

ANÁLISE DOS ASPECTOS DE CONTROLE JUDICIAL E SOCIAL NA ADI 5357



Reshad Tawfeiq¹

Em referência ao inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, foi aprovado o Estatuto da Pessoa com Deficiência – Lei 13.146/2015, que embora esta ainda não estivesse em vigor, foi ajuizada Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI 5357 tendo por objeto o questionamento de alguns artigos específicos da referida lei, especificamente sobre a questão da inclusão de alunos com deficiência em escolas particulares sem que isto acarretasse custos aos pais ou seus responsáveis legais. Este estudo concentra a atenção em relação aos aspectos de controle judicial e social em matéria de direitos fundamentais sociais inculcados na citada ADI, especialmente sobre o voto vencedor do relator Ministro Edson Fachin, que foi acompanhado pela maioria absoluta dos Ministros do Supremo Tribunal Federal – STF. A metodologia aplicada foi com objetivos exploratórios, pesquisa documental e bibliográficas, buscando explanar os fatos que relevaram a decisão do STF.

Palavras-chave: Educação; Inclusão; Pessoa com deficiência;

¹ Doutor e Mestre em Ciências Sociais Aplicadas e Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa - UEPG, Ponta Grossa/PR, Brasil

ANALYSIS OF ASPECTS OF JUDICIAL AND SOCIAL CONTROL IN ADI 5357



Fabiano Machado da Silva²

In reference to item IV of Article 3 of the Federal Constitution, the Statute of the Person with Disabilities was approved – Law 13.146/2015. Although this law was not yet in effect, a Direct Action of Unconstitutionality (ADI 5357) was filed to challenge specific articles of the aforementioned law, particularly concerning the inclusion of students with disabilities in private schools without imposing costs on their parents or legal guardians.

²Mestrando em Direito na UEPG, Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Faculdade Focus, Bacharel em Direito pela Faculdade Estácio - Curitiba/PR, Brasil



Maiara de Almeida Abreu³

This study focuses on the judicial and social control aspects related to the fundamental social rights addressed in the ADI, especially regarding the prevailing opinion of the rapporteur, Minister Edson Fachin, which was supported by the absolute majority of the Ministers of the Supreme Federal Court (STF). The methodology applied was exploratory, using documentary and bibliographic research to elucidate the facts that led to the STF's decision.

Keywords: Education; Inclusion; Person with Disability.

³ Mestranda em Direito na UEPG, Bacharela em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa - UEPG, Ponta Grossa/PR, Brasil

INTRODUÇÃO

Após a publicação da Lei nº13.146/2015, conhecida como a Lei da Inclusão, mas antes de sua entrada em vigor em agosto de 2015, foi ajuizada ação pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (Confenen). A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI nº 5.357) questionou o teor do §1º do art. 281 e o art. 302, caput, da referida lei.

O foco da ADI estava na esfera econômica e na liberdade da propriedade privada ao exigir transformações que geram custos os quais não poderiam ser repassados às famílias dos alunos, com a Confenen argumentando que o dever de prover a educação, especialmente a educação inclusiva, era responsabilidade do Estado.

Para a Confenen, ao incluir o termo "privadas" nas obrigações a serem cumpridas pelas escolas, a lei violava diversos dispositivos da Constituição Federal, como o art. 5º, incisos XXII, XXIII e LIV; o art. 170, incisos II e III; o art. 205; o art. 206, incisos II e III; o art. 208, inciso III; o art. 209; e o art. 227, §1º, inciso II.

No entendimento da Confenen, estariam sendo corrompidos diversos princípios constitucionais sociais e econômicos como o direito de propriedade, a função social da propriedade, proteção contra privação de liberdade ou bens sem o devido processo legal, a ordem econômica, a propriedade privada e a função social da propriedade, a educação como direito de todos e dever do Estado e da família, a liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber, o pluralismo de ideias e concepções pedagógicas, incluindo a coexistência de instituições públicas e privadas de ensino, o dever do Estado de garantir a educação por meio de atendimento educacional especializado às pessoas com deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino; a liberdade de ensino para a iniciativa privada e dever do Estado de promover a educação da criança e do adolescente, incluindo programas de assistência integral e atendimento especializado para pessoas com deficiência.

Em síntese, a Confenen alegou que as medidas dispostas no Estatuto da Pessoa com Deficiência violavam esses artigos da Constituição e representavam um ônus excessivo para as escolas privadas, o que poderia levar à inviabilidade financeira e, inclusive, ao fechamento de muitas delas. Foi solicitado, portanto, uma medida cautelar para suspender a eficácia dos artigos questionados.

Observou-se uma reação intensa da Confenen, que até então não havia reconhecido adequadamente o direito inalienável das pessoas com deficiência à educação inclusiva.

Em novembro de 2015, o Relator Ministro Edson Fachin indeferiu a liminar, entendendo que não estavam presentes os requisitos para a concessão da medida cautelar. O Estatuto da Pessoa com Deficiência havia sido promulgado conforme a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, afastando o *fumus boni juris*, e a própria lei previa um prazo de 180 dias de *vacatio legis*, o que desqualificava o *periculum in mora* que justificaria a cautelar. No ano seguinte, em novembro de 2016, foi publicado o acórdão que, por maioria de votos, julgou improcedentes os pedidos da Confenen.

Sendo assim, a partir das questões subjacentes ao referido caso, pretende-se neste artigo analisar os argumentos apresentados pelo relator, Ministro Fachin (seguido pela maioria dos ministros em seus votos). O estudo será feito em relação aos aspectos de controle judicial, econômico e social em matéria de direitos fundamentais sociais.

Por fim, o artigo está organizado primeiramente com a breve descrição do voto do relator Ministro Fachin, após a análise do controle judicial, social e econômico na decisão, buscando demonstrar que decisão do STF ao não permitir cobrança adicional aos alunos com deficiência, garante os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal.

2 O VOTO DO RELATOR NA DECISÃO DA ADI 5357

Em sua decisão, o ministro relator Edson Fachin refutou um a um os argumentos utilizados pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (Confenen), que questiona a constitucionalidade do parágrafo primeiro do artigo 28 e caput do artigo 30 da Lei 13.146/2015.

Dizia a Confenen que as normas representavam violação de diversos dispositivos constitucionais, entre eles o artigo 208, inciso III, que prevê como dever do Estado o atendimento educacional às pessoas com deficiência. Alegava ainda que os dispositivos estabeleciam medidas de alto custo para as escolas privadas, o que levaria ao encerramento das atividades de muitas delas.

Em contraponto a estas alegações, Fachin 2016, p. 13, começa afirmando que:

educação profissional tecnológica, públicas e privadas, devem ser adotadas as seguintes medidas:

¹ Art. 28. Incumbe ao poder público assegurar, criar, desenvolver, implementar, incentivar, acompanhar e avaliar:

I - sistema educacional inclusivo em todos os níveis e modalidades, bem como o aprendizado ao longo de toda a vida;

² Art. 30. Nos processos seletivos para ingresso e permanência nos cursos oferecidos pelas instituições de ensino superior e de

[...] a busca na tessitura constitucional pela resposta jurídica para a questão posta somente pode ser realizada com um olhar que não se negue a ver a responsabilidade pela alteridade compreendida como elemento estruturante da narrativa constitucional.

Segundo o relator, a atuação do Estado na inclusão das pessoas com deficiência, seja pelo poder Executivo ou Legislativo, implica a evolução da compreensão de que se trata de ação positiva para ambos. "Os direitos fundamentais sociais dependem, para a sua realização, da elaboração e da implementação de políticas públicas, as quais são incumbência constitucional dos Poderes Legislativo e Executivo". (Araújo 2015, p. 03)

Votou-se, conforme ementa do acórdão:

Relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, por unanimidade, em converter o julgamento do referendo da cautelar em julgamento de mérito, julgando, por maioria e nos termos do Voto do Min. Relator Edson Fachin, improcedente a presente ação direta de inconstitucionalidade, vencido, no ponto, o Ministro Marco Aurélio, que a julgava parcialmente procedente. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Nos termos do voto do Min. Relator Edson Fachin, assentou-se que 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. À luz da Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e da Constituição da República, somente com o convívio com a diferença e com o seu necessário acolhimento que pode haver a construção de uma 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).

Por fim, aduz ao final de seu voto que a medida cautelar apresentada não deveria prosperar, por tratar-se de inversão de valores constitucionais. "Tais requisitos, por mandamento constitucional, aplicam-se a todos os agentes econômicos, de modo que há verdadeiro perigo inverso na concessão da cautelar" (Fachin 2016).

Nota-se então que com base no inciso IV do art. 3º da Constituição Federal os Ministros votaram desfavoráveis à ADI, alegando que as escolas particulares devem atuar de forma a garantir os direitos fundamentais, pois o convívio com as diferenças é fundamental para uma sociedade plural.

3 ASPECTOS DO CONTROLE JUDICIAL E SOCIAL E SEUS IMPACTOS NA DIMENSÃO ECONÔMICA

Devido ao fenômeno do neoconstitucionalismo, "...a Constituição passou a desempenhar um papel superior no ordenamento jurídico nacional, passando a ser vinculante para todos" (Barroso 2006). A normatividade da Constituição exige o respeito pelos seus princípios e o juiz deve agir na sua implementação, mesmo em detrimento dos interesses da maioria. Focado na proteção dos direitos fundamentais, o controle das políticas públicas pelo poder judiciário é legitimado pela nova ordem constitucional, que dá prioridade aos direitos humanos.

Ademais, a legitimidade do controle é garantida pela base constitucional dos tribunais. Destarte, "o mandato exercido pelo tribunal constitucional, embora não derive diretamente das urnas, tem seu fundamento último de legitimidade no próprio texto constitucional, que possui a qualidade de norma jurídica e deve ser aplicado por esta razão" (Fonte, 2009, p. 13).

Faz-se necessário reconhecer que a combinação entre a visão teórica estabelecida e a positivação dos valores constitucionais permite identificar o sentido normativo da solidariedade. Uma sociedade onde a maioria ignora as minorias é ilegítima e injusta. "É por isso que a essência de todo comportamento intolerante é contrária ao humanismo" (Dworkin 2004).

Em suma, a dualidade "tolerância/intolerância" é mais significativa do que seus polos isolados e está intimamente relacionada à ideia de solidariedade. No contexto do Estado social contemporâneo, a palavra-chave que define o conteúdo tanto da solidariedade quanto da tolerância é "alteridade" (Gabardo 2009).

Conforme proposto por Celso Luiz Ludwig, é preciso reconhecer a necessidade de "exterioridade" em relação à totalidade, como afirmação analítica (ou seja, uma afirmação de elementos subjetivos, como dignidade, liberdade, cultura, direitos e trabalho). "A garantia dos direitos fundamentais é condição indispensável para a concretização do Estado Democrático de Direito, fundado pela Constituição Federal de 1988" (Araújo, 2015).

3.1 ASPECTOS JUDICIAIS

Quanto aos aspectos judiciais no voto do relator, destacam-se os pontos em que aborda os tratados internacionais sobre Direitos Humanos e sua absorção pela Constituição de 1988. Segundo Fachin, "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".

Neste sentido segue o voto do relator:

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.

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.

Outro ponto que vale ser destacado no voto é a pluralidade, sobre a qual Fachin 2016, p. 03, comenta: "Pluralidade e igualdade são duas faces da mesma moeda. O respeito à pluralidade não prescinde do respeito ao princípio da igualdade". Sobre o tema, complementa o Ministro:

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.

Mais adiante, em outro trecho de seu voto, Fachin 2016, p. 18 destaca que não se pode invocar dispositivos constitucionais para negá-los em face de outros.

Nessa linha, não se acolhe o invocar da função social da propriedade para se, negar a cumprir obrigações de funcionalização previstas constitucionalmente, limitando-a à geração de empregos e ao atendimento à legislação trabalhista e tributária, ou, ainda, o invocar da dignidade da pessoa humana na perspectiva de eventual sofrimento psíquico dos educadores e "usuários que não possuem qualquer necessidade especial". Em suma: à escola não é dado escolher, segregar, separar, mas é seu dever ensinar, incluir, conviver.

Complementa dizendo que 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 escolas privadas deverão pautar sua atuação

educacional a partir de todas as faces e potencialidades que o direito fundamental à educação possui.

democrática em
comunidade.

3.2 ASPECTOS SOCIAIS

Analisando os aspectos sociais da decisão, é possível verificar a atenção e cuidado especial dados pelo relator ao tema. Nota-se uma sensibilidade poucas vezes visto em nosso país para com as pessoas com deficiência.

Em um trecho do voto, Fachin 2016, p.3, diz que "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". Mais adiante segue em seu pensamento:

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).

Em outras palavras, Fachin defende que somente com o convívio entre os "diferentes" faz com que seja efetivada a tão falada inclusão, e que, as demais pessoas da sociedade seriam as mais prejudicadas pela falta desse convívio com o diferente.

Em seu voto, Fachin destaca que 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" (Fachin 2016, p.14).

Segue argumentando o relator em sua explanação:

[...] essa atuação não apenas diz respeito à inclusão das pessoas com deficiência, mas também, em perspectiva inversa, refere-se ao direito de todos os demais cidadãos ao acesso a uma arena democrática plural. A pluralidade - de pessoas, credos, ideologias etc. - é elemento essencial da democracia e da vida

Em outro ponto de seu voto, o relator diz que à luz da Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, da qual o Brasil é signatário, o ensino inclusivo em todos os níveis de educação não é está fora do ordenamento jurídico brasileiro. Muito pelo contrário, é um instituto positivado por regra explícita, uma vez que as convenções internacionais possuem força de emenda constitucional. Continua o relator em seu voto (Fachin 2016, p. 22):

O ensino inclusivo é política pública estável, desenhada, amadurecida e depurada ao longo do tempo em espaços deliberativos nacionais e internacionais dos quais o Brasil faz parte. Não bastasse isso, foi incorporado à Constituição da República como regra.

Ressalta ainda que muito embora o serviço público de educação seja livre à iniciativa privada, independentemente de concessão ou permissão, isso não significa que os grupos educacionais que se dispõem a prestá-lo, possam cumpri-lo sem responsabilidades ou limites.

3.3 IMPACTOS NA DIMENSÃO ECONÔMICA

Importante lembrar que um dos principais argumentos trazidos à baila na ADI 5357 foi o argumento econômico. Em voto, Fachin desmonta este argumento considerando o princípio da solidariedade.

O ministro (Fachin, 2016, p. 22) afirma que não restou comprovado o prejuízo alegado pelas escolas particulares, sendo assim, meros argumentos fatalistas. Continua argumentando ainda sobre as impugnações de cunho econômico utilizadas na ADI, dizendo sobre as mesmas que:

[...] não é possível sucumbir a argumentos fatalistas que permitam uma captura da Constituição e do mundo jurídico por supostos argumentos econômicos que, em realidade, se circunscrevem ao campo retórico. Sua apresentação desacompanhada de sério e prévio levantamento a dar-lhes sustentáculo, quando

cabível, não se coaduna com a nobre legitimidade atribuída para se incoar a atuação desta Corte.

Neste ponto, inclusive, diz que “um olhar voltado ao econômico milita em sentido contrário ao da suspensão da eficácia dos dispositivos impugnados”(Fachin 2016, p. 10). Ainda sobre os aspectos econômicos alegados, discorre o relator que:

[...] corre-se o risco de se criar às instituições particulares de ensino odioso privilégio do qual não se podem furtar os demais agentes econômicos. Privilégio odioso porque oficializa a discriminação.

Como se sabe, as instituições de ensino particulares desenvolvem atividade econômica e devem adaptar suas instalações para acolher as pessoas com deficiência, prestando serviços educacionais que não enfoquem a questão da deficiência limitada à perspectiva médica, mas também do ambiente escolar como um todo. “Esta última deve ser pensada a partir dos espaços, ambientes e recursos adequados à superação de barreiras – as verdadeiras deficiências de nossa sociedade” (Fachin, 2016, p. 22).

É importante verificar que os aspectos econômicos não podem e não prevalecem os aspectos sociais quando se trata de direito fundamental, assim entende o Supremo ao afirmar que as ações devem ser pensadas e adequadas a fim de superar as barreiras que não permitem a verdadeira inclusão da pessoa com deficiência no ambiente escolar.

CONCLUSÃO

Como pode-se observar no voto do Ministro relator na ADI 5357, foram refutados os argumentos trazidos na demanda, com base na força normativa da Constituição. O próprio relator disse ser injustificável a aplicação de dispositivos constitucionais contra os princípios constitucionais trazidos na carta de 88, em especial os princípios que protegem os direitos sociais universais.

Dentro desta perspectiva, alegou não ser possível pensar em questões econômicas puramente, pois estas refletem diretamente na ordem social estabelecida na Constituição de 88. Sendo assim, no exercício da ponderação de princípios constitucionais, valorizou-se os princípios sociais em detrimento dos econômicos.

Há de se destacar que a própria constituição não sobrepõe os princípios econômicos aos sociais, sendo clara no sentido de que não existe desenvolvimento econômico sem desenvolvimento social e ambiental, o chamado desenvolvimento sustentável.

Neste contexto de desenvolvimento, obviamente que a questão da inclusão das pessoas com deficiência não pode ser mitigada, pois sem ela não estaríamos atingindo os objetivos máximos da República, estabelecidos em nossa Carta Magna.

Por fim, a decisão exarada na ADI 5357 foi de suma importância, criando um paradigma em matéria de defesa das pessoas com deficiência, para que enfim, se alcance a tão almejada inclusão.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Eliane Pires. O controle judicial de políticas públicas em matéria de direitos fundamentais sociais. *Revista de Doutrina e Jurisprudência*. 51. Brasília. 107 (1). p.168-185, jul- dez 2015.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista da EMERJ*, v. 9, n.º 33, 2006.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília: Presidência da República, 2023. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm . Acesso em: 13 set. 2024.

BRASIL. Lei Nº 13.146, de 06 de julho de 2015. Institui a Lei brasileira de inclusão da pessoa com deficiência – ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2015.. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm. Acesso em 17 set. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5357 MC-Ref, Relator EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 09-06-2016, DJe- 10-11-2016. Pub. 11-11-2016. Disponível em: Pesquisa de jurisprudência – STF. Acesso em 15 set. 2024.

DWORKIN, Ronald. La lectura moral y la premisa mayoritarista. In: KOH, Harold Hongju; SLYE, Ronald (Org.). *Democracia deliberativa y derechos humanos*. Barcelona: Gedisa, 2004.

FONTE, Felipe de Melo. A legitimidade do poder judiciário para o controle de políticas públicas. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*. Salvador,

Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 18, maio/junho/ julho, 2009. Disponível na Internet: Acesso em: 20 ago.2015

GABARDO, Emerson. Interesse público e subsidiariedade: o Estado e sociedade civil para além do bem e do mal. Belo Horizonte: Fórum, 2009. (Capítulo 4)

GABARDO, Emerson. O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado como fundamento do Direito Administrativo Social. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 4, n. 2, p. 95-130, maio/ago. 2017. DOI: 10.5380/rinc.v4i2.53437