromisso de assegurar uma Educação para Todos, mediante a integração de pessoas com deficiências ao sistema educacional, ou seja, à rede regular de ensino.

Na Declaração de Salamanca (UNESCO, 1994), da qual o Brasil foi um dos signatários, adotou-se uma Estrutura de Ação em Educação Especial como guia geral para o planejamento de ação em educação especial, tendo como princípio orientador o da escola inclusiva, cujo fundamento reside na concepção de que “todas as crianças devem aprender juntas, sempre que possível, independentemente de quaisquer dificuldades ou diferenças que elas possam ter”, como “suas condições físicas, intelectuais, sociais, emocionais, lingüísticas ou outras”. (UNESCO, 1994, p. 5 e 3)

Entre as linhas de ação sugeridas, está a adoção de:

16. Políticas educacionais em todos os níveis, do nacional ao local, deveriam estipular que **a criança portadora de deficiência deveria frequentar a escola de sua vizinhança**: ou seja, **a escola que seria freqüentada caso a criança não portasse nenhuma deficiência**. Exceções à esta regra deveriam ser consideradas individualmente, caso-por-caso, em casos em que a educação em instituição especial seja requerida. (UNESCO, 1994, p.7)

Por outro lado, proclamou-se na Declaração de Salamanca a seguinte orientação para ações em níveis regionais e internacionais:

8. Dentro das escolas inclusivas, crianças com necessidades educacionais especiais deveriam receber qualquer suporte extra requerido para assegurar uma educação efetiva. Educação inclusiva é o modo mais eficaz para construção de solidariedade entre crianças com necessidades educacionais especiais e seus colegas. **O encaminhamento de crianças a escolas especiais ou a classes especiais ou a sessões especiais dentro da escola em caráter permanente deveriam constituir exceções, a ser recomendado somente naqueles casos infreqüentes onde fique claramente demonstrado que a educação na classe regular seja incapaz de atender às necessidades educacionais ou sociais da criança ou quando sejam requisitados em nome do bem-estar da criança ou de outras crianças.** (UNESCO, 1994, p. 5)

Cinco anos depois da Conferência em Salamanca, realizou-se a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas

Portadoras de Deficiência, também conhecida como Convenção de Guatemala, incorporada no ordenamento jurídico brasileiro através do Decreto nº 3.956/2001 (BRASIL, 2001), da qual o Brasil é signatário.

Nela, os Estados Partes reafirmaram seu objetivo de “prevenir e eliminar todas as formas de discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência e propiciar a sua plena integração à sociedade”, bem como definiram como discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência as seguintes condutas (art. 1º, nº 2, “a”):

[...] toda diferenciação, exclusão ou restrição baseada em deficiência, antecedente de deficiência, conseqüência de deficiência anterior ou percepção de deficiência presente ou passada, que tenha o efeito ou propósito de impedir ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício por parte das pessoas portadoras de deficiência de seus direitos humanos e suas liberdades fundamentais. (BRASIL, 2001)

Nesse processo de mudança, um grande passo, entretanto, foi dado pelo Brasil em 2009 com a publicação do Decreto nº 6.949 (BRASIL, 2009), que promulgou, com *status* de emenda constitucional, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, também denominada Convenção de Nova York, assinada em 30 de março de 2007, a qual serviu de amparo a duas leis importantíssimas que potencializaram a adoção de uma política de educação inclusiva: Lei nº 12.764/12 e Lei nº 13.146/15.

Conforme destacado pela Ministra Rosa Weber em seu voto no julgamento da ADI 5357 MC-Ref pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), em 09/06/2016, houve um **“aumento expressivo das matrículas de alunos com deficiência na educação básica regular**, em escolas públicas e particulares, de 13% em 1998 para 79% em 2014, conforme dados do Censo Escolar de 2014” (ADI 5357 MC-Ref / DF, 2016, p. 33).

Isto porque, com a Convenção de Nova York, o conceito de educação inclusiva ganhou novos contornos, já que, pela Declaração de Salamanca (UNESCO, 1994), escola inclusiva é aquela onde todas as crianças aprendem juntas, desde que possível, admitindo, nessa senda, exceções à regra da inclusão, ou seja, a possibilidade de substituição da educação básica pela especial em alguns casos excepcionais.

Observe-se, a propósito, a linha de ação sugerida pela Declaração de Salamanca em nível nacional, no que tange a política e organização:

19. Políticas educacionais deveriam levar em total consideração as diferenças e situações individuais. A importância da linguagem de signos como meio de comunicação entre os surdos, por exemplo, deveria ser reconhecida e provisão deveria ser feita no sentido de garantir que todas as pessoas surdas tenham acesso a educação em sua língua nacional de signos. Devido às necessidades particulares de comunicação dos surdos e das pessoas surdas/cegas, a educação deles pode ser mais adequadamente provida em escolas especiais ou classes especiais e unidades em escolas regulares. (UNESCO, 1994, p.7)

Destarte, ao estabelecer no artigo 3 os princípios gerais – entre eles a plena e efetiva participação e inclusão na sociedade, a igualdade de oportunidades e a acessibilidade – e nos artigos 4 e 24 as obrigações dos Estados Partes, a Convenção de Nova York, incorporada pelo Decreto nº 6.949/2009, não deixa dúvidas quanto à imperatividade da educação inclusiva na rede regular de ensino, não havendo na Convenção exceção à regra, nem mesmo para crianças cegas, surdocegas e surdas.

O art. 24 da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, ou Convenção de Nova York, cuida especificamente da educação e estatui que o direito das pessoas com deficiência à educação deve se realizar em todos os níveis por meio da inclusão no “sistema educacional geral”, inexistindo no compromisso reafirmado pelo Estado brasileiro qualquer dispositivo excludente que se assemelhe ao art. 58, § 2º da Lei nº 9.394/96, no sentido de que, em razão das condições específicas dos alunos, se impossível sua integração nas classes comuns de ensino regular, devem ser matriculados em classes ou escolas especiais.

Além disso, ainda segundo o art. 24 da Convenção de Nova York, os Estados Partes adotarão todas as medidas de apoio necessárias ao máximo desenvolvimento dos talentos, criatividade e habilidades físicas e intelectuais dos indivíduos com deficiência.

Para a realização do direito à educação em um sistema educacional inclusivo, a Convenção de Nova York promulgada pelo Decreto nº 6.949/09 determina, ainda, no item 2 do art. 24 que os Estados Partes assegurem que:

a) As pessoas com deficiência não sejam excluídas do sistema educacional geral sob alegação de deficiência e que as crianças com deficiência não sejam excluídas do ensino primário gratuito e compulsório ou do ensino secundário, sob alegação de deficiência;

- b) As pessoas com deficiência possam ter acesso ao ensino primário inclusivo, de qualidade e gratuito, e ao ensino secundário, em igualdade de condições com as demais pessoas na comunidade em que vivem;
- c) Adaptações razoáveis de acordo com as necessidades individuais sejam providenciadas;
- d) As pessoas com deficiência recebam o apoio necessário, no âmbito do sistema educacional geral, com vistas a facilitar sua efetiva educação;
- e) Medidas de apoio individualizadas e efetivas sejam adotadas em ambientes que maximizem o desenvolvimento acadêmico e social, de acordo com a meta de inclusão plena.

Delineado o panorama dos acordos internacionais que contribuíram para a construção de um sistema educacional inclusivo, fica mais fácil compreender o contexto no qual foram criadas as normas infraconstitucionais brasileiras voltadas ao direito à educação das pessoas com deficiência, entre elas as pessoas com transtorno do espectro autista.

1.4. NORMAS CONSTITUCIONAIS E INFRACONSTITUCIONAIS

Entre os objetivos da República Federativa do Brasil, estão a construção de uma sociedade justa e solidária, a redução das desigualdades sociais e a promoção do bem de todos, sem qualquer discriminação, sendo a dignidade da pessoa humana um dos fundamentos da República, a teor dos arts. 1º, III e 3º da CF.

Até o advento da CF, o direito das crianças com transtorno do espectro autista à educação escolar não era reconhecido em sua plenitude, conforme retrata Bereohff em 1993:

Se fizermos uma retrospectiva, somente há algumas décadas que a total ausência de atenção a essa demanda foi substituída por tímidas iniciativas de caráter filantrópico, só ultimamente sendo legalmente reconhecido o direito dessas crianças à educação escolar. (BEREOHFF, 1993, 2019, p. 12).

A CF, em seu art. 6º, estabelece a educação como um direito fundamental de natureza social e, em seu art. 205, classifica a educação como um direito de todos e dever do Estado e da Família, sendo promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, para um pleno desenvolvimento do indivíduo e seu preparo para o exercício da cidadania.

O dever do Estado com a educação dá-se mediante a garantia de educação básica, que, a teor do art. 208 da CF c/c art. 21 da LDB, engloba os ensinos infantil, fundamental e médio do sistema geral. Conforme esclarece André Ramos Tavares,

A educação básica alberga as crianças desde os quatro anos de idade até completarem dezessete anos, conforme dispõe o art. 208, I, em sua nova redação dada pela EC n. 59, de 11 de novembro de 2009. Em realidade, ao antigo ensino fundamental foi incorporado um ano (o ensino fundamental passou de oito para nove anos) com a EC n. 53, de 19 de dezembro de 2006, que retirou da educação infantil (creche e pré-escola) as crianças com mais de cinco anos de idade (redação atual do art. 208, IV). Já reafirmou o STF que creche e pré-escola são obrigação do Estado, por força de norma cogente do art. 208, inc. IV, da Constituição, que incumbe ser observada pelo Poder Público (RE-Agr 384201-SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO). (TAVARES, 2021, p. 784)

Sendo a igualdade de condições para o acesso e permanência na escola um princípio constitucional a ser observado no ensino (art. 206, I, da CF), tem-se que escolas especiais não estão inseridas nesse contexto, visto que a educação especial não é uma modalidade da educação básica, mas uma modalidade de educação escolar transversal, não substitutiva, que deve ser ofertada mediante atendimento educacional especializado complementar ou suplementar ao ensino regular.

Nesse sentido, a CF deixa claro que a educação básica é obrigatória e será ministrado na rede regular para todos, indistintamente, de modo que não se pode confundir o atendimento educacional especializado (AEE) previsto no art. 208, III – suporte extra (humano e estrutural) para garantir a educação efetiva na rede regular – com escola especial ou mesmo classe especial dentro do sistema geral.

Tanto assim o é que, poucos anos depois, o Brasil reafirmou compromisso internacional na Declaração de Salamanca no sentido de que:

27. Crianças com necessidades especiais deveriam receber **apoio instrucional adicional no contexto do currículo regular**, e não de um currículo diferente. O princípio regulador deveria ser o de providenciar **a mesma educação a todas as crianças**, e **também prover assistência adicional e apoio às crianças que assim o requeiram**. (UNESCO, 1994)

É importante relembrar, ainda, que, nos termos do art. 208, III da CF, a garantia de atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência é um dever do Estado com a educação, o qual deve ser efetivado “preferencialmente” na rede regular de ensino.

Com isso, a CF determina que o Estado priorize o atendimento especializado na rede regular de ensino, em detrimento das escolas especiais, o que será abordado detalhadamente na subseção 1.4.1.

No tocante às instituições privadas, de qualquer nível e modalidade de ensino, embora gozem de liberdade no exercício de sua atividade econômica, a CF determina que devem respeitar as “normas gerais da educação nacional”, conforme norma inserida no art. 209, I, mas foi somente com a Lei nº 13.146/2015 que o legislador estendeu às instituições privadas, em âmbito infraconstitucional, alguns dos deveres impostos ao Poder Público no que tange ao direito à educação.

No art. 227, a CF aborda as proteções e garantias destinadas às crianças, adolescentes e jovens portadores de deficiência. Em 1990, o artigo foi regulamentado pela Lei nº 8.069/90 (BRASIL, 1990), conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

Um ano antes da criação do ECA, editou-se a Lei 7.853/89, que, no art. 8º, I, definiu como crime punível com reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa “recusar, suspender, procrastinar, cancelar ou fazer cessar, sem justa causa, a inscrição de aluno em estabelecimento de ensino de qualquer curso ou grau, público ou privado, por motivos derivados da deficiência que porta”. Em 2015, a norma foi enrijecida, com as alterações introduzidas pela Lei 13.146/15.

A Lei nº 7.853/89 foi regulamentada somente em 1999, por meio do Decreto nº 3.298/1999 (BRASIL, 1999), que, apesar do atraso, andou bem ao definir no art. 24, II como uma das medidas públicas para viabilizar o acesso à educação “a inclusão, no sistema educacional, da educação especial como modalidade de educação escolar que permeia transversalmente todos os níveis e as modalidades de ensino”. Por outro lado, no inciso I do mesmo artigo, o referido Decreto colocou como medida prioritária “a matrícula compulsória em cursos regulares de estabelecimentos públicos e particulares de pessoa portadora de deficiência capazes de se integrar na rede regular de ensino”, norma existente também na lei regulada (art. 2º, parágrafo único, I, “F”).

Nesse cenário é que foi editada a Lei nº 8.069/90, ou Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990), assegurando à criança e ao adolescente portadores de deficiência atendimento educacional especializado preferencialmente na rede regular de ensino (art. 54, III), sendo obrigação dos pais ou responsável matricular seus filhos ou pupilos na rede regular (art. 55). No art. 208, II do ECA, o legislador preocupou-se em proteger os interesses das crianças e adolescentes com deficiência contra o não oferecimento ou a oferta irregular do atendimento

educacional especializado, determinando que as ações de responsabilidade por ofensa a esse direito serão regidas pelas disposições do ECA.

Dois anos depois da Conferência Mundial de Educação Especial em Salamanca, foi sancionada a Lei 9.394/96 (BRASIL, 1996), ou Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB), estabelecendo, em sua redação original, que é dever do Estado com educação escolar pública garantir “atendimento educacional especializado gratuito aos educandos com necessidades especiais, preferencialmente na rede regular de ensino” (art. 4º, III), sendo este entendido como “educação especial” (art. 58, *caput*), e que é dever dos pais ou responsáveis efetuar a matrícula das crianças na educação básica a partir dos 4 (quatro) anos de idade (art. 6º).

De acordo com o art. 21 da LDB, a educação escolar, aqui compreendida como regular, estrutura-se em dois níveis: educação básica (dividida em três etapas: infantil, fundamental e ensino médio) e educação superior.

De fato, a educação especial não está integrada à educação regular como uma etapa ou modalidade substitutiva da educação *sub lege* e obrigatória, o que se extrai da CF, como já sublinhado, e da própria estrutura da LDB.

No Capítulo II do Título V, a LDB divide a Educação Básica em cinco modalidades: Educação Infantil, Ensino Fundamental, Ensino Médio, Educação Profissional Técnica de Nível Médio e Educação de Jovens e Adultos (EJA), tratando da Educação Profissional e Tecnológica e da Educação Especial em capítulos apartados (respectivamente, Capítulos III e V do Título V).

Em 2013, o art. 4º, III da Lei de Diretrizes e Bases da Educação foi alterado pela Lei nº 12.796/2013 (BRASIL, 2013), que substituiu o termo educandos “com necessidades especiais” por educandos “com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação, transversal a todos os níveis, etapas e modalidades”.

No entanto, manteve-se na redação do aludido art. 4º, III a palavra “preferencialmente”, perdendo-se a oportunidade de, por meio da lei, retirar dos dirigentes de ensino uma das maiores

desculpas para se furtarem de efetivar o direito dessas pessoas a uma educação de fato inclusiva (v. subseção 1.4.1).

Situação idêntica ocorreu com o art. 58, *caput* da LDB, que sofreu alteração em sua redação com a edição da Lei nº 12.796/2013, para substituir “educandos portadores de necessidades especiais” por “educandos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação”, mas continua deixando brecha para a escusa de instituições de ensino com base na palavra “preferencialmente”, que permaneceu no texto:

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. (BRASIL, 2013).

As discriminações de pessoas deficientes em decorrência de interpretações errôneas da LDB, em desconformidade com a CF, tornaram-se mais ainda insubsistentes com a realização da Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência, também conhecida como Convenção de Guatemala, ocorrida em 1999 e incorporada no ordenamento jurídico brasileiro através do Decreto nº 3.956/2001 (BRASIL, 2001), da qual o Brasil é signatário.

Com base no disposto no art. 24 da Convenção de Nova York, foi editado o Decreto nº 7.611/2011 (BRASIL, 2011), que dispõe sobre a educação especial e o atendimento educacional especializado.

De acordo com o §1º do art. 2º do Decreto nº 7.611/2011, atendimento educacional especializado é o “conjunto de atividades, recursos de acessibilidade e pedagógicos organizados institucional e continuamente”, oferecidos de forma complementar (para estudantes com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento) ou suplementar (para estudantes com altas habilidades ou superdotação) na rede regular de ensino. A teor do art. 3º do referido Decreto, os objetivos do atendimento educacional especializado são:

- I - prover condições de acesso, participação e aprendizagem no ensino regular e garantir serviços de apoio especializados de acordo com as necessidades individuais dos estudantes;
- II - garantir a transversalidade das ações da educação especial no ensino regular;

- III - fomentar o desenvolvimento de recursos didáticos e pedagógicos que eliminem as barreiras no processo de ensino e aprendizagem; e
- IV - assegurar condições para a continuidade de estudos nos demais níveis, etapas e modalidades de ensino. (BRASIL, 2011)

No Decreto nº 7.611/2011, fica evidente o que já havia sido preconizado na LDB: educação especial não substitui as educações básica e superior, mas é transversal a elas, devendo ser oferecida no ensino regular de forma complementar ou suplementar, conforme o caso, tanto que, para efeito da distribuição dos recursos do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (FUNDEB), admite-se desde 2007 a dupla matrícula dos estudantes da educação regular da rede pública que recebem atendimento educacional especializado, conforme art. 9º-A do Decreto nº 6.253/2007 (BRASIL, 2007), revogado pelo Decreto nº 10.656/2021 (BRASIL, 2021), que, em seu art. 22, I, manteve a dupla matrícula nas mesmas condições.

Sobre o FUNDEB, como acentuado por André Ramos Tavares:

A Emenda Constitucional n. 14/96 criou o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental (FUNDEF) e Valorização dos Profissionais da Educação. Destina-se ao ensino fundamental, sendo que os recursos são distribuídos aos Municípios de forma proporcional ao número de alunos nas respectivas redes de ensino fundamental.

Esse Fundo representou um importante avanço no estabelecimento constitucional de prioridades orçamentárias. Significou, inicialmente, que do total solicitado aos Estados, Municípios e DF, indicado acima, pelo menos 60% deveria ser destinado ao ensino fundamental, objetivando sua universalização e remuneração condigna do magistério.

[...]

Em 2007, o FUNDEF foi substituído pelo Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (FUNDEB).

[...]

O FUNDEB não é um fundo único. Cada um dos Estados da federação e do Distrito Federal possuem seu próprio fundo para gerenciar e distribuir recursos à educação básica de nível estadual e municipal.

Dentre as disposições constitucionalmente criadas pela EC n. 108/2020 temos a elevação da participação da União na destinação de verbas à educação de 10% para 23%, a partir do dia 1 de janeiro de 2021. Isto é, o art. 212-A, V, da Constituição, com redação da EC n. 108/2020, passou a determinar que a União deverá complementar os recursos em no mínimo 23%. Para que isso ocorra, o art. 60, do ADCT, institui uma alíquota progressiva que se inicia em 12% no primeiro ano, até atingir 23%, no mínimo, no sexto ano.

A incorporação do FUNDEB de forma definitiva no texto constitucional bem pode ser catalogada como uma das mais importantes políticas de desenvolvimento do país, permitindo a efetivação do direito ao acesso à educação, com um importante grau de autonomia para a gestão de recursos e investimento. (TAVARES, 2021, p. 786-787)

Ademais disso, cumpre registrar que, antes do Decreto nº 7.611/2011, o conceito de atendimento educacional especializado (AEE) não era expressamente definido, resultando no seu tratamento pela LDB como sinônimo de “educação especial”.

Com o advento da Lei nº 12.764/12 (BRASIL, 2012), ou Lei Berenice Piana, que instituiu a Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista, o indivíduo com TEA foi, enfim, classificado como pessoa com deficiência (art. 1º, §2º), com o seu direito de acesso à educação expressamente corroborado no art. 3º, IV, “a”, evidenciando, portanto, a preocupação do legislador em garantir de forma objetiva e clara esse direito fundamental dos portadores de TEA.

Referendando o disposto na Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, a Lei Berenice Piana tratou de garantir aos estudantes com transtorno do espectro autista a inclusão nas classes comuns de ensino regular, afastando a possibilidade de exclusão que, na prática, advinha da aplicação do termo “preferencialmente” e do disposto no art. 58, § 2º da LDB, a teor da mensagem de veto do inc. IV do art. 2º da Lei Berenice Piana:

Ouvido, o Ministério da Educação manifestou-se pelo veto aos seguintes dispositivos:

Inciso IV do art. 2º

IV - a inclusão dos estudantes com transtorno do espectro autista nas classes comuns de ensino regular e a garantia de atendimento educacional especializado gratuito a esses educandos, quando apresentarem necessidades especiais e sempre que, em função de condições específicas, não for possível a sua inserção nas classes comuns de ensino regular, observado o disposto no Capítulo V (Da Educação Especial) do Título V da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional);

Parágrafo 2º do art. 7º

§ 2º Ficam ressalvados os casos em que, comprovadamente, e somente em função das especificidades do aluno, o serviço educacional fora da rede regular de ensino for mais benéfico ao aluno com transtorno do espectro autista.

Razões do veto

Ao reconhecer a possibilidade de exclusão de estudantes com transtorno do espectro autista da rede regular de ensino, os dispositivos contrariam a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, internalizada no direito brasileiro com status de emenda constitucional. Ademais, as propostas não se coadunam com as diretrizes que orientam as ações do poder público em busca de um sistema educacional inclusivo, com atendimento educacional especializado nas formas complementar e suplementar. (BRASIL, 2012, Mensagem de Veto).

Pouco tempo depois da aprovação do Plano Nacional de Educação – PNE (BRASIL, 2014), a Lei Berenice Piana foi regulamentada pelo Decreto nº 8.368/14 (BRASIL, 2014), que, no art. 4º, classifica a educação especial como transversal à educação básica e superior e garante a não-discriminação e a igualdade de oportunidades, em total consonância com a Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência.

A Lei nº 13.005/2014 (BRASIL, 2014), conhecida como Plano Nacional de Educação (PNE), estabelece, entre outras metas, a universalização do ensino às pessoas com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação e o atendimento educacional especializado preferencialmente na rede regular de ensino. No art. 8º, § 1º, III, determina que, no prazo de 1 (um) ano, os planos de educação de Estados, Distrito Federal e Municípios deverão estar de acordo com as diretrizes, metas e estratégias previstas no PNE, prevendo estratégias que “garantam o atendimento das necessidades específicas na educação especial, assegurado o sistema educacional **inclusivo em todos os níveis, etapas e modalidades**”.

Posteriormente, adveio a Lei 13.146/15 (BRASIL, 2015), ou Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, que, em observância à Convenção de Nova York, preconiza, em seu art. 27, que a educação constitui um direito da pessoa com deficiência, assegurando um sistema educacional inclusivo, com a finalidade de se alcançar o máximo desenvolvimento do aluno no processo de aprendizagem. Além disso, operou valorosa mudança no art. 8º, I da já citada Lei nº 7.853/89, contribuindo, ainda que não satisfatoriamente, para aumentar o caráter inibitório do dispositivo.

Contudo, foi em seu art. 28, § 1º que trouxe sua maior contribuição, ao estabelecer 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, sendo vedada a cobrança de valores adicionais de qualquer natureza em suas mensalidades, anuidades e matrículas no cumprimento dessas determinações. (BRASIL, 2015)

Tamanho foi o impacto financeiro da norma nas escolas privadas da rede regular de ensino que a Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino – CONFENEN ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5357 MC / DF contra a obrigatoriedade dessas escolas de oferecer atendimento educacional especializado (AEE) às pessoas com deficiência, tendo

como fundamentos a violação ao direito de propriedade, devido ao alto custo do AEE, a liberdade de ensino para a iniciativa privada e o dever do Estado de prestar esse atendimento especial.

Em Sessão Plenária de 09/06/2016, o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu, por unanimidade, converter o julgamento do referendo da cautelar em julgamento de mérito, julgando, por maioria e nos termos do Voto do Relator Ministro Edson Fachin, improcedente a ação direta de inconstitucionalidade, nos termos da ementa abaixo transcrita:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA CAUTELAR. LEI 13.146/2015. ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. ENSINO INCLUSIVO. CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. INDEFERIMENTO DA MEDIDA CAUTELAR. CONSTITUCIONALIDADE DA LEI 13.146/2015 (arts. 28, § 1º e 30, caput, da Lei nº 13.146/2015).

1. A Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência concretiza o princípio da igualdade como fundamento de uma sociedade democrática que respeita a dignidade humana.

2. À luz da Convenção e, por consequência, da própria Constituição da República, o ensino inclusivo em todos os níveis de educação não é realidade estranha ao ordenamento jurídico pátrio, mas sim imperativo que se põe mediante regra explícita.

3. Nessa toada, a Constituição da República prevê em diversos dispositivos a proteção da pessoa com deficiência, conforme se verifica nos artigos 7º, XXXI, 23, II, 24, XIV, 37, VIII, 40, § 4º, I, 201, § 1º, 203, IV e V, 208, III, 227, § 1º, II, e § 2º, e 244.

4. Pluralidade e igualdade são duas faces da mesma moeda. O respeito à pluralidade não prescinde do respeito ao princípio da igualdade. E na atual quadra histórica, uma leitura focada tão somente em seu aspecto formal não satisfaz a completude que exige o princípio. Assim, a igualdade não se esgota com a previsão normativa de acesso igualitário a bens jurídicos, mas engloba também a previsão normativa de medidas que efetivamente possibilitem tal acesso e sua efetivação concreta.

5. O enclausuramento em face do diferente furta o colorido da vivência cotidiana, privando-nos da estupefação diante do que se coloca como novo, como diferente.

6. É somente com o convívio com a diferença e com o seu necessário acolhimento que pode haver a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, em que o bem de todos seja promovido sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (Art. 3º, I e IV, CRFB).

7. A Lei nº 13.146/2015 indica assumir o compromisso ético de acolhimento e pluralidade democrática adotados pela Constituição ao exigir que não apenas as escolas públicas, mas também as particulares deverão pautar sua atuação educacional a partir de todas as facetas e potencialidades que o direito fundamental à educação possui e que são densificadas em seu Capítulo IV.

8. Medida cautelar indeferida.

9. Conversão do julgamento do referendo do indeferimento da cautelar, por unanimidade, em julgamento definitivo de mérito, julgando, por maioria e nos termos do Voto do Min. Relator Edson Fachin, improcedente a presente ação direta de inconstitucionalidade.

(ADI 5357 MC-Ref, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 09/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-240 DIVULG 10-11-2016 PUBLIC 11-11-2016)

Face aos argumentos fáticos e jurídicos empinados pela CONFENEN na ADI nº 5357 MC / DF, entre eles o alto custo do Atendimento Educacional Especializado (AEE) para as escolas particulares, além de suas possibilidades financeiras, não se deve perder de vista a análise feita por André Ramos Tavares sobre a atuação da iniciativa privada no mercado de ensino:

O chamado ‘mercado do ensino’, e, mais rigorosamente falando, o do ensino universitário, é um dos setores mais fortemente regulados no Brasil, com diversos mecanismos de controle de fiscalização, especialmente de ordem qualitativa. Por isso é que observamos, no mesmo art. 209, a exigência expressa de que se cumpram determinadas condições para que se possa falar de livre iniciativa privada no âmbito do mercado de ensino. Dessa forma, como já tive oportunidade de observar, ‘O ensino não pode ser transformado em commodity pelo e no interesse de uma entidade despersonalizada e abstrata denominada ‘mercado’, especialmente quando estiver sob regime de concentração empresarial.’”

“Admitir que esse setor seja dirigido exclusivamente pelas pretensões do chamado mercado, cuja decisão central é pautada prioritariamente na melhor margem de lucratividade, significaria “o abandono das eficiências e funcionalidades da própria educação”.

“É função do Estado tutelar, por meio de todos os seus órgãos, incluindo o MEC, mas também o CADE, o incremento dos níveis de acesso à educação e a manutenção de sua qualidade, preocupações que podem não estar no horizonte de estruturas empresariais com foco na ampliação de suas margens de lucro. (TAVARES, 2021, p. 778-779)

Prosseguindo, destaca-se, ainda, a atenção dada pelo legislador infraconstitucional à capacitação profissional e ao acompanhante especializado, presente na dicção do art. 59, III da LDB, dos arts. 2º, VII e 3º, parágrafo único da Lei Berenice Piana e do art. 28, X e XI da LBI.

Em 30 de setembro de 2020, o Decreto nº 10.502 instituiu a Política Nacional de Educação Especial: Equitativa, Inclusiva e com Aprendizado ao Longo da Vida em cumprimento ao disposto no art. 8º, § 1º da LDB, mas teve seus efeitos suspensos por força de liminar referendada pelo Plenário do STF em 21/12/2020 na ADI nº 6590 MC-Ref, cuja ementa restou redigida nos seguintes termos, *in verbis*:

Referendo de medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade. Decreto nº 10.502, de 30 de setembro de 2020. Política Nacional de Educação Especial: Equitativa, Inclusiva e com Aprendizado ao Longo da Vida. Ato normativo que inova no ordenamento jurídico. Densidade normativa a justificar o controle abstrato de constitucionalidade. Cabimento. Artigo 208, inciso III, da Constituição Federal e Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Educação inclusiva como paradigma constitucional. Inobservância. Medida cautelar deferida referendada.

1. O Decreto nº 10.502/2020 inova no ordenamento jurídico. Seu texto não se limita a pormenorizar os termos da lei regulamentada (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional), promovendo a introdução de uma nova política educacional nacional, com o estabelecimento de institutos, serviços e obrigações que, até então, não estavam

inseridos na disciplina educacional do país, sendo dotado de densidade normativa a justificar o cabimento da presente ação direta de inconstitucionalidade. Precedentes: ADI nº 3.239/DF, Rel. Min. Cezar Peluso, Rel. p/ o ac. Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, DJe de 1º/2/2019; ADI nº 4.152/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, DJe de 21/9/2011; ADI nº 2.155/PR-MC, Rel. Min. Sydney Sanches, Tribunal Pleno, DJ de 1º/6/2001.

2. A Constituição estabeleceu a garantia de atendimento especializado às pessoas com deficiência preferencialmente na rede regular de ensino (art. 208, inciso III). O Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência - primeiro tratado internacional aprovado pelo rito legislativo previsto no art. 5º, § 3º, da Constituição Federal e internalizado por meio do Decreto Presidencial nº 6.949/2009 - veio reforçar o direito das pessoas com deficiência à educação livre de discriminação e com base na igualdade de oportunidades, pelo que determina a obrigação dos estados partes de assegurar um sistema educacional inclusivo em todos os níveis. Precedente: ADI nº 5.357/DF, Rel. Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, DJe de 11/11/16.

3. O paradigma da educação inclusiva é o resultado de um processo de conquistas sociais que afastaram a ideia de vivência segregada das pessoas com deficiência ou necessidades especiais para inseri-las no contexto da comunidade. Subverter esse paradigma significa, além de grave ofensa à Constituição de 1988, um retrocesso na proteção de direitos desses indivíduos.

4. A Política Nacional de Educação Especial questionada contraria o paradigma da educação inclusiva, por claramente retirar a ênfase da matrícula no ensino regular, passando a apresentar esse último como mera alternativa dentro do sistema de educação especial. Desse modo, o Decreto nº 10.502/2020 pode vir a fundamentar políticas públicas que fragilizam o imperativo da inclusão de alunos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação na rede regular de ensino.

5. Medida cautelar referendada.

(ADI 6590 MC-Ref, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 21/12/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-027 DIVULG 11-02-2021 PUBLIC 12-02-2021)

Em que pese o Presidente da República tenha defendido, na ação, a constitucionalidade do ato com base na alegada ampliação da política de educação especial, que teria sido feita justamente para alcançar os alunos com deficiência que não estariam sendo beneficiados pelas escolas regulares inclusivas, é relevante destacar, em adendo aos fundamentos constantes da ementa do julgado *retro*, alguns excertos do voto do Relator da ADI nº 6590 MC-Ref, Ministro Dias Toffoli, os quais clarificam a ideia de que toda escola comum deve ser inclusiva e todo aluno com deficiência, transtorno global do desenvolvimento, altas habilidades ou superdotação deve estar matriculado na rede regular de ensino, não na especial:

Não se pretende afirmar aqui que o ordenamento constitucional veda a existência de classes e escolas especializadas, até porque a própria Constituição ressalva que a inclusão das pessoas com deficiência na rede regular de ensino se dará preferencialmente.

Aliás, trata-se de possibilidade aventada na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (arts. 4º, al. I, inc. III, e 58, § 2º), a qual, todavia, **expressa a excepcionalidade da medida de exclusão, estabelecendo como primeira hipótese a matrícula de todos os alunos no sistema geral.**

[...]

O paradigma da educação inclusiva, portanto, é o resultado de um processo de conquistas sociais que afastaram a ideia de vivência segregada das pessoas com

deficiência ou necessidades especiais para inseri-las no contexto da comunidade. Assim, apesar de coexistir com a implementação de escolas e classes especializadas, **não comporta a transformação da exceção em regra**, pois significaria uma involução na proteção de direitos desses indivíduos.

Assim, em uma interpretação sistemática dos princípios e dispositivos constitucionais aplicáveis à matéria, é de se ressaltar a **absoluta prioridade a ser concedida à educação inclusiva, não cabendo ao Poder Público recorrer aos institutos das classes e escolas especializadas para furtar-se às providências de inclusão educacional de todos os estudantes.**

[...] a educação inclusiva não significa a implementação de uma nova instituição, mas a **adaptação de todo o sistema de educação regular**, no intuito de congregiar alunos com e sem deficiência no âmbito de uma mesma proposta de ensino, na medida de suas especificidades.

[...]

Ocorre que, de uma interpretação sistemática das normas constitucionais e infraconstitucionais aplicáveis à matéria, extrai-se que a educação na rede regular de ensino é o paradigma para a educação especial, devendo o Poder Público adotá-la como ponto de partida para a formulação de políticas educacionais para as pessoas portadoras de deficiência. Revela-se, portanto, imperativa a adoção de providências voltadas à inclusão educacional de todos os estudantes no ensino. (ADI 6590 MC-Ref / DF, 2020, p. 31-37)

1.4.1 O problema do termo “preferencialmente” e do art. 58, § 2º, da LDB

No que tange aos problemas que limitam a eficácia das normas que regulam o direito à educação inclusiva, constatamos a interpretação indevida do termo “preferencialmente” – que está presente não apenas na CF (208, III), mas igualmente na legislação infraconstitucional (arts. 4º, III, 58, *caput* e 60, parágrafo único, da LDB; art. 54, III, da Lei nº 8.069/90; e art. 1º, VII, do Decreto nº 7.611/2011) – e a redação integracionista (não inclusiva) do art. 58 § 2º da LDB.

Nos termos do art. 208, III, da CF:

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;

Como já vimos, a educação inclusiva para deficientes deve se dar obrigatoriamente na rede regular, com atendimento especializado, tratando-se de direito indisponível de acesso à educação, sem segregação. O Estado deve, então, priorizar o atendimento especializado na rede regular de ensino, em detrimento das escolas especiais, não sendo as classes comuns da rede regular mera alternativa.

Isto significa que o Poder Público não pode dispender recursos investindo em atendimento educacional especializado na rede especial de ensino, ou mesmo criando classes e/ou escolas especiais, quando houver, de outro lado, escolas do ensino comum ainda não inclusivas.

A compreensão do termo “preferencialmente” deve ser extraída do contexto da destinação dos recursos públicos, o que está evidente no art. 212, § 3º da CF e, inclusive, no art. 60, parágrafo único, da LDB.

Em respaldo ao acima asseverado, merecem registro os apontamentos feitos pela Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão, em 2004, no documento **O Acesso de Alunos com Deficiência às Escolas e Classes Comuns da Rede Regular**, quanto ao “preferencialmente” constante do art. 208, III, da CF:

Este advérbio refere-se a atendimento educacional especializado, ou seja, aquilo que é necessariamente diferente no ensino escolar para melhor atender às especificidades dos alunos com deficiência. Isto inclui, principalmente, instrumentos necessários à eliminação das barreiras que as pessoas com deficiência têm para relacionar-se com o ambiente externo. Por exemplo: ensino da Língua brasileira de sinais (Libras), do código Braille, uso de recursos de informática e outras ferramentas tecnológicas, além de linguagens que precisam estar disponíveis nas escolas comuns para que elas possam atender com qualidade aos alunos com e sem deficiência.

O atendimento educacional especializado deve estar disponível em todos os níveis de ensino escolar, de preferência nas escolas comuns da rede regular. Este é o ambiente escolar mais adequado para se garantir o relacionamento dos alunos com seus pares de mesma idade cronológica e para a estimulação de todo o tipo de interação que possa beneficiar seu desenvolvimento cognitivo, motor, afetivo.

Esse atendimento funciona em moldes similares a outros cursos que complementam os conhecimentos adquiridos nos níveis de Ensino Básico e Superior, como é o caso dos cursos de línguas, artes, informática e outros. Portanto, esse atendimento não substitui a escola comum para pessoas em idade de acesso obrigatório ao Ensino Fundamental (dos sete aos 14 anos) e será preferencialmente oferecido nas escolas comuns da rede regular. Diferente de outros cursos livres, o atendimento educacional especializado é tão importante que é garantido pela Constituição Federal. (MPF, 2004, p.8)

Não obstante, a palavra “preferencialmente” tem servido de brecha para que, sob aparente justificativa legal, dirigentes de ensino continuem “empurrando” pessoas com transtorno do espectro autista para escolas especiais, furtando-se do dever constitucional de garantir uma educação verdadeiramente inclusiva, o que, na esfera judicial, também se apresenta como um problema.

É, pois, no § 2º do 58 da LDB que a educação inclusiva encontra sua maior barreira no âmbito infraconstitucional, face à previsão de que a educação especial será feita 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”.

Aqui, não se pode dizer que a lei está se referindo àqueles alunos que, em razão do seu estado de saúde extremamente grave, próximo ao vegetativo, não podem frequentar nem mesmo as escolas especiais, pois a norma parte do pressuposto de que o aluno poderá receber a educação especial em “classes, escolas ou serviços especializados”.

Trata-se, portanto, de dispositivo legal flagrantemente segregante e discriminatório, ainda orientado por uma visão integracionista, em dissonância com a perspectiva de educação inclusiva, uma vez que, se a educação especial não é uma das etapas de educação obrigatória nem modalidade capaz de substituí-la, oferecer atendimento educacional especializado como se fosse educação básica ou superior a aluno fora da educação regular importa, inexoravelmente, em educação excludente, ou, pode-se dizer, em educação **inexistente**.

Imagina-se que o preceito constante do art. 58, § 2º da LDB tenha origem na interpretação equivocada do termo “preferencialmente”, contido tanto no texto constitucional (art. 208, III) quanto no *caput* do art. 58 da LDB, como se não fosse imperativa a matrícula de alunos com deficiência no ensino regular.

No documento **O Acesso de Alunos com Deficiência às Escolas e Classes Comuns da Rede Regular**, a Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão destaca a necessidade de se adotar uma interpretação progressiva das normas, em razão de possuírem termos como “sempre que possível” e “desde que capazes de se adaptar”, os quais não se coadunam com o novo movimento mundial (de inclusão):

A Lei 7.853/89, o Decreto 3.298/99 e outras normas infraconstitucionais e infralegais refletem certa distorção em relação ao que se extrai da Constituição Federal e da Convenção da Guatemala.

Os termos constantes destas normas, ao garantir às pessoas com deficiência o direito de acesso ao ensino regular sempre que possível, desde que capazes de se adaptar, refletem uma época histórica em que a integração esteve bastante forte, principalmente no Brasil. Na ótica da integração é a pessoa com deficiência que tem de se adaptar à sociedade, e não necessariamente a sociedade é que deve criar condições para evitar a exclusão. A integração é, portanto, a contraposição do atual

movimento mundial de inclusão. Neste, existe um esforço bilateral, mas é principalmente a sociedade que deve impedir que a exclusão ocorra.

Em uma interpretação progressiva, adequada com os princípios e objetivos constitucionais atuais de promoção do bem de todos, sem qualquer discriminação, entende-se que **essas normas, quando falam em sempre que possível, desde que capazes de se adaptar, estão se referindo a pessoas com severos comprometimentos de saúde.**

Essas pessoas, em estado de vida vegetativa, sem quaisquer condições de interação com o meio externo, que não são sequer público das chamadas escolas especiais, necessitam de cuidados de saúde que as impedem, ao menos temporariamente, de receberem educação escolar.

Caso ocorra uma melhora dessa condição de saúde, ainda que pequena, essas pessoas por direito deverão freqüentar escolas comuns da rede regular. Nesses ambientes educativos, certamente elas terão melhores oportunidades de se desenvolver no aspecto social e, quanto aos aspectos educacionais escolares, esses alunos poderão aprender o que lhes for possível. (MPF, 2004, p.21-22)

Tratar a educação de pessoas com deficiência nas escolas e classes comuns da rede regular como mera alternativa é um ato discriminatório e incompatível com a ideia de acesso universal à educação que, à época da publicação da LDB, já se encontrava sedimentada no ordenamento jurídico pátrio, em especial na CF.

Naquele mesmo documento, a Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão observa que:

Portanto, o direito ao atendimento educacional especializado previsto nos artigos 58, 59 e 60 da LDBEN (Lei 9394/96) e também na Constituição Federal, não substitui o direito à educação (escolarização) oferecida em classe comum da rede regular de ensino.

Vale lembrar que a LDBEN utiliza as expressões serviços de apoio especializado na escola regular e atendimento especializado como sinônimos de atendimento educacional especializado e **apenas diz que este pode ocorrer em classes ou escolas especiais, quando não for possível oferecê-lo em classe comum.** A LDBEN não diz que a escolarização poderá ser oferecida em ambiente escolar a parte. (MPF, 2004, p.10-11)

É cristalino, portanto, que o atendimento educacional especializado não substitui o direito à escolarização oferecida na rede regular de ensino, mas admitir a prestação do atendimento especializado por escolas especiais quando não for possível obtê-lo na rede regular, ainda que a pessoa permaneça matriculada em escola comum, contraria não só as diretrizes para uma educação inclusiva, mas todos os dispositivos constitucionais e legais que vimos até agora atinentes à matéria.

Certamente, a educação especial, como modalidade transversal a todas as modalidades de ensino e em todos os níveis, deve atuar de forma complementar ao ensino regular, em apoio ao desenvolvimento do aluno, mas é imprescindível que seja ofertada no âmbito da própria escola

comum e em turno inverso, ainda que por instituições comunitárias, confessionais ou filantrópicas sem fins lucrativos. Quando o aluno volta para a classe comum, não deixa de ser deficiente e demanda ações por parte da escola capazes de promover sua permanência e participação no ensino regular. Mesmo que o atendimento educacional especializado (não substitutivo) seja realizado em instituição especializada nesse serviço educacional, é oferta obrigatória do sistema geral de ensino.

Esse é o panorama, no que tange à educação inclusiva, das normas constitucionais e infraconstitucionais relativas aos direitos e proteções destinados às pessoas com deficiência, em especial as pessoas portadoras de Transtorno do Espectro Autista. A partir dele, será possível compreender melhor em que medida a Lei Berenice Piana e a LBI, a despeito dos avanços por elas trazidos, ainda estão aquém das mudanças esperadas para a efetivação da educação inclusiva no Brasil.

CAPÍTULO II: LIMITAÇÕES DAS LEIS Nº 12.764/12 E Nº 13.146/15

Nesse capítulo, serão analisadas, de forma detalhada, as principais barreiras e adversidades encontradas pelos portadores de TEA no acesso à educação, sob o ponto de vista jurídico, quando confrontadas com a difícil realidade vivida por esse grupo vulnerável, apesar do razoável amparo legal existente, com especial atenção para a Lei Berenice Piana (arts. 2º, VII, 3º, parágrafo único e 7º), a LBI (art. 28, X e XI) e a Lei 7.853/89 (art. 8º, I, alterado pelo art. 98 da LBI).

2.1 A (RECUSA DE) MATRÍCULA

O primeiro obstáculo enfrentado pelas pessoas com transtorno do espectro autista no acesso à educação encontra-se logo na sua porta de entrada: embora os dirigentes de ensino manifestem louvável preocupação em promover uma educação inclusiva plena, o que se tem visto na prática é que, mesmo após o advento da Lei Berenice Piana, pessoas com transtorno global do desenvolvimento continuam sendo mantidas fora do sistema educacional regular, em razão da recusa de matrícula.

Diversas são as justificativas para a recusa da matrícula escolar, amparadas na interpretação equivocada, mas muito conveniente, por parte dos dirigentes de ensino do termo “preferencialmente”, que permeia a CF, o ECA, a LDB e o PNE, o que foi analisado pormenorizadamente no Capítulo I, Seção 1.4.

Entre as desculpas das escolas da rede regular para “empurrar” a pessoa com TEA para escolas especiais, destacam-se a falta de laudo médico (CMA, 2019), a falta de capacitação profissional (PORTAL DA CIDADE BRUSQUE, 2021), número de vagas (FOLHA DE LONDRINA, 2014; FOLHA VITÓRIA, 2018), o não-atendimento pela família de condição imposta pela escola de contratação, às expensas do próprio aluno, de um professor-cuidador (INFÂNCIA, 2017) e a inexistência de estruturas adaptadas (SP NOTÍCIA, 2020; SILVA, 2019).

Não obstante, o laudo médico somente pode ser exigido como meio de comprovação para acompanhamento especializado, não podendo sua ausência justificar a recusa da matrícula.

Conforme orientação contida na Nota Técnica nº 04/2014/MEC/SECADI/DPEE (MEC. 2014), a escola não pode exigir a apresentação de laudo médico por parte do aluno nem mesmo para declará-lo no Censo Escolar e garantir-lhe o atendimento de suas necessidades educacionais especiais, já que o atendimento educacional especializado – AEE tem caráter pedagógico, não clínico, e a exigência de diagnóstico clínico do estudante consistiria em barreira ao seu acesso ao sistema de ensino. Na elaboração do Plano de Atendimento Educacional Especializado – Plano de AEE, a escola pode requerer ao aluno a apresentação de laudo médico, porém a título de complementação.

Outrossim, também não há previsão legal para a negativa de matrícula com base na falta de capacitação profissional e estruturas adaptadas, mormente depois da alteração promovida pelo art. 98 da LBI no art. 8º, I da Lei 7.853/89, excluindo do tipo penal a possibilidade de recusa “com justa causa”.

Com efeito, antes da LBI, a existência de “justa causa” para a recusa de inscrição de aluno em estabelecimento de ensino de qualquer curso ou grau, público ou privado, por motivos derivados da deficiência tornava o fato não criminoso. Assim é que, durante mais de duas décadas e apesar de todos os esforços legislativos em prol de políticas públicas inclusivas realizados desde a CF, a “justa causa” foi invocada pelos dirigentes escolares – e admitida pelo Judiciário – como sendo ausência de estrutura, falta de capacitação profissional, não-apresentação de laudo médico pelo aluno, entre outras condições.

A partir de 2015, a recusa de matrícula a deficiente que não seja fundada apenas na inexistência de vagas na escola para qualquer aluno, deficiente ou não, passou a ser considerada crime, eis que, como vimos no Capítulo I, Seção 1.4, é obrigação das escolas da rede regular matricular alunos com deficiência, transtorno global do desenvolvimento, altas habilidades ou superdotação e oferecer-lhes atendimento educacional especializado.

Antes mesmo das alterações em 2015 do art. 8º da Lei nº 7.853/89, esse dever já estava clarificado na Lei Berenice Piana, que não prevê qualquer exceção para a vedação à recusa de matrícula e, a fim de garantir a efetividade do direito de acesso à educação pelas pessoas com TEA, ainda estabelece no *caput* do art. 7º “multa de 3 (três) a 20 (vinte) salários-mínimos para gestor escolar, ou autoridade competente, que recusar a matrícula de aluno com transtorno do espectro autista, ou qualquer outro tipo de deficiência” (BRASIL, 2012). Em caso de

reincidência, apurada por processo administrativo, assegurado o contraditório e a ampla defesa, o gestor perderá o cargo (§ 1º do art. 7º).

No julgamento da ADI nº 6590 MC-Ref em 21/12/2020 pelo Plenário do STF, o Ministro Dias Toffoli salientou em seu voto o potencial inclusivo dessas políticas públicas na educação, haja vista o aumento de 87,1% em 2014 para 92,1% em 2018 nas matrículas de educandos de 4 a 17 anos da educação especial em classes comuns, conforme dados extraídos do censo escolar de 2018, coordenado pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira – Inep. (ADI 6590 MC-Ref / DF, 2020, p. 40)

Entretanto, apesar do aumento crescente do número de alunos deficientes matriculados na rede regular de ensino, impulsionado nos anos 2010 especialmente pelas Leis nº 12.764/2012 e nº 13.146/2015, a realidade que exsurge aos olhos aponta a existência de falhas na legislação, visto que a recusa de matrículas em razão da deficiência continua ocorrendo corriqueiramente, com fundamento nas mesmas justificativas de outrora, entre elas a inexistência de plano de atendimento educacional especializado na escola.

De uma análise do art. 7º da Lei Berenice Piana, percebe-se que o referido dispositivo legal é voltado apenas ao gestor escolar, ou autoridade competente, e que, se aplicado judicialmente por analogia à instituição de ensino, a multa nele prevista não tem caráter repressivo, inibitório nem educativo, pois o montante de 3 (três) a 20 (vinte) salários-mínimos para uma escola é relativamente pequeno.

Vejamos o que diz o art. 7º, *ipsis litteris*:

Art. 7º O gestor escolar, ou autoridade competente, que recusar a matrícula de aluno com transtorno do espectro autista, ou qualquer outro tipo de deficiência, será punido com multa de 3 (três) a 20 (vinte) salários-mínimos.

§ 1º Em caso de reincidência, apurada por processo administrativo, assegurado o contraditório e a ampla defesa, haverá a perda do cargo.

§ 2º (VETADO). (BRASIL, 2012)

Além disso, infere-se do *caput* do art. 7º da Lei Berenice Piana que a multa se aplicará ao gestor escolar, ou autoridade competente, da rede pública, na medida em que, no § 1º, prevê a abertura de processo administrativo em caso de reincidência e a “perda do cargo” do servidor como penalidade.

De acordo com os arts. 5º, 6º e 7º do Decreto nº 8.368/2014 (BRASIL, 2014), que regulamenta a Lei Berenice Piana, a multa será aplicada no âmbito dos estabelecimentos de ensino vinculados ao Ministério da Educação e das instituições de educação superior privadas, devendo ser denunciadas aos órgãos competentes e ao Ministério Público Federal as instituições de ensino estadual, distrital ou municipal que recusarem matrícula:

Art. 5º Ao tomar conhecimento da recusa de matrícula, o órgão competente ouvirá o gestor escolar e decidirá pela aplicação da multa de que trata o caput do art. 7º da Lei nº 12.764, de 2012.

§ 1º Caberá ao Ministério da Educação a aplicação da multa de que trata o caput, no âmbito dos estabelecimentos de ensino a ele vinculados e das **instituições de educação superior privadas**, observado o procedimento previsto na Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999.

§ 2º O Ministério da Educação dará ciência da instauração do processo administrativo para aplicação da multa ao Ministério Público e ao Conselho Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência - Conade.

§ 3º O valor da multa será calculado tomando-se por base o número de matrículas recusadas pelo gestor, as justificativas apresentadas e a reincidência.

Art. 6º Qualquer interessado poderá denunciar a recusa da matrícula de estudantes com deficiência ao órgão administrativo competente.

Art. 7º O órgão público federal que tomar conhecimento da recusa de matrícula de pessoas com deficiência em instituições de ensino vinculadas aos sistemas de ensino estadual, distrital ou municipal deverá comunicar a recusa aos órgãos competentes pelos respectivos sistemas de ensino e ao Ministério Público. (BRASIL, 2014)

Assim, ocorrendo a recusa de matrícula de pessoa com TEA em razão da sua deficiência, o gestor público responderá administrativamente perante o Ministério da Educação ou perante a Secretaria, Estadual ou Municipal, de Educação, conforme o caso.

Ocorre que, na maioria dos casos, a pessoa lesada opta por buscar a tutela jurisdicional em face da própria instituição de ensino, deixando “de fora” o gestor. Ante à existência de lacuna na lei quanto à penalidade a ser imposta às escolas, o Judiciário tem aplicado por analogia o art. 7º, *caput*, condenando as escolas ao pagamento da multa de 3 (três) a 20 (vinte) salários-mínimos – montante significativo para um professor público cujos vencimentos correspondiam em média a três mil e quinhentos reais em 2014 (CAMARGO et al, 2018), mas ínfimo para uma escola se comparado aos gastos que ela teria para investir em atendimento educacional especializado – AEE, de modo que pagar uma dívida judicial acaba sendo mais vantajoso financeiramente para a escola do que ofertar o AEE ao aluno.

Outro ponto que merece destaque é que as instituições privadas também estão obrigadas a assegurar um sistema educacional inclusivo, em todos os níveis e modalidades, com condições de acesso, permanência, participação e aprendizagem da pessoa com deficiência, conforme já mencionado no Capítulo I, Seção 1.4, no qual vimos que, em 2016, o Plenário do STF declarou a constitucionalidade do art. 28, § 1º da Lei nº 13.146/2015 no julgamento da ADI nº 5357 MC-Ref. Mesmo depois de reconhecida a constitucionalidade da lei pela Corte mais alta do país, escolas particulares continuam negando a inscrição de pessoas com TEA, por entender que a inclusão é uma responsabilidade do Estado (MAROS, 2021).

Diante desse cenário e da falta de dispositivo semelhante na Lei nº 13.146/2015, o art. 7º, *caput* da Lei Berenice Piana por vezes é aplicado pelo Judiciário também às instituições privadas, quando se trata de recusa de matrícula em razão da deficiência, norma que, tal como no caso das escolas públicas, tem apresentado baixa eficácia social na iniciativa privada, ante o valor irrisório da multa, raramente fixada no patamar máximo legal de 20 (vinte) salários-mínimos.

Lembre-se que o salário-mínimo em 2012 era R\$ 622,00, em 2015 era R\$ 788,00 e, atualmente, é R\$ 1.212,00. (G1, 2020)

Portanto, em 2012 uma escola poderia ser condenada a pagar uma multa que variava entre R\$ 1.866,00 e R\$ 12.440,00. Hoje, a penalidade pode variar de R\$ 3.636,00 a R\$ 24.240,00.

Em nenhum dos casos, entretanto, seja a escola pública ou privada, a norma atingirá seu objetivo principal, que não é obrigar a escola a pagar, mas sim reprimir, inibir e educar.

Nesse sentido, é premente a alteração do art. 7º da Lei Berenice Piana, para prever expressamente a penalidade de multa (i) para as instituições de ensino, públicas e privadas, e em patamares (mínimo e máximo) bastante acima dos fixados para o gestor escolar no *caput*, bem como (ii) para o gestor da escola privada, em patamares iguais ao do gestor da escola pública, duplicados em caso de reincidência.

Relativamente ao número de vagas, construiu-se a narrativa de que, esgotadas as vagas destinadas a alunos com necessidades especiais, em sala especial ou não, seria possível negar-

lhes o ingresso, quando, em verdade, a legislação aplicável à matéria não estabelece cota para educação inclusiva – havendo vagas disponíveis na instituição de ensino, o indivíduo com TEA tem o direito de se matricular como qualquer outro indivíduo.

Nos julgados a seguir, é possível constatar a ocorrência das situações acima descritas, em que escolas recusam matrícula com base na não apresentação de relatórios médicos, na falta de capacitação, no não cumprimento de exigência de contratação pelo aluno de cuidador, na falta de vagas para autistas e na inexistência de estrutura adaptada, algumas dessas justificativas aceitas judicialmente, outras não: (TJ-SP, 2021a; TJ-SP, 2019b; TJ-SP, 2018; TJ-PE, 2018).

Uma solução comumente utilizada pelo Judiciário em casos de recusa de matrícula envolvendo a falta de atendimento educacional especializado e/ou estrutura adaptada na escola pública da rede regular de ensino é a condenação da entidade estatal ao custeio de escola particular da rede regular para a criança autista por prazo indeterminado. Essa solução, embora resolva o problema da criança de forma imediata, não está prevista em lei, sendo obrigação do Estado prestar esse serviço nas classes comuns de seus próprios estabelecimentos de ensino. O que se obtém na prática com esse tipo de decisão é uma **eternização** da falta de AEE e de investimentos em estrutura nas escolas públicas. Confira-se um caso que ilustra essa situação no julgado abaixo transcrito, de 30/09/2020, quase uma década depois da publicação da Lei Berenice Piana:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO À EDUCAÇÃO. OBRIGAÇÃO DO MUNICÍPIO DE CAMPOS DE GOYTACAZES DE CUSTEAR ESCOLA PARTICULAR PARA CRIANÇA COM AUTISMO. COMPROVAÇÃO INEQUÍVOCA, NO CURSO DA INSTRUÇÃO PROBATÓRIA, ACERCA DA INEXISTÊNCIA DE UNIDADES ESCOLARES DA REDE PÚBLICA DOTADAS DE CONDIÇÕES MÍNIMAS PARA A GARANTIR A INCLUSÃO DE ALUNOS COM DEFICIÊNCIA E PORTADORES DE NECESSIDADES ESPECIAIS. PROJETO POLÍTICO-PEDAGÓGICO DA INSTITUIÇÃO DE ENSINO INDICADA PELO ENTE MUNICIPAL QUE NÃO CONTEMPLA A EDUCAÇÃO ESPECIAL DE MANEIRA ADEQUADA. PROFISSIONAIS DESPREPARADOS E ESTRUTURA PRECÁRIA. REFORMA INTEGRAL DA SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. [...] **De plano, importante consignar que os documentos anexados aos autos permitiram constatar que houve, por parte dos responsáveis da menor, tentativas na seara administrativa para a efetivação de sua matrícula, o que não foi possível, diante da ausência de instituições de ensino que oferecessem as condições adequadas e inclusivas para crianças autistas. Assim, outra solução não houve senão a busca perante o Poder Judiciário do custeio das mensalidades em unidade particular, de modo a concretizar, de forma efetiva, o direito constitucional de acesso à educação da infante.** De outro lado, efetivamente, o conjunto das provas colacionadas ao processo, amparado especialmente sobre os relatórios do Comissariado da Infância e da Juventude da Comarca e de profissional integrante do quadro do próprio Ministério Público, indicado para averiguar o atendimento das necessidades da infante na E.M. Presidente Castelo Branco, apontou,

de maneira indubitável, a ineficiência do sistema público de ensino para o atendimento de crianças portadoras de necessidades especiais. **Conclusão do relatório da pedagoga em atuação junto ao Ministério Público no sentido de que o projeto político-pedagógico das instituições de ensino da rede pública não contemplava a educação especial a contento, notadamente no tocante às demandas da menor apelante. Destaque na peça técnica quanto ao fato de que, enquanto o sistema de ensino municipal não se adequasse às propostas da Lei Brasileira de Inclusão da pessoa com deficiência e à deliberação CEE n. 355/2016, que estabelecia normas para a regulamentação do atendimento educacional especializado, nas formas complementar e suplementar, de modo a eliminar barreiras de acesso e promover a participação e a aprendizagem dos alunos com deficiência, com transtornos globais do desenvolvimento e com altas habilidades/superdotação, e a tantas outras políticas pedagógicas que amparam os alunos portadores de necessidades especiais, não haveria condições de incluir as matrículas das pessoas referidas nas unidades de ensino da municipalidade.** Cumpre registrar que a ausência de condições das escolas do município de Campos dos Goytacazes de incluírem crianças portadoras de necessidades especiais, tal como a recorrente, se tornou tão estampada, após o relatório da pedagoga, que a Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva da Infância e da Juventude, ingressou, em 2018, com ação civil pública contra o ente municipal para que ele se adequasse às diretrizes legais e regulamentares que regiam o tema, mediante o desenvolvimento de política educacional inclusiva. [...] No caso do Município de Campos dos Goytacazes, resultou evidenciada a ausência de profissionais específicos e qualificados e de uma estrutura escolar inclusiva, o que, por consequência, implica em insuficiente estimulação para que a criança obtenha avanço na aprendizagem ou, no pior dos casos, em situação de retrocesso de eventual desenvolvimento obtido, de modo que o simples acompanhamento da criança por um mediador exclusivo não será o bastante para que seja promovida educação capaz de gerar melhor qualidade de vida. [...] Nesse sentido, não é demais lembrar que a criança, portadora de autismo severo, quando ingressou no ensino pré-escolar do educandário particular João e Maria, aos cinco anos de idade, em razão da tutela de urgência concedida pelo Juízo de primeiro grau, não obedecia às regras, se automutilava, mordida as pessoas à sua volta, tirava a roupa, entre outros comportamentos, e que, em pouco tempo, adaptou-se à rotina escolar, ao lado de professores e mediadores exclusivos que a auxiliaram durante todo o processo. **Assim, por qualquer ângulo que se analise a questão, não há dúvida de que a solução mais adequada no caso é o reconhecimento da obrigação do Município de Campos dos Goytacazes de custear os estudos de Livia em escola particular, pelo menos, enquanto não solucionada definitivamente a situação de ineficiência das escolas da rede pública locais no acolhimento e na inclusão de alunos portadores de necessidades especiais. CONHECIMENTO E PROVIMENTO DO RECURSO. (TJ-RJ, 2020)**

Contudo, na esteira do entendimento consolidado no âmbito do STF, em se tratando de violação a um direito fundamental, o Poder Judiciário poderia impor ao Estado a obrigação de ofertar, **em prazo determinado fixado judicialmente**, o AEE e a estrutura necessários à inclusão do aluno com TEA na escola da rede regular, porquanto isso não feriria o princípio da separação dos poderes, conforme se extrai do julgado a seguir:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. INTERPOSIÇÃO EM 25.09.2017. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. ESTRUTURAÇÃO E REGULARIZAÇÃO DE ESCOLAS PÚBLICAS. EDUCAÇÃO INFANTIL. SEPARAÇÃO DOS PODERES. LIMITES DE ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. OBRIGAÇÃO DE FAZER. RECURSO NEGADO. 1. A decisão recorrida está de acordo com a jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal que consolidou-se no sentido de que, nos casos de omissão

da administração pública, é legítimo ao Poder Judiciário impor-lhe obrigação de fazer com a finalidade de assegurar direitos fundamentais dos cidadãos, como é o caso dos autos, que trata da obrigação de promover obras e adquirir materiais necessários ao bom funcionamento de escolas públicas com a finalidade de garantir o acesso à educação infantil. 2. Agravo Regimental a que se nega provimento. (ARE 679066 AgR, Relator(a): EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 08/06/2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-153 DIVULG 31-07-2018 PUBLIC 01-08-2018)

Por fim, observada a prática frequente de recusa de matrícula de aluno com TEA, corre em pauta o PL 1.688/2019 (STUDART, 2019), que visa a obrigar as instituições de ensino, públicas ou privadas, a instituir meios para o registro de reclamações de descumprimento da Lei Berenice Piana, com a criação, inclusive, de um disque-denúncia pelo Poder Público.

O referido projeto advém da necessidade de uma maior fiscalização quanto à desobediência à Lei Berenice Piana e tem como objetivo viabilizar as denúncias de casos de discriminação e estimular uma maior eficácia dos dispositivos legais ainda desrespeitados, embora o faça de forma tímida, porque perde a oportunidade de instituir meios de prova para auxiliar as pessoas com TEA no acesso à justiça.

À vista disso, caso aprovada, a proposta alcançará somente em parte seu objetivo de garantir a realização dos direitos das pessoas portadoras do Transtorno do Espectro Autista.

Com efeito, constata-se na Lei nº 12.764/2012 e em seu regulamento, Decreto nº 8.368/2014, que a recusa de matrícula pode ser denunciada ao órgão competente e ao Ministério Público por qualquer pessoa interessada, mas não há previsão normativa tornando obrigatório que, no caso de pessoas com TEA, o requerimento de matrícula seja feito pela família por escrito, inclusive através de correio eletrônico ou aplicativo de mensagens instantâneas, e os contatos da escola sejam feitos também por escrito, pelo mesmo canal, especialmente a decisão de deferimento ou indeferimento do pedido de ingresso, que deverá estar fundamentada, de modo a conferir maior transparência ao processo de matrícula e garantir o registro de todos os atos relativos a ele.

Uma simples alteração legal nesse sentido teria o condão de coibir de forma mais contundente a prática discriminatória de recusa de matrícula em razão da deficiência, tendo em vista que facilitaria sobremaneira a comprovação da conduta criminosa pela pessoa com TEA, cuja hipossuficiência probatória nessa relação tem sido, na maioria das vezes, o principal

motivo para o arquivamento de inquéritos e a improcedência de pedidos de indenização na via judicial.

2.2 A (FALTA DE) CAPACITAÇÃO PROFISSIONAL

Para que se possa compreender a relevância da capacitação profissional no processo de educação e desenvolvimento de alunos portadores do Transtorno do Espectro Autista (pessoa com deficiência, vide art. 1º, §2º da Lei 12.764/12, a qual lhes é assegurada nos art. 59, III da LDB, nos arts. 2º, VII e 3º, parágrafo único da Lei Berenice Piana, no art. 28, X e XI da LBI (BRASIL, 2015) e no art. 208, III da CF, é necessário lembrar o conceito de TEA.

O autismo é definido como “um transtorno complexo do desenvolvimento, do ponto de vista comportamental, com diferentes etiologias que se manifesta em graus de gravidade variados” (GADIA, TUCHMAN, & ROTTA, 2004, p. 1). Para abranger todos os graus do transtorno, o legislador pátrio, nos incisos I e II, do art. 1º, § 1º da Lei 12.764/12, estabeleceu uma lista de condições patológicas que compõem a diversidade de comorbidades relacionadas ao espectro autista em suas manifestações clínicas.

Na capacitação profissional, a observação norteia toda a condução do processo de inclusão na aprendizagem, devendo o educador se atentar às peculiaridades de cada aluno, suas características singulares, inerentes à sua visão do mundo e das coisas, pois como apontado por Eugênio Cunha (2017):

A Ação requer um esforço específico, individualizado, planejado e com perfeita sintonia com a família, o que pressupõe profissionais preparados, atualizados e sintonizados com relação ao aprimoramento das suas habilidades e das novas pesquisas sobre a síndrome. Educadores que não se acomodem, mas investiguem, pesquisem e se lancem a desafios. (CUNHA, 2017, p. 42)

O educador, durante o processo de aprendizado, ao realizar adaptações necessárias com diferentes tipos de abordagens, age de maneira a driblar as adversidades oriundas do TEA. Uma capacitação profissional de qualidade permite ao professor identificar metodologias de ensino compatíveis com as individualidades de cada aluno.

Para que se possa lograr uma inclusão efetiva na educação é de suma importância a formação em cursos de especialização em Educação Especial. Não obstante, Bereohff (1993, 2019) destaca o cenário brasileiro nos anos noventa como:

Ainda não existe no Brasil um curso de formação específica para professores de crianças autistas. A preparação desses professores tem sido feita através de alguns cursos de especialização em Educação Especial e/ou estágios supervisionados nas instituições que oferecem esse atendimento. (BEREOHFF, 1993, 2019, p. 13).

Com o advento da LDB, pôde-se enfim ampliar o horizonte da inclusão educacional no Brasil. Isto porque aos educandos com deficiência a lei assegurou o direito de educação especial na rede regular de ensino, mediante a exigência da devida formação específica de seus professores (art. 59, III).

Contudo, a LDB não parece ter contribuído significativamente para o crescimento da inclusão educacional no país, haja vista que, quinze anos depois do seu advento, a falta de capacitação nas escolas ainda era um problema.

De acordo com uma pesquisa feita entre 2011 e 2012 pela Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência, em parceria com a Associação de Amigos do Autista – AMA (MELLO, et al., 2013), o número de instituições voltadas à assistência dessas pessoas era menor do que o necessário e as dificuldades financeiras enfrentadas pela maioria delas, aliadas à quase total dependência de verbas governamentais estaduais e municipais, acabavam interferindo na contratação de profissionais capacitados, no número de alunos assistidos e na ampliação do horário de atendimento.

Confira-se, por oportuno, o resultado de parte dos dados colhidos na pesquisa, registrado no livro **Retratos do autismo no Brasil** (2013):

46 das 88 instituições (52%) relataram problemas trazidos por falta de capacitação dos profissionais para lidar com autismo, agravada pela falta de recursos para pagamento de cursos de capacitação, assim como das despesas de viagem para o aprimoramento em outras cidades ou estados. A falta de capacitação certamente é agravada pela falta de pessoal, dificuldade relatada por 42% das entidades. [...] Quando indagadas sobre como são obtidos recursos, as entidades citaram como exemplos de captação junto à comunidade com festas beneficentes, sorteios,

campanhas e convênios com empresas e órgãos governamentais. (MELLO, et al., p. 39).

Seguindo as diretrizes da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, a Lei Berenice Piana surge logo após a realização da pesquisa, definindo o indivíduo com TEA como pessoa com deficiência e atraindo a atenção da sociedade para duas questões: (a) a viabilidade de se ter pessoas com esse tipo de transtorno no “sistema educacional geral”, convivendo com alunos sem deficiência; e (b) a impossibilidade de se negar aos indivíduos com TEA, em razão de sua deficiência, o direito de estarem matriculados na rede regular de ensino, corroborando, de forma mais explícita, o direito à educação inclusiva, que difere do simples direito à educação escolar (BRASIL, 2012).

Trata-se de uma lei voltada a pessoas com deficiência, no caso o transtorno do espectro autista, mas que, na prática, trouxe baixa eficácia social à garantia – assegurada então pela LDB há dezesseis anos (art. 59, III) e constitucionalmente há vinte e quatro anos (art. 208, III) – de a pessoa com deficiência receber educação especial na rede regular de ensino.

Ao tratar da capacitação profissional no art. 2º, VII da Lei Berenice Piana, o legislador limitou-se a estatuir que o “incentivo” à formação e capacitação de profissionais especializados no “atendimento” (de modo geral) à pessoa com espectro autista é uma das diretrizes da Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista, enquanto no art. 7º, para a recusa de matrícula, saiu do espaço utópico e instituiu a pena de multa de 3 (três) a 20 (vinte) salários-mínimos para o gestor escolar, ou autoridade competente, o que, em certa medida, tornou realidade a presença de pessoas com TEA no sistema regular de ensino.

Não é demais lembrar que a inclusão dos indivíduos com transtorno do espectro autista nas classes comuns do sistema de ensino não se concretiza com o mero deferimento da matrícula, pois é justamente a capacitação profissional que garante ao educando o desenvolvimento de todas as suas capacidades e habilidades, permitindo-lhe ainda conviver de forma contributiva e harmônica com os outros colegas de turma que não são deficientes.

Some-se a isso o que já vimos no Capítulo I sobre o direito à educação e os objetivos e fundamentos da República Federativa do Brasil. Outrossim, a ordem social tem como objetivos constitucionais o bem-estar e a justiça sociais, devendo ser alcançada por meio de uma educação

na qual o Estado garanta atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência preferencialmente na rede regular de ensino (art. 193 c/c art. 208, III, da CF).

Em reportagem do Profissão Repórter da Rede Globo transmitida em 2019 (GLOBO, 2019), sobre a vida de pessoas com TEA no Brasil, ao comparar André Padilha e Bruno, dois indivíduos portadores do transtorno do espectro autista, resta nítida a importância da interferência, ou atuação, de profissionais capacitados no processo de inclusão.

André Padilha, 30 anos, foi diagnosticado com TEA de grau severo aos 4 anos de idade e nunca havia passado por um tratamento específico para o autismo, além de não ter frequentado a escola por falta de acompanhante especializado. À época da gravação da reportagem, não falava, vivia acorrentado, possuía diversas lesões, fruto da autoagressão, e apresentava um grande déficit no que tange à sua autonomia. No caso de Bruno, 30 anos, foi diagnosticado aos 5 anos de idade com TEA, também de grau severo, mas, devido à intervenção precoce, com profissionais devidamente capacitados e atendimento especializado, realiza diversas funções sozinho, como arrumar a cama, escovar os dentes e tomar banho.

Dois anos após a reportagem (11/05/2021), o Profissão Repórter retornou em Fernandópolis, SP, na casa de André, agora muito mais calmo, lavando a louça, escovando os dentes, andando a cavalo, exprimindo sua vontade. Em síntese, André estava sendo tratado pelo CAPS (Centros de Atenção Psicossocial) desde 2005 e, mesmo assim, vivia acorrentado, à base de medicamentos, sem nenhuma esperança, mas, depois de receber atendimento de profissionais capacitados, passou a desenvolver habilidades básicas que nunca havia executado. (GLOBO, 2021)

Em que pese o atendimento especializado, no caso de André, não tenha relação direta com o âmbito escolar, as duas reportagens prestam-se a demonstrar, de forma clara e inquestionável, como a atuação especializada pode gerar um impacto positivo na vida de um autista, como ocorreu na vida de André, beneficiado com progressos inimagináveis para um indivíduo adulto que nunca teve vida social e viveu acorrentado por mais de 25 anos. Os benefícios do atendimento especializado são extensivos ainda à família, que pode adquirir mais conhecimento sobre o transtorno e, por conseguinte, cuidar melhor da pessoa com o transtorno. Atualmente, por exemplo, a mãe de André preocupa-se mais sua integridade física, situação na

qual, com o auxílio de profissionais capacitados, passou a adotar o cinturão como medida alternativa ao uso de correntes. (GLOBO, 2021, 02m:10s)

Nessa senda, conclui-se que, ao classificar a capacitação profissional tão somente como uma diretriz da Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista, sem estabelecer uma punição (advertência e multa) para as instituições de ensino que, por quaisquer motivos, recusarem-se a capacitar seus profissionais para se especializarem no atendimento à pessoa com essa deficiência, a Lei Berenice Piana não trouxe nenhuma inovação normativa capaz de reverter o quadro de predominância de instituições da rede regular de ensino desprovidas de profissionais capacitados e, portanto, não contribuiu de forma efetiva para a inclusão de indivíduos com TEA no sistema de ensino comum.

Em que pese a pessoa com transtorno do espectro autista tenha sido considerada pessoa com deficiência pela Lei Berenice Piana (art. 1º, § 2º), sendo, assim, alcançada por lei que, futuramente, viria a “assegurar e promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania” (Lei nº 13.146/2015), o autista continua enfrentando a barreira da falta de capacitação.

Não obstante a instituição de projeto pedagógico público voltado ao atendimento educacional especializado e a formação e disponibilização de professores especializados sejam uma obrigação do poder público, estendida às instituições particulares (art. 28, III e XI e §1º da Lei nº 13.146/2015), não há, igualmente, na LBI previsão de multa capaz de assegurar o devido cumprimento dessas normas pelas escolas privadas, o que seria extremamente recomendado.

Na reportagem do Profissão Repórter da Rede Globo transmitida em 2019, um professor (Bruno Moura) da rede pública de São Paulo, justificando o fato de não prestar atendimento educacional especializado a um aluno com TEA, afirma: “Infelizmente, como eu sou já específico de disciplina (ciências), eu não tenho uma base formativa pra lidar com isso.” (GLOBO, 20m:13s, 2019)

A fala do professor evidencia, além da inexistência de preparo especializado e qualificação, a falta de conhecimento de um profissional da educação quanto à necessidade e obrigatoriedade de sua própria capacitação para lidar com alunos autistas.

Face ao cenário de carência de capacitação nas instituições de ensino do Estado de São Paulo, sua Assembleia Legislativa decretou a Lei nº 16.925/2019, dispondo expressamente que o estabelecimento de ensino que não capacitar seu corpo docente e equipe de apoio para acolher criança ou adolescente portador de deficiência sofrerá, após a apuração em processo administrativo dos atos discriminatórios, advertência e até mesmo multa de mil UFESPs (Unidades Fiscais do Estado de São Paulo) a três mil UFESPs, em caso de reincidência (arts 2º, 5º e 6º) (SÃO PAULO, 2019).

Por derradeiro, entre as diversas demandas judiciais envolvendo capacitação profissional, três chamam bastante atenção por estarem as escolas e juízes na contramão das políticas públicas de educação inclusiva: (1) quando a escola pública da rede regular não está capacitada e o juiz condena o Estado a arcar com os custos do aluno em uma escola particular da rede regular; (2) quando a escola particular da rede regular não está capacitada e o juiz entende que a responsabilidade pelo atendimento educacional especializado é da escola pública da rede regular; e (3) quando a escola pública ou privada da rede regular não está capacitada e o juiz considera que o aluno deve estar matriculado em escola especial.

Ainda sobre o tema, merece registro o seguinte aresto:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DECISÃO QUE DETERMINA A MATRÍCULA DE CRIANÇAS PORTADORAS DE DEFICIÊNCIAS EM ESCOLAS PARTICULARES, BEM COMO A ADEQUAÇÃO DOS EDUCANDÁRIOS PARA ATENDÊ-LAS. REGULACÃO, NO ÂMBITO ESTADUAL, EM APARENTE CONFLITO COM O ART. 208 DA CF E COM O DEC. 6949/09, QUE PROMULGOU A CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA, E QUE IMPÕE COMO PRIORIDADE O ENSINO INCLUSIVO, **SOBRETUDO PARA ASSEGURAR A SOCIALIZAÇÃO DAQUELES PORTADORES DE NECESSIDADES**. MEDIDA REAFIRMADA NA LEI Nº 13.143/15, QUE VIGERÁ EM MEADOS DO PRÓXIMO ANO. NECESSIDADE DA ADOÇÃO, POR ENTIDADES DE ENSINO PÚBLICO E PARTICULAR, DE ADEQUAÇÃO DAS UNIDADES E, PRINCIPALMENTE, DE RECEPCIONAR PESSOAS PORTADORAS DE LIMITAÇÕES. MEDIDA QUE, A RIGOR, ESTÁ EM SINTONIA COM O COMPROMISSO INTERNACIONAL FIRMADO COM O BRASIL, E COM OS TERMOS DA LEI DE REGÊNCIA. FUMAÇA DO BOM DIREITO E PERIGO DA DEMORA EVIDENCIADOS. DETERMINAÇÃO, AMPLA E GENÉRICA, QUE IMPÕE A NECESSIDADE DE IMEDIATA MATRÍCULA E ADEQUAÇÃO DAS UNIDADE ESCOLARES. MODULAÇÃO. **NECESSIDADE DE OBSERVAR-SE, MEDIANTE PRÉVIA AVALIAÇÃO, DA COMPATIBILIDADE DA EVENTUAL NECESSIDADE ESPECIAL DO EDUCANDO COM O ENSINO REGULAR**. ADAPTAÇÃO DOS EDUCANDÁRIOS E ADEQUAÇÃO DAS UNIDADES QUE DEVERÁ OBSERVAR PRAZO MÍNIMO, A COINCIDIR COM O ÍNICIO DO PRÓXIMO ANO LETIVO, TENDO EM VISTA A PROXIMIDADE

DO ENCERRAMENTO DAS ATIVIDADES ESCOLARES. RECURSO PROVIDO EM PARTE, UNICAMENTE PARA FIXAR A OBSERVAÇÃO DE CRITÉRIOS TÉCNICOS MÍNIMOS NA RECEPÇÃO DOS EDUCANDOS, BEM COMO PARA ESTABELECEER PRAZO PARA A ADAPTAÇÃO DAS ESCOLAS. (TJ-SC - AI: 20150273647 Blumenau 2015.027364-7. Relator: Ricardo Roesler, Data de Julgamento: 03/12/2015, Quarta Câmara de Direito Público)

As situações acima descritas refletem claramente a situação ilustrada pelo Ministro Gilmar Mendes em seu voto, quando do julgamento da ADI nº 5357 MC-Ref, sobre a constitucionalidade do art. 28, § 1º da Lei nº 13.146/2015, em relação à obrigação das escolas privadas de oferecer atendimento educacional inclusivo às pessoas com deficiência (vide Capítulo I, Seção 1.2).

Além da inexistência de sanção legal para a negação à formação e capacitação de profissionais especializados, preconizadas nos arts. 2º da Lei Berenice Piana e 28 da LBI, vale relembrar o que vimos no Capítulo I, Seção 1.4, Subseção 1.4.1: o termo “preferencialmente”, presente tanto no art. 208, III da CF quanto no art. 4º, III da LDB, bem como a exceção prevista no art. 58, § 2º, também da LDB, têm sido invocados como desculpa (ordinária e abjeta) para que escolas públicas da rede regular de ensino não se empenhem em capacitar seus profissionais e assegurar atendimento educacional especializado a pessoas com TEA, “jogando” a responsabilidade do AEE para as escolas particulares comuns ou para as escolas especiais.

É oportuno lembrar que o direito ao atendimento educacional especializado na rede regular de ensino para pessoas com deficiência é um direito fundamental social. Sendo a capacitação profissional uma das facetas desse serviço, possui, conseqüentemente, o mesmo matiz fundamental social.

2.3 A CONTROVÉRSIA DO ACOMPANHANTE ESPECIALIZADO

Em casos de maior gravidade, através de “comprovada a necessidade” (conforme parágrafo único do art. 3º da Lei 12.764/12), a pessoa com TEA incluída nas classes comuns de ensino regular tem direito a acompanhante especializado (BRASIL, 2012).

Essa assistência, quando devidamente qualificada, auxilia no processo de capacitação dos profissionais que trabalham na escola, contribuindo para a promoção de uma efetiva inclusão educacional das pessoas com essa deficiência.

A LBI, em seu art. 3º, XIII, classifica o profissional de apoio escolar como:

a pessoa que exerce atividades de alimentação, higiene e locomoção do estudante com deficiência e atua em todas as atividades nas quais se fizer necessária, em todos os níveis e modalidades de ensino, em instituições públicas e privadas, excluídas as técnicas ou procedimentos identificados com profissões legalmente estabelecidas. (BRASIL, 2015).

Com o objetivo de acompanhar o aluno e auxiliar o professor, durante os ajustes necessários para a inclusão educacional do indivíduo com TEA, o acompanhante especializado estimula a autonomia do estudante dando suporte para que ele desenvolva as ferramentas fundamentais para viver em sociedade de forma harmônica e significativa.

Conforme ressalta Eugênio Cunha (2017):

Enquanto o aluno com autismo não adquire a autonomia necessária, é importante que ele permaneça sob o auxílio de um profissional capacitado ou um psicopedagogo para que dê suporte ao professor em sala de aula. Na escola inclusiva, é demasiadamente difícil para um único educador atender a uma classe inteira com diferentes níveis educacionais e, ainda, propiciar uma educação inclusiva adequada. Tudo o que for construído no ambiente escolar deverá possuir o gene da qualidade. (CUNHA, 2017, p. 45).

Em que pese o Poder Público afirmar cumprir a legislação, verifica-se na prática que há uma resistência por parte das instituições públicas de ensino em disponibilizar acompanhante especializado individual para o portador de TEA em casos mais graves, utilizando como justificativa a ausência de necessidade por parte do aluno, apesar da existência de documentos, por vezes emitidos no âmbito da própria instituição, comprovando a necessidade e recomendando a contratação de monitor.

Esse cenário deve-se, principalmente, à existência de conflito de interesses na avaliação biopsicossocial da indispensabilidade do acompanhante, tendo em vista que, por ser a norma genérica (art. 3º, parágrafo único da Lei Berenice Piana), aquele que resiste – na maioria das vezes, por questões financeiras – em disponibilizar um profissional exclusivo para o aluno é justamente quem vai decidir sobre a necessidade ou não do monitor.

Em face disso, quando provocado, cabe ao Poder Judiciário tutelar os direitos dos indivíduos com TEA, pondo fim às práticas de exclusão, que violam frontalmente o ordenamento jurídico pátrio.

Contudo, mesmo no Judiciário, tais indivíduos enfrentam dificuldades na obtenção de seus direitos, que ficam subordinados à discricionariedade primeiro de administradores, depois de julgadores.

Isto porque a redação do parágrafo único do art. 3º da Lei Berenice Piana, assim como o Decreto 8.368/2014, que a regulamenta, deixam brechas para que administradores e magistrados, ao decidirem, atuem no campo da discricionariedade, a saber: (a) não preveem expressamente a possibilidade de o acompanhante ser “exclusivo”, (b) não proíbem expressamente a contratação de estagiário para, sozinho, sem a supervisão de um profissional capacitado, acompanhar o aluno e (c) não estabelecem um rol mínimo de documentos probatórios, emitidos a partir de uma avaliação biopsicossocial, que considerem as situações elencadas no art. 2º, §1º da LBI e no art. 4º, §2º do Decreto 8.368/2014 e que, se apresentados pelo interessado, deveriam ser admitidos como suficientes à comprovação da necessidade.

Com efeito, tanto a Lei nº 12.764/12 (parágrafo único do art. 3º) quanto o Decreto nº 8.368/2014 (§ 2º do art. 4º) reconhecem o direito da pessoa com transtorno do espectro autista incluída na classe comum do ensino regular a um acompanhante especializado no contexto escolar, caso seja comprovada a necessidade de apoio para comunicação, interação social, locomoção, alimentação e cuidados pessoais.

Nesse mesmo diapasão, na **Cartilha dos Direitos das Pessoas com Autismo**, a Comissão de Defesa dos Direitos das pessoas com Autismo da Seccional da OAB/DF pontifica com propriedade que:

Entretanto, o Decreto 8.368/14 não especifica a especialização do referido acompanhante, o que por diversas vezes inviabiliza a disponibilização do profissional adequado ou, muitas vezes, acarreta a contratação de um estagiário para acompanhar o autista no contexto escolar. Além disso, não há especificação se a escola, pública ou particular, tem a obrigatoriedade de disponibilizar um acompanhante para cada autista e, no caso de escolas particulares, se elas devem contratá-los sem custo adicional. (OAB/DF, 2015, p.25)

Assim, três obstáculos são enfrentados pelas pessoas com TEA quando se trata de acompanhante especializado:

(i) é negado acompanhante “exclusivo” à pessoa com TEA, sob o fundamento de que a lei não prevê exclusividade, mas apenas atendimento individualizado;

(ii) é disponibilizado estagiário como acompanhante em lugar de profissional formado, capacitado e experiente; e

(iii) é indeferido o pedido de acompanhante custeado pela escola por falta de prova da necessidade de apoio, muitas vezes fazendo com que os próprios pais, sem qualquer capacitação, deixem de trabalhar para acompanhar seus filhos na escola, pública ou privada, ou sejam obrigados a pagar mensalidade mais cara para a escola privada oferecer esse acompanhante, ou contratem, às próprias expensas, profissional especializado de fora para realizar esse serviço, tanto nas públicas quanto nas privadas.

Primeiramente, a cobrança de valores adicionais de qualquer natureza em mensalidade, anuidade e matrícula, em razão da deficiência, contraria os princípios da educação inclusiva e alguns dispositivos legais que, expressamente, vedam essa prática, *ex vi* do art. 28, § 1º da LBI e do art. 8º, I da Lei nº 7.853/89. Logo, o acompanhante especializado deve ser custeado pela escola, seja ela pública ou privada.

Em segundo lugar, é cediço na hermenêutica que não cabe ao intérprete restringir o que a lei não restringe, sob pena de violação ao princípio da máxima efetividade, que norteia a interpretação de normas de estatura constitucional, que consagram direitos fundamentais.

A partir dessa regra básica de hermenêutica, conclui-se que, para concretizar o direito das pessoas com TEA a acompanhante especializado na forma da lei, a interpretação que melhor se harmoniza com a CF e com as normas infraconstitucionais atinentes à matéria é a de que o acompanhante pode ser exclusivo, se comprovada a necessidade da exclusividade, caso contrário deverá ser compartilhado com outros alunos autistas.

Em terceiro, o acompanhante deve ser especializado em transtorno do espectro autista e ter experiência com autistas no contexto escolar, donde se infere que o acompanhamento não pode ser feito por estagiário sem supervisão ou orientação de um profissional capacitado.

Na fala da professora do aluno autista Kevin, Cleusa Santos, quando entrevistada no programa Profissão Repórter em 2019 (GLOBO, 2019), constata-se a importância do acompanhante especializado: “Quando a menina (estagiária) não estava, ele convulsionava... Às vezes, eu estava virada pra lousa, explicando alguma coisa ou escrevendo, e, quando virava, ele estava caído convulsionando.” (GLOBO, 2019, 14m:26s)

Porém, de acordo com os dados colhidos durante a reportagem Profissão Repórter: Autismo, no ano de 2019 (GLOBO, 2019), ficou evidente que a disponibilização de estagiários, em lugar de acompanhante especializado, é prática comum nas escolas públicas: à época da reportagem, o município de São Paulo contava com 2700 estagiárias para o atendimento especializado de 3200 alunos com algum grau de TEA da rede municipal de São Paulo, informa ainda a Prefeitura que pretendia contratar 200 novas estagiárias, mas ainda não havia um prazo.(GLOBO, 2019, 22m:15s)

Em outras palavras, estagiários (inexperientes e despreparados), ou seja, não especializados, têm sido contratados pelo Poder Público para prestar o atendimento especializado, no qual está inserido o acompanhamento especializado.

Segundo Juliana Koga, psicopedagoga de uma escola regular de São Paulo, em Cotia, a Prefeitura não dispõe de recursos suficientes e, por isso, contrata estagiários, ainda em número reduzido, que, por sua vez, demandam orientação de profissionais capacitados:

REPÓRTER: Na aula regular, ele (Kevin, aluno com TEA severo) tem alguém que acompanha ele?

JULIANA KOGA: Agora ele está com uma moça, mas o que a Prefeitura tem são estagiárias, estudantes de pedagogia, que também vem precisando da orientação dos professores... A gente tenta articular de uma forma que seja semanal ou quinzenal, que eu fique em um horário com elas.

REPÓRTER: É o suficiente?

JULIANA KOGA: Não é, mas no momento é o recurso dessa forma que a Prefeitura dispõe e não tem pra todos. (GLOBO, 2019, 13m:20s)

Situação ainda mais inadmissível é que vimos no programa Profissão Repórter (GLOBO, 2019): Thiago, autista severo, é acompanhado na escola não por estagiário de pedagogia, mas pela própria mãe, já que a escola não possui acompanhante especializado. Quando perguntada se fica na sala de aula com o filho, a mãe de Thiago responde que fica, mas que não pode ir

todos os dias, pois é muito corrido para ela, e que não sabe o que fazer para ajudá-lo na sala, o que a deixa desesperada. Esse caso, por si só, demonstra o quão longe as escolas ainda estão de uma educação inclusiva plena. (GLOBO, 2019, 19m:30s)

Além disso, embora a Lei nº 12.764/2012 e o Decreto nº 8.368/2014 estabeleçam a “comprovada a necessidade” como condição para a disponibilização de acompanhante especializado para comunicação, interação social, locomoção, alimentação e cuidados pessoais, a comprovação é a maior barreira encontrada pela pessoa com TEA para a concretização desse direito.

Percebe-se, do cotejo entre decisões judiciais, que os julgadores divergem quanto aos requisitos para a comprovação da necessidade de acompanhante profissional especializado, ora considerando suficiente simples atestado diagnosticando o transtorno (CID 10 - F84.0), sem especificar a gravidade deste, ora exigindo a demonstração da imprescindibilidade do acompanhante com excessivo rigor, ao desvalorizar, em especial para fins de tutela provisória de urgência, laudos médicos, pareceres técnicos e relatórios escolares como prova bastante da indispensabilidade do profissional especializado.

Não bastasse isso, constata-se ainda a existência de julgados indeferindo pedido liminar de acompanhante especializado, sob o fundamento contraditório e ilegal de que, apesar de demonstradas inúmeras dificuldades do aluno com TEA que sugerem a necessidade do monitoramento individualizado, não há urgência no pedido, seja pela existência de monitores acompanhando os alunos coletivamente, seja pela necessidade de dilação probatória, a fim de verificar, inclusive, se o aluno deveria estar matriculado em escola especial, e não na rede regular de ensino.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados: TJ-RS, 2017; TJ-RS, 2019a; TJ-RS, 2019b; TJ-RS, 2019c; TJ-SP, 2020a; TJ-SP, 2020c; TJ-SP, 2021d.

Merecem transcrição, *inter plures*, as ementas de julgados proferidos no âmbito dos TJ-SP, 2020b; TJ-SP, 2021b; TJ-SP, 2021c, redigidas nos seguintes termos, respectivamente:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. EDUCAÇÃO INCLUSIVA. MENOR PORTADOR DE TRANSTORNO DO ESPECTRO AUTISTA. ESCOLA DA REDE PÚBLICA MUNICIPAL QUE NÃO

CONTA COM PROFISSIONAL QUALIFICADO PARA SEU ACOMPANHAMENTO PELO MÉTODO ABA. PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DA TUTELA. INGRESSO DO TERAPEUTA PARTICULAR DO INFANTE NO ESTABELECIMENTO DE ENSINO. Decisão que indeferiu o pedido de antecipação de tutela para permitir o ingresso diário do terapeuta do infante no estabelecimento de ensino, durante o período escolar, por entender não ser adequada a introdução de profissional distinto do quadro de professores da escola em que o agravante está matriculado. Irresignação do menor. 1 Educação infantil. Direito indisponível da criança, assegurado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência e pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação. 2. Repartição constitucional de competência que impõe ao Município o dever de atuar prioritariamente na Educação Infantil, mediante a oferta de vaga em creche, assegurando a educação inclusiva àqueles que dela necessitam. 3. Relatório médico apontando a imprescindibilidade de o infante ser acompanhado por um assistente técnico ou acompanhante terapêutico (AT), com conhecimento da metodologia ABA. Estabelecimento de ensino da rede pública municipal que apenas disponibiliza um estagiário do Curso de Pedagogia para acompanhamento do menor. Necessidades especiais da criança que não estão sendo adequadamente atendidas pelo Poder Público. Art. 3º, parágrafo único, da Lei nº 12.764/12 que prevê expressamente o direito da pessoa com transtorno do espectro autista a acompanhamento especializado, nas classes comuns de ensino regular, uma vez comprovada sua indispensabilidade. Profissional custeado pelo convênio médico do agravante e que permanecerá no ambiente escolar, enquanto o profissional especializado não for disponibilizado pelo agravado. 4. Recurso parcialmente provido. (TJ-SP - AI: 20398962120208260000 SP 2039896-21.2020.8.26.000, Relator: Daniela Maria Cilento Morsello, Data de Julgamento: 17/09/2020, Câmara Especial, Data de Publicação: 17/09/2020)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA DE URGÊNCIA. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. EDUCAÇÃO INCLUSIVA. MENOR COM TRANSTORNO DO ESPECTRO AUTISTA. PROFISSIONAL AUXILIAR ESPECIALIZADO. APOIO PEDAGÓGICO EM SALA DE AULA. ATENDIMENTO COMPARTILHADO. PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE. ASTREINTES. REDUÇÃO E LIMITAÇÃO. Decisão que deferiu a antecipação de tutela para determinar ao Poder Público Estadual a disponibilização ao menor, no prazo de trinta dias, de acompanhante especializado com formação em pedagogia e conhecimento na área de necessidades especiais, sob pena de multa diária no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Insurgência da Fazenda Pública do Estado de São Paulo. 1. Necessidade de disponibilização de profissional de apoio ao menor suficientemente comprovada por meio da solicitação formulada pela médica que o assiste. 2. Atendimento exclusivo ou individual que não pode ser imposto ao Poder Público, sob pena de inviabilizar o oferecimento desses serviços a outras crianças nas mesmas condições do menor, em razão das elevadas despesas advindas da capacitação desses profissionais. Possibilidade de compartilhamento do profissional de apoio pedagógico com outros alunos matriculados no mesmo estabelecimento de ensino. Observância do princípio da solidariedade. 3. Astreintes que comportam redução para R\$ 250,00 (duzentos e cinquenta reais), limitadas em R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais). Precedentes desta Colenda Câmara Especial. 4. Prazo para o cumprimento da obrigação pelo Poder Público que começará a fluir a partir da retomada das atividades administrativas presenciais no âmbito do Estado de São Paulo. 5. Recurso parcialmente provido, com observação. (TJ-SP - AI:30028963320218260000 SP 3002896-33.2021.8.26.0000, Relator(a): Daniela Cilento Morsello, DJ: 19/08/2021, Câmara Especial, Data de Publicação: 19/08/2021)

APELAÇÃO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. EDUCAÇÃO INCLUSIVA. MENOR PORTADOR DE TRANSTORNO DO ESPCTRO AUTISTA. VAGA EM PERÍODO INTEGRAL. ATENDIMENTO EDUCACIONAL ESPECIALIZADO. PROFESSOR AUXILIAR COM ESPECIALIZAÇÃO EM EDUCAÇÃO ESPECIAL. Sentença que julgou procedente a pretensão inicial, para o fim de compelir a Municipalidade de Americana a disponibilizar ao autor professor auxiliar com especialização em Educação Especial dentro da sala de aula. Apelo do infante

restrita à necessidade de formação especializada desse profissional em Transtorno do Espectro Autista e à ausência de imposição de multa diária para a hipótese de descumprimento da decisão judicial. 1. O Atendimento Educacional Especializado (AEE) aos portadores de deficiência, previsto no artigo 208, III, da Constituição Federal, está regulamentado pelo Decreto Federal nº 7.611/211. O artigo 28 do Estatuto da Pessoa com Deficiência, por sua vez, ao elencar as incumbências do Poder Público alude a professores com formação para o atendimento educacional especializado, sem aventar na disponibilização de profissionais com especialização em deficiências específicas. Formação básica destes professores que foi relegada para norma regulamentadora. Projeto de Lei nº 278/2016, ainda em tramitação no Congresso Nacional. Inexistência de previsão legal no tocante à necessidade de especialização do professor auxiliar em Transtorno do Espectro Autista (TEA). Disponibilização de profissional em regime de exclusividade, com especialização específica que, ademais, inviabilizaria a oferta da Educação Especial a todos os menores que dela necessitem. Observância do princípio da solidariedade, insculpido no artigo 3º, inciso I, da CF. 2. Ao professor auxiliar especializado em Educação Especial incumbe a escolha da proposta pedagógica mais adequada ao aluno portador de Autismo, que não se restringe à aplicação do método ABA. 3. Multa diária. Cabimento. Inteligência do artigo 536, §1º, do Código de Processo Civil e artigo 213, caput, e §3º da Lei nº 8.069/90. Fixação em R\$ 250,00 (duzentos e cinquenta reais), valor consentâneo com a natureza da demanda e usualmente adotado por esta Colenda Câmara Especial. 4. Recurso parcialmente provido, tão somente, para fixação das astreintes, cuja exigibilidade está condicionada à retomada das aulas presenciais. (TJ-SP - AC: 10005017920208260019 SP 1000501-79.2020.8.26.0019, Relator(a): Daniela Maria Cilento Morsello, DJ: 22/03/2021, Câmara Especial, Data de Publicação: 30/03/2021)

Diante disso, revela-se urgente a alteração da lei para incluir um rol probatório mínimo que, se apresentado pela pessoa com TEA, tornará obrigatória a disponibilização do acompanhante especializado, tendo em vista que a lei é omissa nesse ponto, deixando ao arbítrio de dirigentes de escola e de julgadores quais documentos devem ou não ser considerados bastantes para a comprovação da necessidade.

Na fala do então Secretário Municipal de Educação de São Paulo, João Cury, em entrevista ao programa Profissão Repórter (GLOBO, 2019), percebe-se a resistência do Poder Público em simplesmente aplicar a lei.

A fim de justificar a falta de acompanhante especializado para vários autistas em uma escola da cidade de São Paulo, o Secretário apontou a existência de corrente contrária à presença do acompanhante em sala, bem como relatou um excesso de zelo por parte dos pais quanto à necessidade de acompanhante, que, em alguns casos, a escola considera não comprovada:

REPÓRTER: Secretário, na escola onde a gente gravou, nem todos os alunos autistas têm um acompanhante, em sala, e muitos deles precisam, precisariam desse acompanhante. E esse é um direito deles, garantido por lei, e por que que isso não acontece?

SECRETÁRIO: Há correntes que acreditam que essa é a melhor solução, outras correntes defendem que o apoio deve estar ao lado do professor para que o aluno possa ter autonomia, porque é muito comum que o pai ache que ele precisa. Entendeu? E o pai não está exagerando no entendimento, nada disso, é porque ele acredita que seria mais importante, que seria mais válido pro filho.

REPÓRTER: Mas é que, de fato, alguns alunos não têm condição nenhuma de ficarem em uma sala de aula sem nenhum apoio.

SECRETÁRIO: Não. Tem casos que a gente reconhece. O grande desafio é exatamente enxergar quais são os casos mais complexos, de maior severidade, para que a gente possa atendê-lo conforme a sua necessidade. (GLOBO, 2019, 21m:14s)

Recorde-se o que dispõe a Lei nº 13.146/2015 quanto à avaliação da deficiência:

Art. 2º Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

§ 1º A avaliação da deficiência, quando necessária, será biopsicossocial, realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar e considerará:

I - os impedimentos nas funções e nas estruturas do corpo;

II - os fatores socioambientais, psicológicos e pessoais;

III - a limitação no desempenho de atividades; e

IV - a restrição de participação.

Como se vê, a avaliação da deficiência nos termos da Lei nº 13.146/2015 é biopsicossocial e leva em consideração aspectos como comunicação, interação social, locomoção, alimentação e cuidados pessoais. Assim, um laudo emitido por equipe multiprofissional e interdisciplinar atestando a necessidade de acompanhante especializado, exclusivo ou não, deveria ser suficiente para a disponibilização do profissional.

Vale mencionar que se encontram em tramitação, na Câmara dos Deputados, duas propostas legislativas apensadas – PL 1764/2021 (JÚNIOR, 2021), de autoria do deputado licenciado Luiz Carlos (AP), e PL 2073/2021 (NAZIF, 2021), de autoria do deputado Mauro Nazif (RO) – para dispor sobre a validade de documentos médicos que atestam o transtorno do espectro autista.

Apesar de ser óbvio que um atestado para transtorno do espectro autista goza de validade indeterminada, já que, até o momento, não há “cura” para esse transtorno (CUNHA, et al., 2021, p.1), apenas a adoção de tratamento multidisciplinar que contorna seus sintomas e adversidades, os projetos de lei *susso* mencionados têm seu valor, na medida em que tentam evitar a exigência

de renovação periódica dos documentos para a continuidade do exercício dos direitos garantidos em lei.

2.4 O ART. 8º, I, DA LEI Nº 7.853/89 (ALTERADO PELA LEI Nº 13.146/15)

Em sua redação original, o art. 8º, I da Lei 7.853/89 estabelecia que constitui crime com pena de reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa “recusar, suspender, procrastinar, cancelar ou fazer cessar, sem justa causa, a inscrição de aluno em estabelecimento de ensino de qualquer curso ou grau, público ou privado, por motivos derivados da deficiência que porta”.

A existência do termo “sem justa causa” no inciso I do art. 8º da Lei 7.853/89, antes da alteração da LBI, permitia que, “com” justa causa, a pessoa negasse matrícula em razão da deficiência, o que dava margem a inúmeras justificativas no âmbito penal (TJ-RN, 2002). A discriminação travestida de desculpas, nos casos admitidos excepcionalmente, afrontava, sem dúvida, a CF, o Decreto nº 6.949/2009 e a Lei Berenice Piana.

Além dessa mudança, a LBI também aumentou a pena abstrata para o crime de recusa de matrícula em razão da deficiência para 2 (dois) a 5 (cinco) anos e multa, equiparando-a à pena cominada na Lei nº 7.716/89 para os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, e incluiu no mesmo dispositivo legal a conduta de cobrar valores adicionais ao deficiente devido à sua condição.

As condutas previstas no art. 8º, I da Lei nº 7.853/89 são todas relacionadas à matrícula ou ingresso de aluno com deficiência em estabelecimento de ensino público ou privado, de qualquer curso ou grau: recusar, cobrar valores adicionais, suspender, procrastinar, cancelar ou fazer cessar inscrição de aluno em razão de sua deficiência. Observa-se, portanto, que a Lei nº 13.146/2015 não constituiu crime a discriminação consistente em retardar ou dificultar a oferta de atendimento especializado a aluno já matriculado.

Conforme mencionado no Capítulo I, Seção 1.3, para a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência (Decreto nº 3.956/2001) discriminação é “toda diferenciação, exclusão ou restrição baseada em deficiência, antecedente de deficiência, consequência de deficiência anterior ou percepção de deficiência presente ou passada, que tenha o efeito ou propósito de impedir ou anular o

reconhecimento, gozo ou exercício por parte das pessoas portadoras de deficiência de seus direitos humanos e suas liberdades fundamentais” (artigo I, nº 2, “a”).

Outrossim, a LBI, em seu art. 4º, § 1º, conceitua o que é discriminação contra a pessoa com deficiência:

Art. 4º Toda pessoa com deficiência tem direito à igualdade de oportunidades com as demais pessoas e não sofrerá nenhuma espécie de discriminação.

§ 1º Considera-se discriminação em razão da deficiência toda forma de distinção, restrição ou exclusão, por ação ou omissão, que tenha o propósito ou o efeito de prejudicar, impedir ou anular o reconhecimento ou o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais de pessoa com deficiência, incluindo a recusa de adaptações razoáveis e de fornecimento de tecnologias assistivas. (BRASIL, 2015)

No entanto, verifica-se que, até para fins de indenização por danos morais, a falta de atendimento educacional especializado nas escolas não é considerada discriminação por alguns julgadores, havendo ainda decisões determinando que o aluno estude em escola especial particular em razão da inexistência escola municipal com AEE, como se verifica nos julgados abaixo transcritos (TJ-PE. 2019; TJ-RJ, 2016):

CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. APELAÇÃO CÍVEL. ESTABELECIMENTO DE ENSINO. NEGATIVA DE MATRÍCULA À CRIANÇA AUTISTA. **AUSÊNCIA DE ESTRUTURA ADEQUADA AO ACOLHIMENTO. RECUSA INJUSTIFICADA NÃO COMPROVADA.** NÃO DEMONSTRADA A PRÁTICA DE ATO DE DISCRIMINAÇÃO. DANOS MORAIS NÃO CONFIGURADOS. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO. I. A Constituição Federal prevê em diversos dispositivos a proteção da pessoa com deficiência, conforme se verifica nos artigos 7º, XXXI; 23, II; 24, XIV; 37, VIII; 40, §4º, I; 201, §1º; 203, IV e V; 208, III; 227, §1º, II, e § 2º; e 244. Ademais, a Lei nº 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional), nos artigos 58 e 59, dispõe que todas as escolas devem assegurar aos estudantes um atendimento adequado às suas necessidades. II. No caso específico das crianças com autismo, a Lei nº 12.764/2011 institui a política nacional de proteção dos direitos da pessoa com transtorno do espectro autista ficando determinado, dentre outros aspectos, que "A pessoa com transtorno autista é considerada pessoa com deficiência, para todos os efeitos legais." (art. 1º, §2º). III. O autista necessita de tratamento especializado nas seguintes áreas: comunicação (fonoaudiologia), aprendizado (pedagogia especializada), psicoterapia comportamental (psicologia), psicofarmacologia (psiquiatria infantil), capacitação motora (fisioterapia) e diagnóstico físico (neurologia). A matrícula é obrigatória e a escola deve providenciar essa estrutura ao longo do tempo. IV. **Os depoimentos trazidos ao juízo indicam que o Colégio GGE busca atender à necessidade das crianças com necessidades especiais, não se recusando a proceder com a matrícula das mesmas, o que descaracteriza provável ato discriminatório por parte da escola.** V. O relato de que a menor foi vítima de ato discriminatório não restou suficientemente comprovado. A ausência de provas acerca do alegado ato discriminatório, prejudica a pretensão indenizatória da Apelante. VI. A sentença monocrática, pois, não merece reparo, razão pela qual nega-se provimento ao recurso

proposto. Decisão Unânime. (TJ-PE - APL: 4128561 PE. Relator: Bartolomeu Bueno. Data de Julgamento: 25/04/2019, 3ª Câmara Cível, Data de Publicação: 10/05/2019)

DIREITO CONSTITUCIONAL. EDUCAÇÃO. JOVEM QUE APRESENTA QUADRO DE TRANSTORNO GLOBAL DE DESENVOLVIMENTO. **Inexistência de escolas especializadas no Município de São Gonçalo.** Ação de obrigação de fazer ajuizada pelo Ministério Público com **objetivo de compelir o Município réu a custear para a jovem escola privada para portadores de necessidades especiais e cuidador especializado no período de adaptação, além de transporte de ida e volta para o local.** Sentença de procedência. Apelo do Município. Preliminar. Legitimidade ativa do Ministério Público. Artigos 127 e 129, II da Constituição Federal. Artigos 7º, 200 e 201 do ECA. Artigo 6º do Código de Processo Civil de 1973. Legitimação extraordinária. Mérito. Garantia constitucional de acesso à educação infantil. Relativização do Princípio da Reserva do Possível. Ao Poder Público e seus órgãos cabe assegurar às crianças e aos adolescentes, portadores de deficiência, o pleno exercício de seus direitos básicos, garantindo-lhes, com absoluta prioridade, o **direito à educação**, o qual é **efetivado por meio da inclusão do aluno em escola especial que atenda às suas necessidades.** Recurso desprovido. (TJRJ - APELAÇÃO 0165235-85.2012.8.19.0004, Quarta Câmara Cível, Des(a). MARCO ANTONIO IBRAHIM, Data de Julgamento: 16/11/2016)

Não obstante as alterações feitas pela LBI (BRASIL, 2015), buscando aumentar a repressão estatal e punir com mais rigor os ilícitos penais previstos no art. 8º, I da Lei nº 7.853/89, é possível afirmar que os esforços legislativos não foram adequados, devido à pena cominada e à precariedade dos comandos insertos nas próprias Leis nº 12.764/12 e nº 13.146/2015, tendo em vista que os diplomas legais são aplicados de forma sistemática.

É curioso observar, por exemplo, a discrepância entre o volume de casos na Justiça envolvendo o art. 7º, *caput* da Lei Berenice Piana e a quantidade de casos, bem menos expressiva, de denúncias levadas a cabo resultando em ações penais pelo crime do art. 8º, I da Lei nº 7.853/89.

Registre-se que a hipótese do art. 7º, *caput* da Lei Berenice Piana é praticamente idêntica a uma das condutas tipificadas na norma penal supracitada, diferindo da mesma em relação à motivação (“em razão de sua deficiência”), que precisa ser comprovada para configurar crime.

A pena privativa de liberdade cominada no art. 8º da Lei nº 7.853/89 para o crime de discriminação em razão de deficiência é branda – reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos –, tendo em vista que se trata de violação a direito fundamental com base em preconceito por causa de deficiência, situação bem mais grave do que o crime de furto, por exemplo.

Assim, quando aplicada em tempo não superior a 4 (quatro) anos, o que não é raro acontecer, a pena privativa de liberdade acaba sendo substituída pela pena restritiva de direitos,

nos termos do art. 44 do Código Penal, ou Decreto-Lei nº 2.848/40. Destarte, a conversão da pena privativa de liberdade em pena restritiva de direitos fomenta a sensação de impunidade e, ao contrário do desejado, não previne a prática da infração penal pela sociedade.

A propósito, confira-se o dispositivo da sentença (TJ-SP, 2019a) abaixo:

[...] DISPOSITIVO. Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE a pretensão punitiva estatal, para Condenar FABIO KARRUO ROMANELI, **por incursão no artigo 8º, inciso I, da Lei nº 7.853/1989, à pena de 02 (dois) anos e 08 (oito) meses de reclusão e o pagamento de 266 (duzentos e sessenta e seis) dias-multa.** O regime inicial de cumprimento da pena é o aberto. **Substitui-se a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, sendo uma de prestação de serviços à comunidade, pelo prazo da pena imposta, e outra de prestação pecuniária, no valor equivalente a dez salários mínimos, da época do pagamento,** em favor de instituição a ser indicada pelo Juízo da Execução da Pena, nos termos do artigo 44, do Código Penal. Com o trânsito em julgado, lance-se o nome do réu Fábio Karruo Romaneli, no rol dos culpados e proceda-se às comunicações legais. P.R.I Paulinia, 08 de abril de 2019. [...] (Ação Penal nº 0005632-28.2016.8.26.0428, Juízo de Direito da 1ª Vara da Comarca de Patrocínio Paulista do TJSP, Juiz FRANCISCO JOSE BLANCO MAGDALENA, j. em 02/05/2019)

Em 13/06/2019, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, o Plenário do STF equiparou os crimes de homofobia e transfobia ao crime de racismo, tornando-os inafiançáveis e imprescritíveis tal como este último, sob o fundamento de que as condutas de intolerância “odiosa” à orientação sexual e à identidade de gênero traduzem “expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social”, devendo, portanto, se ajustar, “por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08/01/1989”. (ADO 26, 2019)

Vale destacar, por oportuno, trecho sobre o conceito de racismo extraído da ementa do aludido julgado, *in verbis*:

[...] AS VÁRIAS DIMENSÕES CONCEITUAIS DE RACISMO. O RACISMO, QUE NÃO SE RESUME A ASPECTOS ESTRITAMENTE FENOTÍPICOS, CONSTITUI MANIFESTAÇÃO DE PODER QUE, AO BUSCAR JUSTIFICAÇÃO NA DESIGUALDADE, OBJETIVA VIABILIZAR A DOMINAÇÃO DO GRUPO MAJORITÁRIO SOBRE INTEGRANTES DE GRUPOS VULNERÁVEIS (COMO A COMUNIDADE LGBTI+), FAZENDO INSTAURAR, MEDIANTE ODIOSA (E INACEITÁVEL) INFERIORIZAÇÃO, SITUAÇÃO DE INJUSTA EXCLUSÃO DE ORDEM POLÍTICA E DE NATUREZA JURÍDICO-SOCIAL – O conceito de racismo, compreendido em sua dimensão social, projeta-se para além de aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos, pois resulta, enquanto manifestação de poder, de uma construção de índole histórico-cultural motivada pelo objetivo de justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por

integrarem grupo vulnerável (LGBTI+) e por não pertencerem ao estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social, são considerados estranhos e diferentes, degradados à condição de marginais do ordenamento jurídico, expostos, em consequência de odiosa inferiorização e de perversa estigmatização, a uma injusta e lesiva situação de exclusão do sistema geral de proteção do direito. [...] (ADO 26, Relator(a): CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 13/06/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-243 DIVULG 05-10-2020 PUBLIC 06-10-2020)

Na esteira do entendimento do STF e considerando que as condutas discriminatórias tipificadas no art. 8º, I da Lei nº 7.853/89 têm motivação na repulsa, também odiosa, à deficiência, constituindo, da mesma forma, uma expressão do racismo em sua dimensão social, é possível dizer que o legislador, ao alterar a referida norma de proteção penal por meio da LBI, omitiu-se quanto à concretização dos postulados contidos no art. 5º, XLI e XLII da CF, deixando de punir com severidade o crime de discriminação em razão da deficiência, já que não fez constar em lei ser essa prática inafiançável e imprescritível.

Delineado esse panorama, é premente que o Poder Legislativo e a sociedade discutam acerca dos motivos que impedem a norma penal em questão de contribuir, com maior eficácia, para o combate aos crimes nela tipificados, com vistas a melhorar ainda mais o texto legal.

É sempre bom lembrar a opinião sobre “preconceitos” contida na Mensagem nº 09 de veto parcial ao Projeto de Lei nº 052/88 (Lei nº 7.716/89):

[...] no que concerne ao aspecto jurídico, aquiescemos com a opinião do Deputado Plínio Barreto que foi o relator da Comissão de Constituição e Justiça, por ocasião da tramitação do projeto de lei **sobre preconceitos** de raça ou de cor que veio a se transformar na Lei nº 1.390, de 3 de julho de 1951, **opinião que apesar do transcurso do tempo, permanece atual:**

“Nunca haverá leis que os destruam. Nunca houve lei alguma que pudesse desarraigar sentimentos profundos e trocar a mentalidade de um povo. Mas isto não impede que, por meio de leis adequadas, se eliminem algumas das manifestações públicas desse preconceito”. (BRASIL, 1989)

CONCLUSÃO

Durante a realização do presente estudo, procurou-se evidenciar imprecisões e imperfeições na redação e comandos insertos nas legislações atinentes ao direito à educação do público TEA, com enfoque na Lei Berenice Piana e na Lei Brasileira de Inclusão, que por sua vez alterou a Lei nº 7.853/89, que dispõe sobre o apoio às pessoas com deficiência e sua integração social.

O direito à educação é um direito fundamental social, pois, além de estar expressamente previsto no art. 6º, da CF, tem como núcleo essencial os valores da dignidade da pessoa humana e da igualdade, uma vez que a educação tem papel fundamental no desenvolvimento pleno da pessoa humana, no exercício de sua cidadania e em sua existência digna.

Os direitos sociais são titularizados por todas as pessoas humanas, daí a universalidade e transindividualidade desse direito, mas, em alguns casos, a titularidade pode estar restrita a um grupo específico, como os trabalhadores, as pessoas carentes e as deficientes. O destinatário (sujeito passivo) desses direitos é, principalmente, o Estado, podendo, em alguns casos, ser o particular, como é o caso das escolas particulares comuns, que também têm o dever de oferecer atendimento educacional especializado gratuito às pessoas com deficiência. A família também tem o dever constitucional de promover a educação, o qual está ratificado no art. 55, do ECA.

Na dimensão objetiva, o direito à educação impõe ao Poder Público e aos atores privados o dever permanente de realizar e concretizar os valores e princípios constitucionais do Título I da CF e de assegurar as prestações previstas especialmente no arts. 205 a 208, da CF, que também possuem nota de fundamentalidade, a exemplo do inciso III do art. 208, que garante atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino.

Na dimensão subjetiva, o direito à educação assegura a possibilidade de ser exigido como prestação material por parte do Estado e de atores privados. Trata-se, portanto, de um direito subjetivo de conteúdo prestacional (positivo), o qual, diante da omissão do Estado ou de uma instituição privada, seja pela ausência de prestação ou insuficiência da mesma, seu titular pode exigir o cumprimento na via judicial, sendo do réu o ônus da prova quanto à falta de recursos financeiros.

O direito à educação, porém, não se restringe à igualdade de acesso à educação. Além de seu conteúdo prestacional, possui caráter defensivo (negativo), na medida em que gera um dever de não interferência por parte do Estado, de exigir dele que se abstenha de realizar atos prejudiciais à educação.

Por estar o direito à educação intimamente relacionado com a dignidade humana e o mínimo existencial, os entes federativos são obrigados a destinar uma fatia de sua receita oriunda dos impostos à educação, embora com frequência se utilizem do limite da reserva do possível como justificativa para o não cumprimento de seu dever constitucional, argumento que deve ser analisado com cautela, levando-se em conta o direito ao mínimo existencial e a banalização desse fator limitador.

Dessa forma, tendo em vista o 212, da CF, a limitação orçamentária não deve se apresentar como uma barreira para a efetivação desse direito, pois essa alegação é invocada há tempos, não havendo uma mudança significativa no cenário de *déficit* financeiro capaz de prejudicar a efetivação do direito à educação de pessoas com deficiência nos últimos anos.

Desde a promulgação da CF, o Brasil passou por diversos marcos importantes nos quais confirmou seu compromisso com uma Educação Inclusiva, como no caso da Declaração de Jomtien, de 1990, que procurou garantir a igualdade de acesso à educação aos portadores de toda e qualquer tipo de deficiência, e da Declaração de Salamanca, de 1994, que buscou fomentar uma educação inclusiva para todas as crianças e recomendou o encaminhamento de crianças a escolas especiais de forma excepcional, para preservar o bem-estar da criança com deficiência e de todas as outras.

Existe o entendimento do MPF de que normas que utilizam expressões como “sempre que possível” e “desde que capazes de se adaptar”, ou de se integrar nas classes comuns da rede regular de ensino, a exemplo da Declaração de Salamanca, da LDB, da Lei nº 7.853/89 e do Decreto nº 3.298/99, não refletem a visão do novo movimento mundial, que é o de inclusão, não o de integração.

A inclusão difere-se da integração na forma com que o mundo interage com o indivíduo deficiente. Nesse sentido, normas que visam a adaptação do aluno com TEA à sociedade

classificam-se como integrativas, ao passo que a inclusão é alcançada através de uma adaptação do mundo à pessoa com deficiência, não o contrário. Portanto, as duas ideias não podem ser confundidas, pois influenciam diretamente na maneira como as políticas públicas devem ser realizadas e interpretadas.

A Convenção de Nova York, de 2009, com *status* de emenda constitucional, marca essa nova perspectiva, na medida em que seus signatários acordaram em abolir as exceções que resultavam em segregação, visto que a Escola Especial não reflete verdadeiramente a sociedade e sua pluralidade.

A Declaração de Salamanca orienta que, no caso de pessoas surdas/cegas, a educação seja provida em escolas especiais, por ser mais adequado, entendimento que se alterou após a Convenção de Nova York, que passou a inseri-los na rede de ensino regular juntamente com os outros alunos não deficientes. A partir desse novo entendimento, no sentido de que é preciso incluir todos os alunos deficientes, sem exceção, na rede regular de ensino, a ex-Presidenta Dilma Rousseff vetou na Lei Berenice Piana a possibilidade de pessoas com deficiência, em função de suas especificidades, receberem serviço educacional em escolas especiais, por se tratar de verdadeira exclusão.

O mesmo, entretanto, não ocorreu com o art. 58, § 2º da LDB, que, não tendo sido vetado, tem sido utilizado como fundamento legal para que a pessoa com deficiência receba serviço educacional em classes ou escolas especiais.

Nesse tocante, cumpre salientar que escolas não estruturadas, sem a devida capacitação de seus profissionais, tendem a se aproveitar do art. 58, § 2º da LDB para “empurrar” alunos com TEA para escolas especiais, mediante a recusa de matrícula, sob o argumento de que não possuem capacidade técnica para lidar com a criança deficiente, além de alegarem como justificativa para a recusa que, em razão das condições específicas do aluno não possibilitarem sua integração nas classes comuns de ensino, o caso dele se enquadraria na exceção da norma, sendo a “melhor” solução matriculá-lo em uma escola especial.

Outrossim, a polivalência semântica advinda do advérbio “preferencialmente”, presente no art. 208, III da CF e no art. 4º, III da LDB, tem servido à perpetuação da mesma conduta discriminatória, já que o Estado tenta se eximir da obrigação de prestar atendimento educacional

especializado na rede regular pública de ensino, deixando a cargo das escolas particulares comuns e de escolas especiais a prestação do serviço. A educação especial não substitui a educação obrigatória, ofertada como educação básica na rede regular de ensino, tratando-se apenas de uma modalidade de educação escolar transversal, que deve ser prestada mediante atendimento educacional especializado complementar ou suplementar ao ensino regular.

Imperioso salientar que, mesmo com as alterações promovidas pela Lei nº 13.146/15 na Lei nº 7.853/89, a prática de recusa de matrícula persiste nos dias hodiernos, ainda que essa conduta seja tipificada como crime desde 1989. A retirada do termo “com justa causa” da norma penal tinha como intenção o fim da prática de discriminação justificada com base nos argumentos antes mencionados. Todavia, a pena cominada para o crime de recusa de matrícula em razão da deficiência é baixa e, quando reduzida, permite a conversão da pena restritiva de liberdade em perda restritiva de direitos. Outrossim, não há previsão legal de imprescritibilidade do crime nem de vedação ao pagamento de fiança.

Comprovar a necessidade de um acompanhamento especializado para alunos com TEA nas classes comuns do ensino regular mostrou-se como um grande entrave diante do material colhido em reportagens, literatura e julgados. Merece destaque o apontamento feito pelo Secretário Municipal de Educação de São Paulo, em 2019, no sentido de que há correntes contrárias à utilização do acompanhante especializado para o aluno com TEA, que apresentaria resultados melhores com o apoio do próprio professor, vertente esta que vai na contramão do postulado no texto constitucional e na legislação infraconstitucional de educação inclusiva.

Por oportuno, é de se ressaltar a divergência acerca do conteúdo e rol mínimo probatório para que esse acompanhamento seja garantido, o que dificulta sobejamente a efetivação desse direito. Além disso, a existência de lacuna na Lei Berenice Piana no que tange à possibilidade de esse acompanhante ser exclusivo eleva o nível de discricionariedade dos dirigentes de ensino e de juízes e tribunais na concessão do acompanhante.

Em relação à especialidade do profissional, a lei também é omissa, permitindo interpretações que admitem a contratação de estagiários, sem experiência, para a realização do serviço, prática que se mostrou demasiadamente corriqueira em escolas públicas, a exemplo da rede municipal de São Paulo no ano de 2019.

Enfim, para que se possa falar em educação **inclusiva** de portadores de TEA e realização dos valores e diretrizes estabelecidos no texto constitucional e leis posteriores infraconstitucionais, é de suma importância que as falhas dos mecanismos legais apontadas no presente trabalho sejam corrigidas, possibilitando, destarte, uma redução significativa dos casos de exclusão educacional que ainda permeiam a realidade brasileira.

Cabe, portanto, ao Poder Legislativo promover profundas alterações na Lei Berenice Piana para: (a) aumentar a multa imposta ao gestor escolar que recusar matrícula, (b) cominar multa expressiva em face da escola particular ou da entidade estatal, no caso das escolas públicas, (c) tornar obrigatório o registro por escrito, preferencialmente por e-mail, de todos os atos, contatos e decisões no processo de matrícula de pessoa com TEA, (d) incluir norma punitiva (advertência e multa) voltada às instituições de ensino que se recusarem a capacitar seus profissionais para o atendimento à pessoa com TEA, e (e) estabelecer quais provas deverão ser consideradas suficientes para a disponibilização do acompanhante especializado, a possibilidade de o acompanhante ser concedido de forma exclusiva, caso comprovada a necessidade, a impossibilidade de o serviço ser prestado unicamente por estagiário e a obrigatoriedade de especialização do acompanhante em transtorno do espectro autista e em uma das seguintes especialidades: fonoaudiologia, psicologia, terapia ocupacional, fisioterapia ou pedagogia.

Em relação ao crime tipificado no art. 8^a, I da Lei nº 7.853/89, alterado pela LBI, sugere-se que o Poder Legislativo aprove lei para (i) aumentar a pena cominada, (ii) incluir novas modalidades de conduta no tipo: negar a oferta de atendimento educacional especializado a aluno matriculado que seja deficiente e recusar a disponibilização de adaptações razoáveis e o fornecimento de tecnologias assistivas (vide art. 4^o, § 1^o da LBI), e (iii) equiparar ao crime de racismo as condutas de “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”, definindo a discriminação contra pessoas com deficiência como crime inafiançável e imprescritível.

Com a devida revisão desses dispositivos, o Brasil poderá, finalmente, caminhar rumo à inclusão educacional plena. Se, de fato, não é possível mudar o sentimento mais profundo do coração do homem, certamente leis adequadas são capazes de colmatar a manifestação do preconceito que ele carrega, fazendo o princípio da igualdade, norteador da Educação Inclusiva,

sair do campo simbólico para, felizmente, concretizar-se na vida real, porque, nas palavras bem-ditas do então Ministro Celso de Mello do STF:

Nem gentios, nem judeus; nem patrícios, nem plebeu/s. Sem qualquer hierarquia ou distinção de origem, de raça, de orientação confessional ou de fortuna, somos todos pessoas, essencialmente dotadas de igual dignidade e impregnadas de razão e consciência, identificadas pelo vínculo comum que nos projeta, em unidade solidária, na dimensão incindível do gênero humano (HC, 2003, p.102).

REFERÊNCIAS

ADI 6590 MC-Ref. (2020). **Relator(a): DIAS TOFFOLI**, Tribunal Pleno, julgado em 21/12/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-027 DIVULG 11-02-2021 PUBLIC 12-02-202. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755053491>>. Acesso em 01 de dezembro de 2021.

ADI 5357 MC-Ref. (2016). **Relator(a): EDSON FACHIN**, Tribunal Pleno, julgado em 09/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-240 DIVULG 10-11-2016 PUBLIC 11-11-2016 Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12012290>>. Acesso em: 01 de dezembro de 2021.

ADO 26. (2019). **Relator(a): CELSO DE MELLO**, Tribunal Pleno, julgado em 13/06/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-243 DIVULG 05-10-2020 PUBLIC 06-10-2020. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>>. Acesso em : 03 de dezembro de 2021.

ALVES, P. (19 de 08 de 2021). **Ministro da Educação diz que há crianças com grau de deficiência em que 'é impossível a convivência'**. Fonte: G1 Globo: <https://g1.globo.com/pe/pernambuco/noticia/2021/08/19/ministro-da-educacao-criancas-impossivel-convivencia.ghtml>. Acesso em: 02 de outubro de 2021.

ARE 679066 AgR, **Relator(a): EDSON FACHIN**, Segunda Turma, julgado em 08/06/2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-153 DIVULG 31-07-2018 PUBLIC 01-08-2018

BEREOHFF, A. M. (21 de 01 de 2019). **AUTISMO: uma história de conquistas**. Fonte: Docer: <https://docero.com.br/doc/e51vve>. Acesso em: 02 de outubro de 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso: 01 de outubro de 2021.

BRASIL. Lei nº 7.716 de 5 de janeiro de 1989. **Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17716.htm>. Acesso em: 01 de janeiro de 2022

BRASIL. Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989. **Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - Corde, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17853.htm>. Acesso: 01 de outubro de 2021.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso: 01 de outubro de 2021.

BRASIL. Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. **Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19394.htm>. Acesso: 01 de outubro de 2021.

BRASIL. Decreto nº 3.956, de 8 de outubro de 2001. **Promulga a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/d3956.htm>. Acesso em: 21 de dezembro de 2021.

BRASIL. Decreto nº 6.253, de 13 de novembro de 2007. **Dispõe sobre o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação - FUNDEB, regulamenta a Lei nº 11.494, de 20 de junho de 2007, e dá outras providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6253.htm>. Acesso em: 21 de dezembro de 2021.

BRASIL. Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. **Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso: 01 de outubro de 2021.

BRASIL. Decreto nº 7.611, de 17 de novembro de 2011. **Dispõe sobre a educação especial, o atendimento educacional especializado e dá outras providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/d7611.htm>. Acesso em: 21 de dezembro de 2021.

BRASIL. Lei nº 12.764, de 27 de dezembro de 2012. **Institui a Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista; e altera o § 3º do art. 98 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112764.htm>. Acesso: 01 de outubro de 2021.

BRASIL. Lei nº 12.796, de 4 de abril de 2013. **Altera a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, para dispor sobre a formação dos profissionais da educação e dar outras providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112796.htm>. Acesso: 01 de outubro de 2021.

BRASIL. Lei nº 13.005, de 25 de junho de 2014. **Aprova o Plano Nacional de Educação - PNE e dá outras providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/113005.htm>. Acesso em: 21 de dezembro de 2021.

BRASIL. Decreto nº 8.368, de 2 de dezembro de 2014. **Regulamenta a Lei nº 12.764, de 27 de dezembro de 2012, que institui a Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/decreto/d8368.htm>. Acesso: 01 de outubro de 2021.

BRASIL. Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. **Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm>. Acesso: 01 de outubro de 2021.

BRASIL. Decreto nº 10.502, de 30 de setembro de 2020. **Institui a Política Nacional de Educação Especial: Equitativa, Inclusiva e com Aprendizado ao Longo da Vida**. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/decreto-n-10.502-de-30-de-setembro-de-2020-280529948>>. Acesso em: 21 de dezembro de 2021.

BRASIL. Decreto nº 10.656, de 22 de março de 2021. **Regulamenta a Lei nº 14.113, de 25 de dezembro de 2020, que dispõe sobre o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação**. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/web/dou/-/decreto-n-10.656-de-22-de-marco-de-2021-309986818>>. Acesso em: 21 de dezembro de 2021

CAMARGO, R. B., ALVES, T., & BOLLMANN, M. D. (2018). **Dinâmica dos vencimentos e da remuneração docente nas redes estaduais no contexto do Fundeb e do PSPN**. RBPAAE - v. 34, n. 2. Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/rbpae/article/download/84109/49649>>. Acesso em: 11 de janeiro de 2022.

CMA. (Agosto de 2019). **Instituição educacional é condenada por recusar matrícula de criança com deficiência**. Fonte: TJDF: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2019/agosto/instituicao-educacional-e-condenada-por-ter-recusado-matricula-de-crianca-com-deficiencia>. Acesso em: 02 de outubro de 2021.

CUNHA, E. (2017). **Autismo e Inclusão: psicopedagogia práticas educativas na escola e na família**. Rio de Janeiro: Wak. EBOOK.

CUNHA, et al. 2021. **Transtorno do espectro autista: principais formas de tratamento**. Fonte: Repositório Universitário da Ânima (RUNA): <https://repositorio.animaeducacao.com.br/handle/ANIMA/17252>. Acesso em: 02 de outubro de 2021.

FERNANDES, P. V. (20 de Abril de 2020). **Autismo e Direito: Dos Direitos e Garantias das Pessoas com Transtorno do Espectro Autista no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. São Paulo: Independently Published . EBOOK.

FOLHA DE LONDRINA. (29 de Dezembro de 2014). **Escolas ainda rejeitam aulas autistas**. Fonte: Folha de Londrina: <https://www.folhadelondrina.com.br/geral/escolas-ainda-rejeitam-alunos-autistas-904106.html>. Acesso em: 02 de outubro de 2021.

FOLHA VITÓRIA. (12 de Julho de 2018). **Quantidade de alunos com deficiência por turma desafia escolas particulares**. Fonte: Folha Vitória: <https://www.folhavitoria.com.br/geral/noticia/07/2018/quantidade-de-alunos-com-deficiencia-por-turma-desafia-escolas-particulares>. Acesso em: 02 de outubro de 2021.

FULGÊNCIO, C. (12 de 12 de 2014). **MP investiga cobrança de taxa extra por aluno autista em escolas do AC**. Fonte: G1 Globo: <http://g1.globo.com/ac/acre/noticia/2014/12/mp>

investiga-cobranca-de-taxa-extra-por-aluno-autista-em-escolas-do-ac.html. Acesso em: 02 de outubro de 2021.

G1. (2020). **Salário mínimo: veja histórico dos últimos reajustes.** Fonte: Globo.com. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/noticia/2020/12/15/salario-minimo-veja-historico-dos-ultimos-reajustes.ghtml>>. Acesso em: 01 de janeiro de 2022.

GADIA, C. A., Tuchman, R., & Rotta, N. T. (abril de 2004). **Autismo e doenças invasivas de desenvolvimento.** Fonte: SciELO: <https://www.scielo.br/j/jped/a/mzVV9hvRwDfDM7qVZVJ6ZDD/?lang=pt>. Acesso em: 02 de outubro de 2021.

GLOBO. (2019). **Autismo.** Profissão Repórter. 19 de junho de 2019. Fonte: <<https://globoplay.globo.com/v/7706198/>>. Acesso em: 20 dez. 2021.

GLOBO. (2021) **Jovem com autismo severo tem a rotina mudada após atividades multidisciplinares.** Profissão Repórter. 11 de maio de 2021. Fonte: <<https://globoplay.globo.com/v/9508009/>>. Acesso em: 20 dez. 2021.

GUATEMALA. (1999). **Convenção interamericana para a eliminação de todas as formas de discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência.** Fonte: <http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/a-65.htm#:~:text=Esta%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20tem%20por%20objetivo,sua%20plena%20integra%C3%A7%C3%A3o%20%C3%A0%20sociedade.&text=Cooperar%20entre%20si%20a%20fim,as%20pessoas%20portadoras%20de%20defici%C3%Aancia>. Acesso em: 21 de dezembro de 2021.

HC. (2003). 82.424-2 RS, STF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Moreira Alves, **Rel. p/ Acórdão Ministro Presidente Maurício Corrêa**, julgado em 17/09/2003. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>>. Acesso em: 04 de dezembro de 2021.

HEHIR, D. T., et al. 2016. **Os Benefícios da Educação Inclusiva para Estudantes com e sem Deficiência.** Fonte: Alana Org: https://alana.org.br/wp-content/uploads/2016/11/Os_Beneficios_da_Ed_Inclusiva_final.pdf. Acesso em: 02 de outubro de 2021.

INFÂNCIA, R. N. (2017). **A escola do meu filho autista disse que ele precisa de um acompanhante e a despesa é por minha conta. O que devo fazer?** Fonte: Rede Nacional Primeira Infância. Disponível em: < <http://primeirainfancia.org.br/a-escola-do-meu-filho-autista-disse-que-ele-precisa-de-um-acompanhante-e-a-despesa-e-por-minha-conta-o-que-devo-fazer/>>. Acesso em: 04 de dezembro de 2021.

JOMTIEN. (1990). **Declaração Mundial sobre Educação para Todos: Satisfação das Necessidades Básicas de Aprendizagem.** Link disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000086291_por>. Acesso em: 26 de dezembro de 2021.

JÚLIO, E. (6 de Fevereiro de 2014). **Mães denunciam recusa de matrícula de alunos autistas em escolas de São Luís.** Fonte: Ministério Público do Estado do Maranhão:

<https://www.mpma.mp.br/index.php/lista-de-noticias-gerais/8043-pais-denunciam-recusa-de-matricula-de-alunos-autistas-em-escolas-de-sao-luis>. Acesso em: 02 de outubro de 2021.

JÚNIOR, L. C. (2021). **Propostas Legislativas**. Fonte: Câmara dos Deputados: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2282248>. Acesso em: 02 de outubro de 2021.

LEITE, G. S. (2020). **Eficácia e Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. Fonte: Senado Federal: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/570639/Eficacia_aplicabilidade_normas_constitucionais.pdf. Acesso em: 02 de outubro de 2021.

MANTOAN, M. T., Figueiredo, A. C., & Prata, P. (24 de 12 de 2017). **Parecer de Comitê da ONU sobre educação inclusiva**. Fonte: Movimento Down: <http://www.movimentodown.org.br/2017/12/comentario-geral-4-sobre-educacao-inclusiva-do-comite-da-convencao-da-onu-sobre-os-direitos-das-pessoas-com-deficiencia/>. Acesso em: 02 de outubro de 2021.

MAROS, A. (2021). **Escolas impõem limite de alunos com autismo e pais sofrem para conseguir matrícula**. Fonte: Plural Curitiba. Disponível em: <https://www.plural.jor.br/noticias/vizinhanca/escolas-impoem-limite-de-alunos-com-autismo-e-pais-sofrem-para-conseguir-matricula/>. Acesso em: 01 de janeiro de 2022.

MEC. (2014) NOTA TÉCNICA Nº 04 / MEC / SECADI / DPEE. **Orientação quanto a documentos comprobatórios de alunos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades/superdotação no Censo Escolar**. 23 de janeiro de 2014. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=15898-nott04-secadi-dpee-23012014&category_slug=julho-2014-pdf&Itemid=30192 . Acesso em: 01 de janeiro de 2022.

MELLO, et al. 2013. **Retratos do Autismo no Brasil**. Fonte: Associação de Amigos do Autista: <https://www.ama.org.br/site/wp-content/uploads/2017/08/RetratoDoAutismo.pdf>. Acesso em: 02 de outubro de 2021.

MENDES, Gilmar Ferreira; Branco, Paulo Gustavo Gonet. (2021). **Curso de Direito Constitucional - Séire IDP - 16ª Edição 2021**. Edição do Kindle (EBOOK).

MPF, 2004. **O Acesso de Alunos com Deficiência às Escolas e Classes Comuns da Rede Regular / Ministério Público Federal: Fundação Procurador Pedro Jorge de Melo e Silva (organizadores) / 2ª ed. rev. e atualiz**. Brasília: Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão, 2004.

NAZIF, M. (2021). **Propostas Legislativas**. Fonte: Câmara dos Deputados: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2286026>. Acesso em: 02 de outubro de 2021.

OAB-DF. (2015). **Cartilha dos direitos da pessoa com autismo**. Fonte: Ordem dos Advogados do Brasil, Seção Distrito Federal. Disponível em: <https://oabdf.org.br/impessos/cartilhas/cartilha-direitos-da-pessoa-com-autismo/>. Acesso em 12 de janeiro de 2022.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível.** Curitiba: Juruá, 2008. Fonte: <http://dominiopublico.mec.gov.br/download/teste/arqs/cp007711.pdf>. Acesso em 09 de fevereiro de 2022.

ONOFRE, J. (13 de 01 de 2021). **Escolas particulares do AC são proibidas de cobrar taxa extra para estudantes com deficiência.** Fonte: SOCEPEL: <https://socepel.com.br/?p=7175>. Acesso em: 02 de outubro de 2021.

Política Nacional de Educação Especial na Perspectiva da Educação Inclusiva (2008). Documento elaborado pelo Grupo de Trabalho nomeado pela Portaria Ministerial nº 555, de 5 de junho de 2007, prorrogada pela Portaria nº 948, de 09 de outubro de 2007, entregue ao Ministro da Educação em 07 de janeiro de 2008. Brasília: MEC. Fonte: <http://portal.mec.gov.br/arquivos/pdf/politicaeducuespecial.pdf>. Acesso em: 27 de novembro de 2021.

PORTAL DA CIDADE BRUSQUE. (15 de 03 de 2021). **Pais acusam escola particular de não querer efetuar matrícula de criança autista.** Fonte: Portal da Cidade Brusque: <https://brusque.portaldacidade.com/noticias/educacao/colégio-consul-carlos-renaux-e-acusado-de-negar-matricula-para-crianca-autista-0853>. Acesso em: 02 de outubro de 2021.

RAMOS, A. et al. 2018. **Ministério público, sociedade e a lei brasileira de inclusão da pessoa com deficiência** / André de Carvalho Ramos ... [et al.]; Eugênia Augusta Gonzaga, Jorge Luiz Ribeiro de Medeiros (organizadores). – Brasília : ESMPU, 2018.

REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. (3 de 03 de 2017). **Cobrar mensalidade maior de aluno com deficiência gera dano moral, fixa TJ-AL.** Fonte: Conjur: <https://www.conjur.com.br/2017-mar-03/cobrar-mensalidade-maior-aluno-deficiencia-gera-dano-moral>. Acesso em: 02 de outubro de 2021.

SÃO PAULO. **Lei 16.925** de 16 de janeiro de 2019. **Veda qualquer discriminação à criança e ao adolescente portador de deficiência ou doença crônica nos estabelecimentos de ensino, creches ou similares, em instituições públicas ou privadas.** Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2019/lei-16925-16.01.2019.html>. Acesso em: 11 de janeiro de 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. (2021). **Curso de direito constitucional / Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero.** – 10. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021. E-BOOK.

SILVA, JOSÉ A. DA. (2005). **Curso de Direito Constitucional Positivo.** – 25. ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 2005. 925p.

SILVA, C. (19 de fevereiro de 2019). **Escola de Campos denunciada por atriz em redes sociais.** Fonte: Folha 1: http://www.folha1.com.br/_conteudo/2019/02/geral/1244763-escola-de-campos-denunciada-por-atriz-em-redes-sociais.html. Acesso em: 02 de outubro de 2021.

SP Notícia. (9 de dezembro de 2020). **Escola descumpre lei e nega matrícula de criança com espectro autista em SP.** Fonte: SP Notícia: <https://www.spnoticia.com.br/post/escola->

descumpre-lei-e-nega-matricula-de-crianca-com-espectro-autista-em-sp. Acesso em: 02 de outubro de 2021.

STUDART, C. (2019). **Propostas Legislativas**. Fonte: Câmara dos Deputados: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2195046>. Acesso em: 02 de outubro de 2021.

TAVARES, ANDRÉ RAMOS. (2021). **Curso de direito constitucional / André Ramos Tavares**. – 19. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021. 1248p.

TJ-RJ. (2016). Apelação nº 0165235-85.2012.8.19.0004. **Des(a). Marco Antonio Ibrahim**. DJ: 16/11/2016. Fonte: <<http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/2626736/aluno-portador-necessidades-especiais.pdf>>. Acesso em: 01 de outubro de 2021.

TJ-RJ. (2020). Apelação Cível nº 0005016-63.2015.8.19.0014. **Des(a). Alcides Da Fonseca Neto**. DJ: 30/09/2020. Fonte: <<http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ImpressaoConsJuris.aspx?CodDoc=4217670&PageSeq=1>>. Acesso em: 11 de dezembro de 2021.

TJ-RN. (2002). HC 14457 RN 2002.001445-7. Relator: **Des. Manoel dos Santos**. DJ: 26/06/2002. Fonte: JusBrasil: <https://tj-rn.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3641934/habeas-corpus-com-liminar-hc-14457>. Acesso em: 02 de outubro de 2021.

TJ-RO. (2020). Apelação Cível: 70069512820168220005. **Relator: Odivanil de Marins**. DJ: 07/0/2020. Fonte: JusBrasil: <https://tj-ro.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/943637000/apelacao-civel-ac-70069512820168220005-ro-7006951-2820168220005>. Acesso em: 02 de outubro de 2021.

TJ-RS. (2017). Agravo de Instrumento nº 70072463797. **Relator: Ivan Leomar Bruxel**. DJ:13/07/2017. Fonte: JusBrasil: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/480232054/agravo-de-instrumento-ai-70072463797-rs>. Acesso em: 02 de outubro de 2021.

TJ-RS. (2019a). AI: 70080039183 RS. **Relator: Helena Marta Suarez Maciel**, DJ: 26/03/2019. Fonte: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/692792369/agravo-de-instrumento-ai-70080039183-rs>>. Acesso em: 04 de dezembro de 2021.

TJ-RS. (2019b). AI: 70082994559 RS. **Relator: Helena Marta Suarez Maciel**, DJ: 10/12/2019. Fonte: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/889524739/agravo-de-instrumento-ai-70082994559-rs>>. Acesso em: 04 de dezembro de 2021.

TJ-RS. (2019c). Agravo de Instrumento nº 70083308171. **Relator: Helena Marta Suarez Maciel**. DJ: 18-02-2020. Fonte: JusBrasil: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/815421043/agravo-de-instrumento-ai-70083308171-rs>. Acesso em: 02 de outubro de 2021.

TJ-PE. (2018). Recurso Inominado Cível nº 0042516-37.2014.8.17.8201. **Relator. Roberto Carneiro Pedrosa**. DJ:21/02/2018. Fonte: < tjpe.jus.br (RECURSO INOMINADO CÍVEL 0042516-37.2014.8.17.8201, Rel. ROBERTO CARNEIRO PEDROSA, 3º Gabinete da Sexta Turma Recursal - JECRC, julgado em 21/02/2018, DJe)>. Acesso em: 04 de dezembro de 2021.

TJ-PE. (2019). APL: 0096393-82.2013.8.17.0001 PE, **Relator. Bartolomeu Bueno.** DJ: 25/04/2019. Fonte: <<https://tj-pe.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/707117113/apelacao-apl-4128561-pe>>. Acesso em: 04 de dezembro de 2021.

TJ-SC. (2015). AI: 20150273647 Blumenau 2015.027364-7. **Relator: Ricardo Roesler,** Data de Julgamento: 03/12/2015, Quarta Câmara de Direito Público. Fonte:< <https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/945162320/agravo-de-instrumento-ai-20150273647-blumenau-2015027364-7/inteiro-teor-945162370>>. Acesso em: 02 de dezembro de 2021.

TJ-SP. (2018). Apelação nº 1008151-21.2015.8.26.0451. **Relator. Cesar Luiz de Almeida.** DJ:06/02/2018. Fonte: < <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/905765567/apelacao-civel-ac-10081512120158260451-sp-1008151-2120158260451/inteiro-teor-905765676>>. Acesso em: 04 de dezembro de 2021.

TJ-SP. (2019a). Ação Penal nº 0005632-28.2016.8.26.0428. **Juiz Francisco Jose Blanco Magdalena.** DJ: 02/05/2019. Fonte: <<https://www.jusbrasil.com.br/processos/139035388/processo-n-0005632-2820168260428-do-tjsp>>. Acesso em: 2 de dezembro de 2021.

TJ-SP. (2019b). Apelação Cível nº 1002694-56.2017.8.26.0477. **Relator. José Marcos Marrone.** DJ: 11/12/2019. Fonte: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/908635479/apelacao-civel-ac-10026945620178260477-sp-1002694-5620178260477/inteiro-teor-908635942>>. Acesso em: 04 de dezembro de 2021.

TJ-SP. (2020a). Apelação Cível: 1004301-52.2017.8.26.0462. **Relator: Sulaiman Miguel.** DJ: 28/07/2020. Fonte: JusBrasil: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/896732908/apelacao-civel-ac-10043015220178260462-sp-1004301-5220178260462>. Acesso em: 02 de outubro de 2021.

TJ-SP. (2020b). AI: 2039896-21.2020.8.26.000 SP. **Relator(a): Daniela Maria Cilento Morsello,** DJ: 17/09/2020. Fonte: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/930376738/agravo-de-instrumento-ai-20398962120208260000-sp-2039896-2120208260000>>. Acesso em: 04 de dezembro de 2021

TJ-SP. (2020c). AI: 2218382-28.2020.8.26.0000. **Relator(a): Daniela Maria Cilento Morsello,** DJ: 26/11/2020. Fonte: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1133094598/agravo-de-instrumento-ai-22183822820208260000-sp-2218382-2820208260000>>. Acesso em: 03 de dezembro de 2021.

TJ-SP. (2021d). Apelação Cível nº 1003507-53.2017.8.26.0681. **Relator: Magalhães Coelho** (Presidente da Seção de Direito Público). DJ:10/12/2020. Fonte: JusBrasil: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1142989018/apelacao-civel-ac-10035075320178260681-sp-1003507-5320178260681>. Acesso em: 02 de outubro de 2021.

TJ-SP. (2021a) Apelação Cível nº 1000040-58.2020.8.26.0003. **Relator. Rodolfo Cesar Milano.** DJ: 09/06/2021. Fonte: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1230757675/apelacao-civel-ac-10000405820208260003-sp-1000040-5820208260003/inteiro-teor-1230757694>>. Acesso em: 04 de dezembro de 2021.

TJ-SP. (2021b). AI: 3002896-33.2021.8.26.0000. **Relator(a): Daniela Maria Cilentto Morsello,** DJ: 19/08/2021. Fonte: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1266943760/agravo-de-instrumento-ai-30028963320218260000-sp-3002896-3320218260000>>. Acesso em: 04 de dezembro de 2021.

TJ-SP. (2021c). AI: 1000501-79.2020.8.26.0019. **Relator(a): Daniela Maria Cilentto Morsello,** DJ:22/03/2021. Fonte: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1188128503/apelacao-civel-ac-10005017920208260019-sp-1000501-7920208260019>>. Acesso em: 04 de dezembro de 2021.

UNESCO. 1994. **DECLARAÇÃO DE SALAMANCA. Sobre Princípios, Políticas e Práticas na Área das Necessidades Educativas Especiais.** Brasília: Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/seesp/arquivos/pdf/salamanca.pdf>. Acesso em: 01 janeiro 2022.