



FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE LISBOA

A EDUCAÇÃO INCLUSIVA DAS PESSOAS COM TRANSTORNO DO ESPECTRO AUTISTA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: UMA ANÁLISE À LUZ DA CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA - CDPD

Mariana Lemos Zaidan Chaves

Dissertação De Mestrado
Direito e Ciência Jurídica – Especialidade: Direitos Fundamentais
Dissertação Orientada Pela Professora Doutora Ana Rita Gil.

Lisboa
2025



FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE LISBOA

A EDUCAÇÃO INCLUSIVA DAS PESSOAS COM TRANSTORNO DO ESPECTRO AUTISTA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: UMA ANÁLISE À LUZ DA CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA-CDPD

Mariana Lemos Zaidan Chaves

Orientadora: Professora Doutora Ana Rita Gil

Dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa - FDUL como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito.

Lisboa
2025

AGRADECIMENTOS

Agradeço, inicialmente, a Deus por mais uma oportunidade, por ter chegado até aqui com a certeza de que a bondade Dele é infinita em minha vida.

Agradeço à minha orientadora, Professora Doutora Ana Rita Gil, pela disponibilidade em direcionar a minha investigação com as observações e correções necessárias. Pelo tempo em que estivemos em sala de aula, oportunizando o meu desenvolvimento acadêmico, sobretudo no âmbito do Direito da União Europeia.

Agradeço, especialmente, à Professora Doutora Míriam Brigas, que para além do seu saber incrível, mostrou-se uma pessoa de profunda sensibilidade. As suas aulas sempre me remetiam à próxima página daquele livro que você não consegue parar de ler. E como eu esperava a próxima.

Agradeço a todos os professores pelas aulas fundamentais à compreensão do Direito português e que, de alguma forma, influenciaram esse trabalho.

Agradeço aos amigos que fiz ao longo dessa jornada. Vocês tornaram a caminhada mais leve e mais feliz. Enquanto eu estive longe dos meus familiares, os reconhecia em vocês. Minha eterna gratidão: Atena, Leidson, André, Débora, Pedro, Sofia e Joaquina.

Agradeço às amigas de uma vida inteira, minhas irmãs de alma, meu muito obrigada por tudo Cláudia, Paula, Flávia e Flora.

Agradeço às minhas irmãs, Zaidiana e Juliana, por tanto amor e tanta cumplicidade.

Agradeço ao meu marido, Rodrigo Chaves, por ser meu maior incentivador e companheiro dessa jornada e de tantas outras. Sem você não seria possível.

Agradeço, ao final, aos meus pais, Anaiza e José Zaidan, pela dedicação de uma vida inteira.

RESUMO

As pessoas com deficiência há muito tempo foram marginalizadas da sociedade, sendo tratadas como pessoas destinadas à tratamento médico, incapazes e, por isso, não dignas de serem sujeitos de direitos. A Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD) mudou a forma como essas pessoas devem ser vistas, inclusive mudando a definição de deficiência, definindo-a como barreiras sociais que impõem à sociedade o compromisso de superá-las, a fim de promover inclusão. Nesse sentido, a presente dissertação tem como escopo analisar a efetividade da Educação Inclusiva no Ordenamento Jurídico Brasileiro a partir da CDPD. A partir da Convenção, marco normativo da proteção dos direitos das pessoas com deficiência, foram promulgadas legislações nacionais e constitucionais que reforçaram a garantia do direito à Educação Inclusiva nos ordenamentos jurídicos brasileiro e português. Entretanto, apesar dos avanços legislativos, a inclusão das pessoas com deficiência na sociedade, especialmente com autismo, ainda é baixa, existindo um fosso entre a norma e sua aplicabilidade prática, evidenciada pelo elevado índice de exclusão desse grupo das escolas regulares. Diversas são as justificativas que as instituições de ensino enumeram com objetivo de verem esses indivíduos em espaços segregados, sob o argumento de ambientes mais “adequados”, falta de preparo dos profissionais e capacidade orçamentária para realizar as adaptações razoáveis. A marginalização resultante dessa prática inviabiliza a plena fruição do direito à educação e perpetua desigualdades estruturais. Diante disso, enfatiza-se a necessidade de uma atuação conjunta do Estado e da sociedade para não apenas garantir a eficácia formal desse direito, mas assegurar sua real efetividade, com igualdade de oportunidades. A pesquisa busca entender quais são os enfrentamentos e as barreiras à educação inclusiva, analisando, de maneira comparada, os desafios e os limites dos sistemas jurídicos brasileiro e português e a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos à luz da CDPD.

Palavras-chave: Educação Inclusiva. Autismo. Brasil. Portugal. Efetividade Jurídica.

ABSTRACT

People with disabilities have long been marginalized, being treated as destined for medical treatment, unable and not worthy to be subject of rights. The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities has changed this view, including changing the definition of disability and compelling society to overcome the barriers in order to promote inclusion. The present dissertation has as scope to analyze the effectiveness of Inclusive Education in the Brazilian Law from the CDPD. Based on the Convention, a normative framework for the protection of the rights of persons with disabilities, national and constitutional laws were enacted that reinforced the guarantee of the right to inclusive education in the Brazilian and Portuguese legal systems. However, despite legislative advances, the inclusion of people with disabilities in the society, especially with autism, is still low, and there is a gap between the standard and its practical applicability, evidenced by the high rate of exclusion of this group from regular schools. There are several justifications that educational institutions list in order to see these individuals in segregated spaces, under the argument of more "appropriate" environments, lack of preparation of professionals and budget capacity to carry out reasonable adaptations. The marginalization resulting from this practice prevents the full enjoyment of the right to education and perpetuates structural inequalities. Therefore, it is emphasized the need for a joint action of the State and society not only to ensure the formal effectiveness of this right, but to ensure its real effectiveness, with equal opportunities. The research seeks to understand what are the confrontations and barriers to inclusive education, analyzing, in a comparative way, the challenges and limits of the Brazilian and Portuguese legal systems and the jurisprudence of the European Court of Human Rights in the light of the CDPD.

Keywords: Inclusive Education. Autism. Brazil. Portugal. Legal effectiveness.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABA	Applied Behavior Analysis
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AE	Acompanhante Terapêutico
AEE	Atendimento Educacional Especializado
ANVISA	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
APAES	Associação de Pais e Amigos dos Excepcionais
ART	Artigo
AT	Assistente Terapêutico
CDPD	Convenção do ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência
CF/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CNE	Conselho Nacional de Educação
CVDT	Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados
CIDH	Comissão Interamericana de Direitos Humanos
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CONADE	Conselho Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência
CONFENEN	Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino
CRP	Constituição da República Portuguesa
CSE	Carta Social Europeia
CSER	Carta Social Europeia Revista
DF	Distrito Federal
DGeTE	Direção-Geral dos Estabelecimentos Escolares
DL	Decreto-Lei
DUDH	Declaração Universal dos Direitos do Homem

FENEIS	Federação Nacional de Educação e Integração dos Surdos
IAC	Incidente de Assunção de Competência
LDB	Lei de Diretrizes e Bases
MAIS	Movimento de Ação e Inovação Social – “Movimento Down
MEC	Ministério da Educação
Me-CDPD	Mecanismo Nacional de Monitorização da Implementação da CDPD
MIN.	Ministro
Nº	Número
ODDH	Observatório da Deficiência e Direitos Humanos
ONCB	Organização Nacional de Cegos do Brasil
ONU	Organização das Nações Unidas
PCD	Pessoa com Deficiência
PAEE	Plano de Atendimento Educacional Especializado
PEA	Perturbação do Espectro Autista
PEI	Plano Educacional Individualizado
PNEE	Plano Nacional de Educação Especial
PNE	Política Nacional de Educação
PPP	Projeto Político-Pedagógico
RE	Recurso Extraordinário
Resp	Recurso Especial
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
SUS	Sistema Único de Saúde
TCA	Tribunal Central Administrativo
TDAH	Transtorno do Déficit de Atenção com Hiperatividade
TEA	Transtorno do Espectro Autista
TEDH	Tribunal Europeu dos Direitos Humanos

TJPE	Tribunal de Justiça de Pernambuco
TJRJ	Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro
TJSP	Tribunal de Justiça de São Paulo
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia

INDICAÇÕES DE LEITURA

- Na redação desta dissertação, utilizou-se a variante brasileira da língua portuguesa.
- A elaboração das referências bibliográficas segue a seguinte sequência: autor(s), título da obra referenciado em negrito, edição, local, editora, data de publicação e a página que se refere à informação referenciada.
- Quando se tratar de referência bibliográfica relativa a artigo publicado em revista científica, ou capítulo de livro em obra coletiva, adota-se a seguinte forma: autor(s), título do artigo ou capítulo referenciado em negrito, obra coletiva onde o capítulo ou artigo está inserido, nome do coordenador da obra, edição, local, editora, data de publicação e a página que se refere à informação referenciada.
- Pesquisa realizada até a data 24 de março de 2025.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 A CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA	17
1.1 A Evolução do Conceito de Deficiência	17
1.2 A Necessidade e a Relevância de uma Convenção Específica Destinada às Pessoas com Deficiência – Princípios, Definições e Obrigações Gerais dos Estados-Partes.....	27
1.3 Mecanismos de Implementação e Controle da CDPD	36
1.4 Relatório inicial do Brasil apresentado ao Comitê da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.....	38
2 POSIÇÃO JURÍDICA DA CONVENÇÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO DIREITO BRASILEIRO	41
2.1 Recepção como Norma Constitucional	41
2.2 Critérios de Delimitação Material dos Direitos Fundamentais e sua aplicação no âmbito da CDPD	49
2.3 Efeitos da CPDP Diretamente às Relações de Direito Privado	59
2.4 Direitos Fundamentais e Justiça Social	64
2.5 Influência do Direito Internacional na Proteção dos Direitos da Pessoa com Deficiência: Pluralismo Constitucional	68
3 DIREITO À EDUCAÇÃO INCLUSIVA COMO DIREITO FUNDAMENTAL RECONHECIDO PELO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	72
3.1 Qualificação Jurídica da Pessoa com Espectro Autista como Pessoa com Deficiência no Direito Brasileiro	72
3.2 Direito à Educação da Pessoa com Deficiência.....	75
3.3 Concretização da Educação Inclusiva à luz do Princípio da Igualdade Substantiva como Elemento Informador da Dignidade da Pessoa Humana	85
3.4 Parecer CNE/CP nº 50/2024 e as Medidas Voltas à Educação Inclusiva do TEA	93
4 O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA CONSTRUÇÃO DOS DIREITOS DAS PESSOAS COM TEA NO BRASIL	98
4.1 Pressupostos para atuação do Supremo Tribunal Federal na garantia de Direitos Fundamentais: Poder Político e Legitimidade Democrática	98

4.1.1 Legitimidade Democrática do Supremo Tribunal Federal na jurisdição constitucional	101
4.2 CRITÉRIOS METODOLÓGICOS DE LEGITIMAÇÃO DA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO	106
5 JULGAMENTOS PARADIGMÁTICOS EM DIREITO À EDUCAÇÃO INCLUSIVA PARA AS PESSOAS COM TRANSTORNO DO ESPECTRO AUTISTA	116
5.1 Julgamentos paradigmáticos do Supremo Tribunal Federal sobre Educação Inclusiva para as pessoas com deficiência	118
5.1.1 Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5357/DF	118
5.1.2 Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6590/DF	131
5.2 Desdobramentos do Posicionamento do STF no que Concerne ao Direito à Educação Inclusiva em Relação à Pessoa com Transtorno do Espectro Autista	139
5.2.1 Incidente de Assunção de Competência nº 0018952-81.2019.8.17.9000 – Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco	140
5.2.2 Decisões Judiciais Relativas à Determinação do Custeio do Assistente Terapêutico	142
5.2.3 Iterativa Jurisprudencial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo Sobre o Acompanhante Especializado na Escola.....	148
6 DIREITO À EDUCAÇÃO INCLUSIVA SOB A PERSPECTIVA DE PORTUGAL E DO DIREITO INTERNACIONAL EUROPEU	152
6.1 Educação Inclusiva em Portugal – CRP e Decreto-Lei nº 54/2018 .	153
6.2 Educação Inclusiva na perspectiva do TEDH	169
6.2.1 Caso GL v. Itália – Apreciação pelo TEDH.....	172
6.2.2 Caso <i>Ozan Baris Sanlısoy v. Turquia</i> – Apreciação pelo TEDH	175
6.2.3 Caso <i>Enver Sahin v. Turquia</i> – Apreciação pelo TEDH	179
6.2.4 Caso <i>ÇAM v. Turquia</i> – Apreciação pelo TEDH.....	180
6.2.5 Caso <i>Stoian v. Romênia</i> – Apreciação pelo TEDH.....	181
CONCLUSÃO	184
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	191

INTRODUÇÃO

O desenvolvimento dos Direitos fundamentais, como sabido, não se dá de maneira uniforme ao longo dos países do mundo, nem no que se refere ao seu reconhecimento, nem no que se refere à extensão de sua concretização.

Foi no período pós-guerra que a relação entre o Estado e o particular conheceu sua mudança mais abrupta com uma ressignificação do papel do primeiro através de uma nova abordagem em relação aos direitos fundamentais.

Trata-se de uma visão do Estado que se afasta do individualismo típico do modelo liberal para uma compreensão voltada ao desenvolvimento social e à democracia participativa, no que se convencionou chamar de Estado de Bem-Estar Social.

Ainda que este movimento não tenha ocorrido de forma sincrônica em todos os Estados, representou uma mudança de paradigma como os chamados países civilizados compreendem seu papel no desenvolvimento dos Direitos Humanos e da cidadania.

É o ambiente no qual surgem os direitos fundamentais sociais, notabilizados pela concepção ativa do Estado, orientada à promoção do indivíduo, como decorrência de um compromisso de que o homem sozinho não é capaz de perseguir o bem-comum de forma efetiva e com equitativa repartição dos ativos sociais.

Para a concretização desses novos compromissos estatais de forma mais abrangente e efetiva possível, ganha relevo o papel dos organismos internacionais dedicados à promoção dos Direitos Humanos, orientados a mediação de acordos e convenções entre os Estados para que estes assumam, no plano internacional, o compromisso público de se adaptarem às exigências de promoção do indivíduo decorrentes do Estado Social Democrático de Direito, como é o caso da ONU e do Conselho da Europa.

Falar em acesso a direitos sociais, como é o caso do direito à educação, significa dizer, em um Estado Social Democrático, que o acesso à educação deve se dar em atenção ao princípio da igualdade e da não discriminação, o que se caracteriza na exigência dirigida aos Estados, como é o caso de Brasil e Portugal, de que, qualquer residente, sob qualquer condição,

deve ter igual acesso ao direito à educação, especificamente, as pessoas com deficiência, como um requisito democrático e de exercício da cidadania.

A educação exerce papel central no desenvolvimento da cidadania, na medida em que protagoniza o desenvolvimento pessoal dos indivíduos sem a qual fica prejudicado o exercício dos direitos sociais, da plena democracia e a inclusão plena na sociedade.

O tema ganha relevo quando se observa uma profusão de direitos sociais, voltados à satisfação de necessidades de um contingente cada vez maior e heterogêneo de destinatários e que coloca imensa pressão na capacidade dos Estados em atender as demandas oriundas do reconhecimento de um número cada vez maior de direitos fundamentais.

Para além disso, a maior integração entre os países do mundo, intermediada pela intensa atuação dos organismos internacionais, implica a celebração de convenções e tratados internacionais com vistas ao reconhecimento da obrigatoriedade de inúmeros direitos e assunção de obrigações por parte de Estados contratantes, só que muitas vezes esses compromissos firmados nos acordos internacionais encontram obstáculos à sua efetivação no plano interno de diversos países.

O tema que vamos desenvolver encontra-se inserido neste contexto na medida em que o Brasil e Portugal são signatários da Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD) e que reconhecem expressamente o compromisso dos Estados que o firmaram em desenvolver ações voltadas ao desenvolvimento das pessoas com deficiência, sobretudo no âmbito escolar.

O objetivo de nossa pesquisa reside em determinar se há efetividade do direito à educação inclusiva direcionada às pessoas com deficiência no ordenamento jurídico brasileiro.

Para alcançar a nossa finalidade, além do estudo da legislação e jurisprudência brasileira, entendemos adequado uma análise comparada com a realidade portuguesa.

Portugal, além de também ser signatário da Convenção da ONU sobre os Direitos das pessoas com Deficiência (CDPD) é membro do Conselho da Europa e, portanto, signatário da Convenção Europeia dos Direitos do Homem

(CEDH) e Carta Social Europeia (CSE), instrumentos normativos que, igualmente, versam sobre a promoção dos direitos humanos.

Nesse contexto, impõe-se analisar como Portugal, um Estado inserido em um contexto de integração regional diferente do Brasil, enfrenta esses mesmos problemas. Não se pretende determinar se um país tem uma resposta melhor ou mais efetiva do que o outro, mas verificar se as soluções adotadas por um país podem contribuir para o outro.

Para o enfrentamento da questão, vamos delimitar o estudo a uma forma específica de deficiência, o Transtorno do Espectro Autista (TEA). Apesar de existirem vozes no sentido de que o Autismo não denota uma deficiência, o contexto jurídico-dogmático brasileiro trata a referida condição como uma forma de deficiência. É o que se extrai da redação do art. 1º, § 2º da lei nº 12.764/2012 e, por conta disso, as pessoas com o TEA são destinatárias das mesmas medidas protetivas das pessoas com de deficiência.

Entretanto, muito embora exista uma lei específica no Brasil regulamentando direitos das pessoas com TEA, inclusive equiparando-as legalmente às pessoas com deficiência, ainda são imensos os obstáculos à efetivação dos direitos fundamentais reconhecidos na lei e na Convenção, nomeadamente no que se refere ao direito social à educação.

Assim, em primeira análise, se faz o seguinte questionamento: em que medida a CDPD exerce força cogente em relação à tutela jusfundamental do direito à educação inclusiva das pessoas com TEA no Brasil?

À luz dos referidos diplomas legais, pode-se falar no direito fundamental ao acesso à educação inclusiva para o autista? Pode o Estado ou o estabelecimento de ensino particular se valer de alguma barreira, limite ou temperamento ao exercício desse direito?

A resistência do estabelecimento de ensino público ou privado em promover acesso à educação inclusiva com igualdade de oportunidades às pessoas com TEA no ensino regular, sob o argumento de falta de preparo de seus profissionais e, ainda, resistência do ponto de vista econômico é juridicamente aceitável?

Em seguida, pretendemos identificar o grau de concretização desses direitos e os desafios materiais à sua realização, bem como verificar o papel do Poder Judiciário como mecanismo de garantia de sua efetividade.

Para alcançar nosso intento, realizaremos primeiro uma abordagem sobre a CDPD, destacando a evolução do conceito de deficiência e a relevância da convenção como meio de estabelecimento de direitos para as pessoas com deficiência no âmbito internacional, destacando ainda como os Estados se submetem ao controle dos compromissos firmados no âmbito do referido tratado.

Depois, vamos determinar a posição jurídica da CDPD no ordenamento jurídico brasileiro de forma que este será o objetivo do nosso primeiro capítulo.

É no segundo capítulo que vamos nos ocupar em determinar a posição jurídica dos tratados que versam sobre direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro e a repercussão disto para a concretização dos direitos fundamentais, sua irradiação nas relações de Direito Privado e a importância de sua concretização para o fortalecimento da justiça social.

Um dos aspectos deste capítulo será determinar se há obrigação legal por parte de instituições de ensino públicas e privadas ao custeio da infraestrutura necessária à educação inclusiva da pessoa com TEA.

No capítulo terceiro, vamos analisar a legislação existente no ordenamento jurídico brasileiro sobre direitos das pessoas com deficiência, especificamente direito à educação inclusiva, desde a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, até a legislação doméstica e de que forma a CDPD e as leis no Brasil se relacionam para construir um sistema de proteção, inclusive em um contexto de pluralismo constitucional.

Também nos ocuparemos com a relação das disposições da CDPD no ordenamento jurídico brasileiro e a necessidade de concretização por normas internas, bem como a aplicabilidade de suas disposições, especificamente no que se refere à educação inclusiva das pessoas com TEA.

No capítulo quarto, vamos analisar o papel do Poder Judiciário e sua atuação na realização dos direitos fundamentais, especificamente no direito à educação.

Este tema é relevante na medida em que a atuação do Judiciário na concretização de direitos sociais sempre foi alvo de muita controvérsia no que se refere aos limites constitucionais da referida Função do Poder, em respeito ao princípio democrático.

Será que diante da impossibilidade de fruição do direito fundamental à educação inclusiva por inação do Legislador ou do Executivo, o Judiciário tem legitimidade democrática para determinar que o órgão do Poder Executivo cumpra ordem judicial no sentido de satisfazer uma pretensão do particular? Como ficam as questões orçamentárias e a distribuição dos recursos para concretização de outros direitos de outras pessoas?

O fato de não haver legislação garantindo o direito a uma determinada prestação relativa à educação inclusiva, significa uma lacuna jurídica ou uma escolha efetiva por não realizar a referida prestação? Estaria o Judiciário legitimado a intervir neste contexto? São essas as questões enfrentadas no terceiro capítulo.

No quinto capítulo, enfrentaremos o tema da educação inclusiva e sua efetivação no Brasil para as pessoas com TEA. Para isso, analisaremos a ADI 5357/DF do Supremo Tribunal Federal acerca do controle de constitucionalidade da lei de inclusão da pessoa com deficiência no Brasil, lei nº 13.146/2015, especificamente do ponto de vista da eficácia das normas estabelecidas no artigo 28 e 30 e a relação obrigacional imposta às entidades particulares de ensino.

Adicionalmente, será analisada a ADI nº 6590/DF ajuizada por um determinado partido político em face do Decreto 10.502/2020 que visava permitir a implantação de modelos especializados de ensino aos alunos com deficiência, através da criação de escolas e salas de aulas específicas. Essa proposta foi extremamente combatida por entidades de classe que argumentaram que se tratava de um retrocesso no modelo de inclusão, por implementar um modelo de educação em separado, dando margem à privação de convívio entre as pessoas com e sem deficiência.

Outro julgado relevante é o Incidente de Assunção de Competência nº 0018952-81.2019.8.17.9000, julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, em que aquela Corte, com força de precedente vinculante em sua área de jurisdição, julgou pela obrigatoriedade de custeio de tratamentos multidisciplinares aos portadores de TEA, inclusive no âmbito escolar e domiciliar.

Ainda no capítulo, analisaremos a efetividade do comando normativo da lei nº 12.764/2012, lei que estabelece a política pública das pessoas com TEA no Brasil, especificamente no que concerne à práxis, relação teórica e prática,

sobre a garantia legal do Atendente especializado e do assistente terapêutico. Assim, analisaremos as decisões do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro e do Tribunal de Justiça de Pernambuco, com a finalidade de reconhecer quais são os desafios de cunho pragmático enfrentados pelos portadores do espectro autista quando inseridos na classe regular de ensino e quando.

No sexto e último capítulo, será analisado a efetividade do direito à educação inclusiva, para as pessoas com deficiência, notadamente as pessoas com Perturbações do Espectro Autista (PEA), no âmbito Europeu, à luz da CDPD. Para isso, vamos estudar a tutela desse direito no ordenamento jurídico português, a nível da Constituição Portuguesa, das leis ordinárias de regência e das decisões dos Tribunais.

Ademais, nos preocuparemos em saber como o tema é disposto no direito internacional no âmbito de Conselho da Europa, através da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH). Foram selecionadas cinco decisões que versam sobre direito à educação inclusiva para tal finalidade. Nas duas primeiras, foi possível analisar de forma direta a relação entre direito à educação inclusiva e as pessoas com PEA que é o nosso objeto de pesquisa. Nas demais decisões, a relação observada foi sobre o direito à educação inclusiva para pessoas com deficiência de forma geral.

1 A CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

1.1 A Evolução do Conceito de Deficiência

Um dos aspectos mais relevantes introduzidos pela CDPD é a consolidação de uma nova forma de enxergar a pessoa com deficiência enquanto participante do tecido social.

Durante muito tempo, ser portador de uma deficiência física ou mental significava apenas ser destinatário de políticas de reparação e assistência social e a condenação à exclusão de qualquer processo evolutivo ou participação social ativa.

Entretanto, a CPDP propõe uma mudança de paradigma na relação do Estado com as pessoas com deficiência para reconhecê-las enquanto sujeitos ativos na sociedade, não apenas destinatários de medidas assistenciais, mas também titulares de direito ao amplo desenvolvimento de todas as potencialidades humanas e com as mesmas possibilidades de acesso aos ativos sociais e ao protagonismo comunitário que as pessoas sem deficiência já exercem.

Parte-se de uma compreensão que identifica o PCD (pessoa com deficiência) como um elemento da diversidade social da qual decorrem importantes repercussões para estes atores sociais e para os governos e traz consigo a exigência de modificações na estrutura estatal para evitar qualquer tratamento discriminatório que impeça ou mesmo dificulte o seu pleno desenvolvimento em igualdade de condições em relação a qualquer outro indivíduo.

Assim, não mais os indivíduos PCD's tem a necessidade de se adaptar ao meio em que vive, mas o Estado e todos os agentes sociais, passam a ser demandados a promover as adaptações razoáveis para integração social daqueles ao ambiente comunitário.

Wederson Santos e Olemar da Cunha¹ referem que afirmar a deficiência como manifestação de diversidade, a exemplo de elementos como cor ou gênero e pertencimento comunitário, representa uma afirmação da dignidade humana.

É neste contexto que a deficiência se afasta de uma concepção ligada a uma particularidade do indivíduo como reflexo de uma anormalidade para se revestir de uma matéria de ordem pública relacionada à necessidade de adaptação do ambiente às mais diversas formas de manifestação dos indivíduos.

Isso afasta a concepção da deficiência como um aspecto meramente médico, destinatária de uma política de reabilitação ou assistência para uma posição jurídica afirmativa que se orienta à construção de soluções jurídicas que garantam a remoção dos impedimentos sociais que obstaculizem os indivíduos PCD's de acesso aos espaços públicos.

A CPDP é o instrumento que incorpora esse novo paradigma à realidade jurídica internacional com reconhecimento e eficácia aos Estados que a ela aderiram, influenciando a evolução do conceito de deficiência e toda a transformação legislativa dela decorrente.

A partir da Convenção, pode-se perceber, como faz Luíza Resende Guimarães², uma perspectiva evolutiva do conceito de deficiência que reclama uma compreensão alinhada com a realidade social, cultural e política.

Refere a supramencionada autora como a abordagem acerca da deficiência foi sendo modificada em uma perspectiva história, de um modelo de prescindência até o modelo de direitos humanos, sendo incontestado o papel da CPDP para o alcance deste último.

¹ SANTOS, Wederson; CUNHA, Olemar Guilherme da. **A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência como um novo paradigma para implementação de políticas sociais**. In. InSURgência: Revista de Direitos e Movimentos Sociais, Brasília, 2022, pág. 1-27;

² Cfr.: "A CDPD assume-a como conceito evolutivo, que não pode ser enxergado de forma estanque ou apartado da realidade social, cultural e política. Infere-se, então, que já foi concebido de formas diversas, a depender do cenário temporal e geográfico em que esteve inserido." GUIMARÃES, Luíza Resende. **A CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E O CONCEITO DE CAPACIDADE LEGAL: Uma comparação entre os sistemas jurídicos do Brasil e de Portugal**. Universidade Federal de Minas Gerais. Dissertação de Mestrado, 2021, pág. 24;

O modelo de prescindência, ou de segregação, tal qual refere Thanyson Dornelas de Melo³, partindo de um viés religioso e punitivo, via a deficiência como um castigo divino e disto decorriam práticas de marginalização e até mesmo de eugenia.

Sobre essa concepção de deficiência Luíza Resende Guimarães⁴ refere que se trata de um período histórico em que a dignidade estava ligada à utilidade, em que o valor do indivíduo estava associado à sua capacidade produtiva. Em uma sociedade pouco tecnológica, com meios de produção tipicamente braçais, uma pessoa com deficiência era considerada inútil e improdutiva e, por isso era relegado ao asilamento e a sobrevivência através da caridade.

Neste sentido, Joyceane Bezerra de Menezes *et al*⁵, referem à figura do monstro humano lançada por Foucault em sua obra Os Anormais para destacar como a pessoa com deficiência era vista como aquele que escapa do parâmetro de referência, do esquema objetivo de normalidade.

Prosseguem os referidos autores que as mudanças paradigmáticas decorrentes do iluminismo aportaram uma mudança de abordagem também em relação à deficiência no que se convencionou chamar de modelo médico ou de reabilitação e tinha como característica a compreensão não mais como um castigo divino, mas como a decorrência de causas naturais e biológicas e que, por isso, objeto de intervenção do homem.⁶

Com isso, a pessoa com deficiência não mais estaria relegada ao abandono e isolamento, mas passa a ser percebida como destinatária de cuidados e medidas de reabilitação.

³ MELO, Thanyson Dornelas de. **O modelo médico e sua importância para a inclusão social da pessoa com deficiência no Brasil**. Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento. Ano 04, Ed. 07, Vol. 12, págs.: 169-179;

⁴ GUIMARÃES, Luíza Resende. **A CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E O CONCEITO DE CAPACIDADE LEGAL: Uma comparação entre os sistemas jurídicos do Brasil e de Portugal**. Universidade Federal de Minas Gerais. Dissertação de Mestrado, 2021, pág. 25;

⁵ MENEZES, Joyceane Bezerra de; MENEZES, Heryka Janaynna Bezerra de; MENEZES, Abraão Bezerra de. **A ABORDAGEM DA DEFICIÊNCIA EM FACE DA EXPANSÃO DOS DIREITOS HUMANOS** R. Dir. Gar. Fund., Vitória, v. 17, n. 2, jul./dez. 2016, pág.: 554;

⁶ MENEZES, Joyceane Bezerra de; MENEZES, Heryka Janaynna Bezerra de; MENEZES, Abraão Bezerra de; **A ABORDAGEM DA DEFICIÊNCIA EM FACE DA EXPANSÃO DOS DIREITOS HUMANOS** R. Dir. Gar. Fund., Vitória, v. 17, n. 2, jul./dez. 2016, pág.: 560;

Gabriella Sant'anna Barcellos⁷ ressalta como esse modelo, ainda que tenha tido seu impulso em decorrência de percepção científica da deficiência, a compreendia como um defeito individual que refletia a incapacidade do indivíduo em adequar-se ao padrão pré-estabelecido e partia do pressuposto de ser sempre necessária uma cura ou reabilitação para que a pessoa pudesse ser consertada.

Vê-se que não se trata de uma visão integradora que se prepara para o acolhimento da pessoa com deficiência, ao contrário, pretende consertá-la, curá-la como meio de viabilizar sua interação social em um ambiente que não precisaria necessariamente estar adaptado para suas necessidades.

Hanna Woodburn⁸ descreve o modelo médico como aquele pautado na compreensão da deficiência como uma condição intrínseca do indivíduo e que o PCD era visto de forma categórica como alguém sem habilidades ou capacidades em comparação com uma pessoa sem deficiência e que esta foi a visão predominante sobre o tema até o surgimento da CDPD.

Assim, o modelo médico, a despeito de seu viés científico e reabilitador, findava na segregação da pessoa com deficiência sobretudo pela institucionalização do tratamento, consubstanciado na presença de inúmeras instituições especializadas no tratamento, o que implicava no afastamento social desses indivíduos.⁹

Agustina Palacios e Francisco Bariffi¹⁰, destacam que, para além da mudança na abordagem sobre a deficiência pautada por um escopo científico,

⁷ BARCELLOS, Gabriela Sant'anna. **O MODELO SOCIAL DE PESSOA COM DEFICIÊNCIA E O DIREITO À AUTOCURATELA COMO CONSEQUÊNCIA DAS MODIFICAÇÕES IMPLEMENTADAS NA TEORIA DA INCAPACIDADES E SEU PROCEDIMENTO.** *In.* Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação. São Paulo, v.9.n.10. out. 2023, pág. 1994-2003(1995);

⁸ Cfr.: "The medical model is described by de Búrca (2010) as the model "in which disadvantages are generally viewed as intrinsic to the condition of the person" (p. 2). The person who has a disability, according to this model, is categorically lacking an ability or capacity compared to a person without a disability. This was the foundational ideology toward disability upon which most relevant policies globally had been based prior to the UNCRPD." WOODBURN, Hanna. **Nothing about us without civil society: The role of civil society actors in the formation of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities.** *In.* Political Perspectives 2013, volume 7 (1), 75-96(85);

⁹ Para um aprofundamento histórico sobre a abordagem institucional durante o período do modelo médico, com um profundo panorama das diversas formas de instituições especializadas em atendimento específico para pessoas com deficiência, ver BRADDOCK, David; PARISH, Susan. **An Institutional History of Disability.** *In.* Handbook of Disability Studies. ALBRECHT, Gary; SEELMAN, Katherine; BURY, Michael (eds.) London: Sage Publications, 2001;

¹⁰ PALACIOS, Agustina; BARIFFI, Francisco. **La discapacidad como una cuestión de derechos humanos.** Madrid: Cinca, 2007, pág.: 16-17;

os feridos e mutilados no final da primeira guerra representavam um imenso desafio a ser enfrentado pelos Estados. Segundo os autores, um mutilado era alguém com algo em falta, um órgão, um sentido, uma função, o que conduzia a ideia de dano, de prejuízo, de algo que foi tirado dos combatentes de guerra e que deveria ser devolvido, o que associou a deficiência às consequências da guerra e que precisava ser resolvida.

Prosseguem os autores destacando, que isto provocou o surgimento das primeiras medidas legislativas destinadas a garantir direitos aos mutilados de guerra, como benefícios de reabilitação, cotas de trabalho e pensões. Apenas em um momento posterior, em meados dos anos setenta, tais direitos foram estendidos a todas às demais formas de deficiência, independentemente da causa.

As ações se pautavam em prover educação especial e reabilitação médica e serviços de assistência social. Tal abordagem, referem Palacios e Bariffi, tinha como pressuposto a incapacidade das pessoas com deficiência de conviver em sociedade e trabalhar e se desenvolver por seus próprios méritos.

Esse modelo não se revelou capaz de integrar a pessoa com de deficiência na sociedade, pelo contrário, revelava-se segregador e partia justamente da ideia de que a deficiência era um problema individual do seu portador que demandava uma cura, um ajuste como meio de habilitá-lo ao padrão de normalidade exigido pela sociedade.

O contraponto ao modelo médico é o modelo social que transfere o conceito de deficiência do indivíduo para a sociedade, impondo a esta a necessidade de adaptação para convivência igualitária com todos os indivíduos, tenham eles deficiência ou não.

Em 1976, por iniciativa do físico inglês Paul Hunt, ele mesmo pessoa com deficiência, foi constituída a *Union Physical Impairment Against Segregation* (UPIAS), considerada a primeira organização política voltada aos direitos das pessoas com deficiência.

Foi a publicação da obra *Fundamental Principles of Disability*¹¹, em 1976 que marcou a mudança de paradigma para o modelo social e que desloca

¹¹ Cfr.: "In our view it is society which disables physically impaired people. Disability is something imposed on top of our impairments by the way we are unnecessarily isolated and excluded from full participation in Society" UPIAS. **Fundamental Principles of Disability.**

a responsabilidade de adaptação para a sociedade como forma de inclusão das pessoas com deficiência.

Sobre o referido modelo, Mike Oliver¹², ressalta três aspectos importantes de seu desenvolvimento. O primeiro aspecto é a mudança de perspectiva que deixa de ser compreendida como uma limitação funcional de pessoas com deficiência para os problemas causados por ambientes não preparados para acolhê-los.

O segundo aspecto reside na recusa em compreender qualquer problema ou deficiência de forma isolada da totalidade do ambiente de forma que qualquer área de interesse onde se verifique um obstáculo à pessoa com deficiência deve ser compreendido de forma global e multifatorial. O autor dá como exemplo o mercado de trabalho e como sua adaptação para acolhimento de pessoas com deficiência deve levar em conta soluções integradas com transporte público e educação.

Finalmente, o terceiro aspecto suscitado por Oliver significa que a adoção do modelo social não impede intervenções individuais na vida das pessoas com deficiência, sejam elas de natureza medicamentosa, de reabilitação, educacional ou voltadas à empregabilidade.

Sob essa perspectiva, investimentos individuais não possuem o mesmo grau de retorno de investimentos coletivos sendo estes últimos os que promovem as grandes modificações ambientais e a verdadeira integração das pessoas com deficiência.

Nesse contexto, podemos considerar que investimentos coletivos de adaptação social promovem bem-estar generalizado que beneficiam não apenas as pessoas com deficiência, mas toda a sociedade que goza de uma existência produtiva desses indivíduos.

Sobre a mudança de paradigmas do modelo médico para o social Débora Diniz¹³ refere que a deficiência deixa de ser compreendida apenas como a expressão de uma restrição funcional, como determinada no modelo médico,

London: **Union of the Physically Impaired Against Segregation**, 1976, pág. 14;

¹² OLIVER, Mike. **The Social Model in Action: if I had a hammer**. In. Chapter 2 (In 'Implementing the Social Model of Disability: Theory and Research' edited by Colin Barnes and Geoff Mercer (2004); Leeds: The Disability Press, pág. 18-31(20-21);

¹³ DINIZ, Débora. **O que é deficiência**. São Paulo: Brasiliense, 2007, pág. 9;

para compreendê-la como uma manifestação de diversidade de estilos de vida que demanda adaptações sociais.

Prossegue a autora apontando para um deslocamento do tema, da área estritamente médica para as ciências sociais de forma que a deficiência deixa de ser vista apenas como uma lesão que impõe restrições à participação na vida social para uma realidade mais complexa que ressalta a importância de supressão de barreiras sociais que oprimam a pessoa com deficiência.

Ainda sobre o modelo social, David Rosni¹⁴ aponta para seu viés sociológico que aborda a deficiência sob o prisma da discriminação contra minorias, nos mesmos moldes de outras formas de discriminação baseadas em gênero ou cor. Adicionalmente, refere Rosni que o modelo social interpreta a deficiência a partir da concepção de que disfunções e limitações estruturais do corpo são variações do espectro de normalidade do ser humano. Por fim, refere que o modelo social não associa necessariamente deficiência a patologia, apesar de aceitar que possam coexistir, justamente por compreendê-la como diferenças estruturais do corpo.

O modelo social também foi objeto de críticas por centrar a análise da deficiência nos aspectos sociais e a necessidade de adaptação da comunidade, partindo do pressuposto de que deficiência não seria uma patologia, mas uma decorrência das possibilidades de variação totalmente neutras da existência humana, como é caso da cor da pele.

Acerca das críticas dirigidas ao modelo social, Denise Resende Guimarães¹⁵, sintetiza os comentários no sentido de que nem todas as deficiências permitiriam a eliminação de suas limitações, mesmo em uma sociedade sem barreiras. Refere à posição de Anita Silvers no sentido de que o modelo social findaria por criar um ambiente de exclusão ainda maior àquelas pessoas com deficiência que não conseguissem atingir os padrões de independência propostos por seus teóricos. Igualmente, aponta a autora que

¹⁴ HOSNI, David. **O conceito de deficiência e sua assimilação legal: incompatibilidade entre a concepção não etiológica adotada no Estatuto da Pessoa com Deficiência e Fundamentação da Incapacidade na falta de discernimento.** In. A teoria das incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência. PEREIRA, Fabio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina Carvalho; LARA, Mariana (orgs.) Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, pág. 40;

¹⁵ GUIMARÃES, Luíza Resende. **A CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E O CONCEITO DE CAPACIDADE LEGAL: Uma comparação entre os sistemas jurídicos do Brasil e de Portugal.** Universidade Federal de Minas Gerais. Dissertação de Mestrado, 2021, pág. 31;

descartar as causas médicas e orgânicas da deficiência representaria uma distorção da realidade.

David Hosni¹⁶, apesar de reconhecer a importância do modelo social, o compreende como limitado e incapaz de atender às diversas necessidades daqueles que lidam com o fenômeno, reiterando a necessidade de uma abordagem ampla e global sobre o tema, não apenas sobre o escopo social, mas igualmente sob o aspecto médico, como meio de definição das políticas públicas.

Prossegue o autor, destacando que foi a necessidade de estabelecer uma compreensão global dos aspectos sociais e médicos que levou a Organização Mundial de Saúde a publicar a *International Classification of Impairments, Disabilities and Handicap* – ICDH, essa classificação dispõe sobre as incapacidades, disfunções e deficiências como resultados de doenças ou desordens em uma relação causal da doença à desordem, o que a aproxima mais do modelo médico do que do modelo social.

Para Denise Guimarães Resende¹⁷, a ICDH representou um retrocesso em relação aos avanços do modelo social e retomada de uma visão que vinculava a deficiência a uma ideia de doença e resultava na perda de conquistas políticas.

Prossegue a autora referindo que, após as críticas suportadas, a OMS revisita o tema e publica a Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde – CIF, através da qual a deficiência é tratada com base em questões sociais e de saúde o que representou, segundo sua visão, um esforço para abordar a deficiência tanto em termos médicos quanto em termos sociológicos. A CIF, representou um ponto de convergência ao tratar da deficiência, segundo aspectos biológicos individuais e sociais, o que se traduziu no modelo biopsicossocial de deficiência.

¹⁶ HOSNI, David. **O conceito de deficiência e sua assimilação legal: incompatibilidade entre a concepção não etiológica adotada no Estatuto da Pessoa com Deficiência e Fundamentação da Incapacidade na falta de discernimento.** In. A teoria das incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência. PEREIRA, Fabio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina Carvalho; LARA, Mariana (orgs.) Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, pág. 43;

¹⁷ GUIMARÃES, Luíza Resende. **A CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E O CONCEITO DE CAPACIDADE LEGAL: Uma comparação entre os sistemas jurídicos do Brasil e de Portugal.** Universidade Federal de Minas Gerais. Dissertação de Mestrado, 2021, pág. 33;

Sobre o tema, Indyara de Araujo Morais *et al*¹⁸., afirmam que, ao menos no que se refere à realidade brasileira, ainda não há uma superação do modelo médico para o modelo biopsicossocial, em uma ambiência de disputa teórica, política e social.

Segundo os autores, impõe-se a efetivação da transição do modelo biomédico, com a adoção da CID, para o modelo biopsicossocial que parte de uma avaliação multidisciplinar, nos termos em que previsto pela lei nº 13.146/2015, a lei brasileira de inclusão. Referem ainda que tanto a CID quanto a CIF são ferramentas de avaliação e determinação das pessoas com deficiência, não apenas no Brasil, mas no mundo inteiro, a partir de uma concepção de deficiência como uma realidade multidimensional passível de avaliação, mensuração e classificação, mas que reclama, antes de qualquer coisa, o estabelecimento de modelo conceitual para abordar a questão.

Ainda segundo Indyara Morais *et. al.*., a CIF reflete o modelo biopsicossocial ao considerar tanto as questões sociais quando os impedimentos biológicos, mentais e psicológicos, caracterizando a deficiência como o resultado da relação entre indivíduo e ambiente,¹⁹ aludindo a Tom Shakespeare, referem que deficiência pode ser compreendida como “resultado das interações de fatores individuais e contextuais, que incluem impedimentos, personalidade, atitudes individuais, ambiente, política e cultura”.

Heloisa di Nubila e Cássia Buchalla²⁰, destacam como, a partir da CIF, a OMS distingue que o termo deficiência se refere a alterações no corpo do indivíduo, enquanto o termo incapacidade, mais abrangente, indicaria os

¹⁸ MORAIS, Indyara de Araújo; MERCHAN-HAMANN, Eduardo; RESENDE, Marineia de Crossara; Pereira, Evérton Luís. **Modelo biopsicossocial na avaliação da deficiência: Deficiência não é um código da CID.** In. Ciência e Saúde Coletiva. Revista da Associação Brasileira de Saúde Coletiva, 2024, edição virtual, disponível em <https://cienciaesaudecoletiva.com.br/artigos/modelo-biopsicossocial-na-avaliacao-da-deficiencia-deficiencia-nao-e-um-codigo-da-cid/19366?id=19366&id=19366>, último acesso em 30.06.2025;

¹⁹ Neste sentido, confira-se as definições da CIF: “Funções do corpo são as funções fisiológicas dos sistemas do corpo (inclusive funções psicológicas). Estruturas do corpo são as partes anatômicas do corpo como órgãos, membros e seus componentes. Deficiências são problemas nas funções ou nas estruturas do corpo como um desvio significativo ou uma perda.” CENTRO COLABORADOR DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE PARA A FAMÍLIA DE CLASSIFICAÇÕES INTERNACIONAIS EM PORTUGUÊS. Coordenação da tradução Cássia Maria Buchalla. **CIF: Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde** – 1. ed., São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2008;

²⁰ NUBILA, Heloisa di; BUCHALLA, Cássia. **O papel das Classificações da OMS - CID e CIF nas definições de deficiência e incapacidade.** In. Revista Brasileira de Epidemiologia. 2008; 11(2), pág.: 324-335(330);

aspectos negativos da interação entre um indivíduo com deficiência e seus fatores contextuais, o que traduz uma relação dinâmica. Como consequência, é possível a um indivíduo possuir uma deficiência sem que disto decorra uma incapacidade, bem como pode ter uma incapacidade que não corresponda a uma deficiência.

Na visão das autoras, trata-se de uma mudança de percepção que se afasta do eixo da doença para o eixo da saúde de forma a abordar a questão em relação às particularidades de cada contexto.

Vê-se que o modelo biopsicossocial, estabelece uma convergência entre os modelos anteriores e representa um ponto de inflexão na forma como políticas públicas devem ser estabelecidas, partindo do pressuposto que a deficiência é uma realidade complexa e deve ser abordada tanto no nível individual como ambiental.

A CDPD, em seu art. 1º, ao referir à deficiência como *“impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas”* revelaria a inclinação para o modelo biopsicossocial.

Para autores como Theresia Degener²¹ a CDPD representa um avanço aos modelos anteriores, devendo-se falar em um modelo de direitos humanos.

Segundo Degener, muito embora o modelo sociológico de deficiência tenha lançado as bases para o uma teoria social sobre o tema, o fato é que não pretende prover princípios morais ou valores para a determinação de políticas públicas, ao passo em que a CDPD, ao dispor em seu art. 1º que o seu objetivo é promover proteção e assegurar um completo e igual gozo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais para todas as pessoas com deficiência com promoção e respeito pela sua dignidade inerente, estabelece uma nova realidade às pessoas com deficiência reforçando sua condição de destinatários

²¹ Cfr.: “Disability as a social construct is the main feature of the social model of disability. However, it is opined that the CRPD is based on the human rights model of disability, which moves beyond the social model.” DEGENER, Theresia. **Disability in a Human Rights Context**. Laws, 2016. 5. 35. Pág; 2;

de direitos humanos como qualquer outra pessoa, direitos inalienáveis que não podem ser afastados ou negados sob qualquer argumento.

Luiza Guimarães Rezende²² afirma não visualizar diferenças no conceito de deficiência construído no modelo biopsicossocial e no modelo de direitos humanos como proposto por Degener, representando este último uma inovação no tratamento jurídico no tema, sobretudo no que pertine ao direito internacional

Neste ponto, estamos alinhados com Luíza Guimarães Rezende no sentido de não identificar distinções conceituais entre a abordagem de deficiência proposta no modelo biopsicossocial e a abordagem feita por Degener, todavia é inconteste afirmar que, tomando o modelo biopsicossocial como premissa, a CDPD inaugura uma nova construção dos direitos humanos em relação a esta relevante parcela da população reforçando sua titularidade inegociável dos referidos direitos.

1.2 A Necessidade e a Relevância de uma Convenção Específica Destinada às Pessoas com Deficiência – Princípios, Definições e Obrigações Gerais dos Estados-Partes

A criação da CDPD, inspirada na DUDH (Declaração Universal dos Direitos Humanos), no Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, no Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos e outras Convenções sobre discriminação²³, nasce da necessidade de dar voz as pessoas com deficiência em razão do grande período em que elas foram excluídas e invisíveis no discurso dos direitos humanos, viabilizando as

²² GUIMARÃES, Luíza Resende. **A CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E O CONCEITO DE CAPACIDADE LEGAL: Uma comparação entre os sistemas jurídicos do Brasil e de Portugal**. Universidade Federal de Minas Gerais. Dissertação de Mestrado, 2021, pág. 38;

²³ Cfr.: “Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de discriminação Racial, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra mulheres, a Convenção contra a Tortura e outras penas ou Tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, a Convenção Sobre os Direitos das Crianças e a Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias”. BRASIL. Dec. Legislativo nº 186 de 09 de julho de 2008. Aprova o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007. Publicado no Diário Oficial da União em 10 de julho de 2008;

reivindicações legítimas dessa parcela da população, o que levou a adoção de um tratado internacional vinculante para os Estados-Partes.²⁴

A ideia dos direitos humanos das pessoas com deficiência se relaciona com a reivindicação histórica pelo respeito à dignidade da pessoa humana com e sem deficiência, o exercício da liberdade individual independentemente da deficiência e a igualdade e não discriminação em razão da deficiência.²⁵

Nesse sentido, o surgimento da CDPD muda o olhar frente às pessoas com deficiência. O modelo assistencialista que condicionava essas pessoas a um título de seres humanos incapazes, titulares de solidariedade socioassistencial, dá espaço para o modelo biopsicossocial que, antes de tudo, procura fazer valer valores basilares da convenção como a dignidade inerente, a igualdade e a participação na sociedade inclusiva de cada pessoa com deficiência, e, por essa razão, os considera sujeitos de direitos capazes e em condições de igualdade com qualquer pessoa.

Esses valores já podem ser extraídos a partir da leitura do preâmbulo da CDPD. Enquanto texto introdutório, ele projeta luz sobre o contexto histórico, social, político e filosófico que antecedeu a elaboração do tratado, oferecendo uma chave hermenêutica privilegiada para a compreensão do conteúdo normativo. Além dos compromissos jurídicos assumidos pelos Estados-partes, lá também estão os compromissos éticos-políticos que os informam, os quais refletem determinada ordem axiológica subjacente.²⁶

Conforme Joaquim Correia Gomes *et all.*²⁷, a relevância jurídico-interpretativa do preâmbulo é expressamente reconhecida pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (CVDT), nos números 1 e 2 do artigo 31.º, e consolidada pela jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH), em especial no caso Golder v. Reino Unido, de 21 de fevereiro de 1975

²⁴ SOUSA, Filipe Venade de. **Direitos Fundamentais das Pessoas com Deficiência e Jurisprudência Multinível**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2021, pág.: 27;

²⁵ SOUSA, Filipe Venade de. **Direitos Fundamentais das Pessoas com Deficiência e Jurisprudência Multinível**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2021, pág.: 27;

²⁶ GOMES, Joaquim Correia. **CONVENÇÃO SOBRE O DIREITO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA. COMENTÁRIO**. GOMES, Joaquim Correia; NETO, Luísa; VÍTOR, Paula Távora. (org.), Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2020, pág.: 26;

²⁷ GOMES, Joaquim Correia. **CONVENÇÃO SOBRE O DIREITO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA. COMENTÁRIO**. GOMES, Joaquim Correia; NETO, Luísa; VÍTOR, Paula Távora. (org.), Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2020, pág.: 26;

(§ 34). Tais dispositivos conferem ao preâmbulo a função de elemento interpretativo legítimo, apto a esclarecer o alcance e o sentido das normas convencionais.

Nesse sentido, o preâmbulo se apresenta como uma estrutura textual a iluminar a leitura e aplicação das disposições substanciais do tratado, oferecendo densidade normativa à CDPD, servindo como mandato de otimização na concretização dos direitos, sendo um instrumento valioso para compreender a hermenêutica da Convenção.²⁸

A CDPD se torna o primeiro tratado sobre direitos humanos do século XXI, apresentando-se como instrumento internacional jurídico vinculativo em matéria de direitos das pessoas com deficiência, justificando-se sob os fundamentos de que o presente instrumento potencializa o integral cumprimento dos Estados-partes em relação aos direitos dessas pessoas, que a legitimidade jurídica e a vinculatividade convencional viabilizam questões próprias das pessoas com deficiência no sistema internacional de direitos humanos e a que a participação das organizações representativas e das pessoas com deficiência na convenção promovem monitorização constante capaz de garantir um nível mais elevado de efetividade desses direitos.²⁹

A positivação jurídica dos direitos das pessoas com deficiência é assumida enquanto parâmetro referencial dos direitos humanos para os Estados-partes.³⁰

Isso aponta para um ideal de que o catálogo de direitos da Convenção não é o veredito final dos direitos humanos das pessoas com deficiência, mas corresponde a um núcleo amplo de direitos que inspira os Estados-partes ao compromisso de tomá-los como ponto de partida, nunca admitindo menos do que está Convenção.

A Convenção, em princípio, não criou direitos novos, mas positivou os direitos humanos consagrados no sistema internacional, adaptando-os à necessidade das pessoas com deficiência. Diante da realidade das pessoas com

²⁸ GOMES, Joaquim Correia. **CONVENÇÃO SOBRE O DIREITO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA. COMENTÁRIO**. GOMES, Joaquim Correia; NETO, Luísa; VÍTOR, Paula Távora. (org.), Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2020, pág.: 26;

²⁹ SOUSA, Filipe Venade de. **Direitos Fundamentais das Pessoas com Deficiência e Jurisprudência Multinível**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2021, pág.: 15;

³⁰ SOUSA, Filipe Venade de. **Direitos Fundamentais das Pessoas com Deficiência e Jurisprudência Multinível**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2021, pág.: 12-13;

deficiência, foram incluídos na CDPD três direitos próprios: o direito de viver de forma independente e ser incluído na comunidade (art. 19º), o direito à mobilidade pessoal (art. 20º) e o direito à habilitação e reabilitação (art. 26º).³¹

Esses três direitos são caros para as pessoas com deficiência (PCD's), eles evidenciam características próprias das PCD's, como independência, acessibilidade e inclusão na comunidade, pelo que serve como ponto de partida para interpretação dos demais direitos da Convenção, assim como os princípios gerais constates no art. 3º da Convenção e o texto do preâmbulo.

O primeiro vetor hermenêutico tem destaque já na alínea "a" do preâmbulo da CDPD, que orienta o sentido que deve ser dado os direitos da convenção, lembrando dois princípios proclamados na Carta da Nações Unidas, a dignidade e o valor inerente de cada ser humano.

Conforme Joaquim Correia Gomes *et all.*³², "a compreensão da dignidade inerente a qualquer ser humano passa por ter a pessoa com incapacidade como um fim em si mesma, sem que seja instrumentalizada ou reduzida a um mero objeto (fórmula objeto), assegurando a sua condição humana e incentivando ainda as suas capacidades (perspetiva da capacitação)", pelo que se pode dizer que os direitos humanos são direitos iguais e inalienáveis.

Nesse sentido, a CDP reconhece as pessoas com deficiência como sujeitos de pleno direito, porque humanas iguais as outras, com a dignidade como elemento que correspondente a própria condição de pessoa, pressuposto de ser humano.

Outro mandamento de otimização da Convenção está na alínea "c" do preâmbulo, quando reafirma que os direitos e as liberdades individuais são de compreensão global e vital conforme suas quatro dimensões: universalidade, indivisibilidade, interdependência e correlação de todos os direitos humanos e liberdades individuais, o que garante às pessoas com deficiência o seu pleno gozo sem serem alvo de discriminação.³³

³¹ SOUSA, Filipe Venade de. **Direitos Fundamentais das Pessoas com Deficiência e Jurisprudência Multinível**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2021, pág.: 27;

³² GOMES, Joaquim Correia. **CONVENÇÃO SOBRE O DIREITO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA. COMENTÁRIO**. GOMES, Joaquim Correia; NETO, Luísa; VÍTOR, Paula Távora. (org.), Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2020, pág.: 26;

³³ BRASIL. Dec. Legislativo nº 186 de 09 de julho de 2008. Aprova o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em

Em ralação aos princípios constantes no art. 3º, destacam-se a autonomia individual, a participação e inclusão plena e efetiva na sociedade, aceitação das pessoas com deficiência como parte da diversidade humana, igualdade de oportunidades e acessibilidade.³⁴

O princípio da participação plena e efetiva das pessoas com deficiência na sociedade como valor fundamental determina o Direito da Convenção como um todo, ou seja, a participação das pessoas com deficiência na sociedade é a definição da própria igualdade de oportunidades.³⁵

A inclusão dessa parte da sociedade no gozo e exercício dos direitos e liberdades fundamentais dá sentido às reivindicações das pessoas com deficiência que começou ainda no processo de construção e criação da Convenção, quando, pela primeira vez, contou-se com a participação das organizações representativas dessas pessoas, além de habituais delegados dos Estados-partes que negociavam e desenhavam a criação e o enquadramento da referida Convenção. Por essa razão, o conceito de participação na comunidade é valorizado tanto à época, quanto na atualidade.³⁶

O referido princípio corrobora o lema muito conhecido na defesa dos direitos das pessoas com deficiência: “nada sobre nós sem nós”. Vê-se que a participação das pessoas com deficiência na sociedade é a “definição de paradigma democrático em si mesmo” levando em conta o envolvimento das pessoas com deficiência e de suas organizações representativas que têm o direito de participarem no processo de adoção de medidas propostas pelos Estados-partes.³⁷

Destaca-se que os elementos principais do referido princípio são: participação plena e participação efetiva na sociedade, pelo que indicam que as pessoas com deficiência são titulares de pleno direito em condições de igualdade

Nova Iorque, em 30 de março de 2007. Publicado no Diário Oficial da União em 10 de julho de 2008;

³⁴ BRASIL. Dec. Legislativo nº 186 de 09 de julho de 2008. Aprova o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007. Publicado no Diário Oficial da União em 10 de julho de 2008;

³⁵ SOUSA, Filipe Venade de. **Direitos Fundamentais das Pessoas com Deficiência e Jurisprudência Multinível**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2021, pág.: 51;

³⁶ SOUSA, Filipe Venade de. **Direitos Fundamentais das Pessoas com Deficiência e Jurisprudência Multinível**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2021, pág.: 51;

³⁷ SOUSA, Filipe Venade de. **Direitos Fundamentais das Pessoas com Deficiência e Jurisprudência Multinível**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2021, pág.: 52;

com as demais pessoas, requerendo as mesmas condições de tratamento e oportunidades para participar ativamente do contexto civil, político, social, econômico e cultural no desfrute dos direitos humanos e liberdades fundamentais.³⁸

A participação plena e efetiva das pessoas com deficiência na sociedade contribui para a inclusão e aceitação dessas pessoas como parte da diversidade humana pertencente à mesma humanidade. Assim não se pode falar em gozo de direitos humanos e liberdades individuais das pessoas com deficiência sem inclusão.

A Inclusão está diretamente relacionada com o princípio da acessibilidade. Conforme Ana Fernanda Neves³⁹ “a acessibilidade é uma precondição para as pessoas com deficiências viverem com independência e participarem ativa e plenamente na sociedade”.

Nesse mesmo sentido, Laís de Figueiredo Lopes⁴⁰, referindo-se ao Comentário Geral n° 2 de 11 de abril de 2014, afirma que a acessibilidade prevista nos arts. 3° e 9° da Convenção é um direito que facilita a acessar outros direitos. Assim, compreendida em suas múltiplas dimensões, a acessibilidade requer acesso às instalações de prédios públicos, por exemplo, equipamentos, transportes, bens e serviços, informação, comunicação⁴¹ e linguagem⁴² apropriada, induzindo a remoção das barreiras físicas, comunicacionais, metodológicas ou atitudinais.

³⁸ SOUSA, Filipe Venade de. **Direitos Fundamentais das Pessoas com Deficiência e Jurisprudência Multinível**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2021, pág.: 52;

³⁹ NEVES, Ana Fernanda. **CONVENÇÃO SOBRE O DIREITO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA. COMENTÁRIO**. GOMES, Joaquim Correia; NETO, Luísa; VÍTOR, Paula Távora. (org.), Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2020, pág.57;

⁴⁰ LOPES, Laís de Figueiredo. **PREFÁCIO**. In. CLÍNICA DE DIREITO INTERNACIONAL E DIREITOS HUMANOS DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. Núcleo de Estudos Internacionais **COMENTÁRIOS GERAIS DO COMITÊ DE DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA**, 2021, pág. 19;

⁴¹ Conforme previsão do art. 2° da CDPD, cfr.: “Comunicação inclui linguagem, exibição de texto, braile, comunicação tátil, caracteres grandes, meios multimídias acessíveis, assim como modos escrito, áudio, linguagem plena, leitor humano e modos aumentativo e alternativo, meios e formatos de comunicação, incluindo tecnologia de informação e comunicação acessível”. BRASIL. Dec. Legislativo n° 186 de 09 de julho de 2008. Aprova o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007. Publicado no Diário Oficial da União em 10 de julho de 2008;

⁴² Conforme previsão do art. 2° da CDPD, cfr.: “Linguagem inclui a linguagem falada e língua gestual e outras formas de comunicação não faladas”. BRASIL. Dec. Legislativo n° 186 de 09 de julho de 2008. Aprova o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007. Publicado no Diário Oficial da União em 10 de julho de 2008;

A promoção da acessibilidade revela-se como condição imprescindível para assegurar a participação plena e efetiva da pessoa com deficiência em igualdade de condições com as demais pessoas, devendo ser desenvolvida de maneira progressiva e sistemática no que se refere aos ambientes, estruturas e serviços preexistentes, mediante adaptações razoáveis⁴³ que viabilizem a fruição universal.⁴⁴ A negação de adaptação razoável revela-se uma forma de discriminação com base na deficiência.⁴⁵

Por outro lado, quanto às novas edificações, produtos, programas, serviços e políticas, impõe-se a adoção do desenho universal⁴⁶ como princípio orientador desde a concepção.⁴⁷

A acessibilidade é, portanto, um princípio (art. 3º da CDPD) e um direito (art. 9º da CDPD), ponte que conduz para a efetivação dos outros direitos tutelados na Convenção, como por exemplo o direito à educação inclusiva.

⁴³ Conforme previsão do art. 2º da CDPD, cfr.: “Adaptação razoável designa a modificação e ajustes necessários e apropriados que não imponham uma carga desproporcionada ou indevida, sempre que necessário num determinado caso, para garantir que as pessoas com incapacidades gozam ou exerce, em condições de igualdade com os demais, de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais”. BRASIL. Dec. Legislativo nº 186 de 09 de julho de 2008. Aprova o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007. Publicado no Diário Oficial da União em 10 de julho de 2008;

⁴⁴ CLÍNICA DE DIREITO INTERNACIONAL E DIREITOS HUMANOS DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. Núcleo de Estudos Internacionais **COMENTÁRIOS GERAIS DO COMITÊ DE DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA**, 2021, pág. 20;

⁴⁵ Conforme previsão do art. 2º da CDPD, cfr.: “Discriminação com base na deficiência designa qualquer distinção, exclusão ou restrição com base na deficiência que tenha como objetivo ou efeito impedir ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício, em condições de igualdade com os outros, de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais no campo político, econômico, social, cultural, civil ou de qualquer outra natureza. Inclui todas as formas de discriminação, incluindo a negação de adaptações razoáveis”. BRASIL. Dec. Legislativo nº 186 de 09 de julho de 2008. Aprova o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007. Publicado no Diário Oficial da União em 10 de julho de 2008;

⁴⁶ Conforme previsão do art. 2º da CDPD, cfr.: “Desenho universal designa o desenho dos produtos, ambientes, programas e serviços a serem utilizados por todas as pessoas, na sua máxima extensão, sem a necessidade de adaptação ou desenho especializado. Desenho universal não deverá excluir os dispositivos de assistência a grupos particulares de pessoas com deficiência sempre que seja necessário” BRASIL. Dec. Legislativo nº 186 de 09 de julho de 2008. Aprova o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007. Publicado no Diário Oficial da União em 10 de julho de 2008;

⁴⁷ CLÍNICA DE DIREITO INTERNACIONAL E DIREITOS HUMANOS DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. Núcleo de Estudos Internacionais **COMENTÁRIOS GERAIS DO COMITÊ DE DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA**, 2021, pág.: 20;

Não se pode olvidar que o modelo de educação inclusiva prescrito na CDPD se norteia pelos valores nucleares revelados na Convenção através da aplicação de seus princípios fundamentais elencados no art. 3º, em especial a acessibilidade.

O conceito de acessibilidade na educação inclusiva deve ser entendido de modo amplo e não só circunscrito à acessibilidade física, devendo incluir, de igual modo, o acesso às formas de comunicação gráfica e escrita, aos currículos escolares e todas as adequações que permitam a plena participação das pessoas com deficiência no ambiente escolar, na sala de ensino regular⁴⁸.

Se o art. 1º estabelece o propósito da CDPD no sentido de proteger, promover e assegurar, de forma equitativa, os direitos humanos e liberdades fundamentais da pessoa com deficiência, em respeito à sua dignidade, o art. 4º estabelece as obrigações gerais dos Estados-partes e com isso refere às formas de atuação que cada Estado-parte deve realizar para atingir os objetivos da convenção.

São elencadas ações que devem ser realizadas para garantir um ambiente estatal propício à pessoa com deficiência.

O item 1 do art. 4º refere o compromisso dos Estados-partes em assegurar e promover o pleno exercício de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais das pessoas com deficiência, evitando qualquer tipo de discriminação em razão da deficiência e, para atingir esse fim, desdobra-se em algumas ações, descritas em 9 alíneas.

As alíneas “a”, “b” e “c” se referem ao compromisso de adoção de medidas legislativas, administrativas e qualquer natureza para realização dos direitos reconhecidos na CPPD, à adoção de medidas necessárias para alteração e revogação de normas e práticas discriminatórias e a consideração da promoção dos direitos da pessoa com deficiência e todos os programas e políticas públicas.

Observa-se aqui um compromisso que o Estado-parte firma em primeira pessoa, em uma perspectiva vertical dos Direitos Fundamentais,

⁴⁸ RODRIGUES, David. **CONVENÇÃO SOBRE O DIREITO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA. COMENTÁRIO.** GOMES, Joaquim Correia; NETO, Luísa; VÍTOR, Paula Távora. (org.), Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2020, pág.: 227;

comprometendo-se, ele mesmo, a alterar sua estrutura de Poder para a adaptação às pessoas com deficiência.

A alíneas “d” e “e” revelam o compromisso de garantidor assumido pelo Estado-parte, ou seja, de fiscalizar a atuação dos agentes públicos e das instituições a ele vinculados, dispondo de medidas que impeçam a participação em qualquer ato que sinalizem um retrocesso no direito das pessoas com deficiência. Igualmente, compromete-se o Estado-parte a fiscalizar e punir a atuação dos particulares e pessoas jurídicas de direito privado que obstaculizarem o exercício dos direitos das pessoas com deficiência, o que representa uma demonstração de eficácia horizontal desses direitos.

É com base na alínea “d” que, ao dispor que os Estados-partes devem *abster-se de participar em qualquer ato ou prática incompatível com a presente Convenção e assegurar que as autoridades públicas e instituições atuem em conformidade com a presente Convenção*, que se fala da previsão expressa de um controle de convencionalidade das normas do direito interno a partir do texto da convenção.

No Brasil, por força do art. 5º, § 3º da CF/88, como será adiante mais aprofundado, uma vez considerada a CDPD como integrante do bloco de constitucionalidade, a referida alínea “d” apenas reforça que a convenção é paradigma para controle de constitucionalidade.

Por fim, as alíneas “f” à “i” representam o compromisso de olhar para o futuro e de inclusão das pessoas com deficiência no processo de desenvolvimento de novas tecnologias e evolução social.

Trata-se da assunção do compromisso com pesquisa e inovação para o desenvolvimento de produtos, serviços, equipamentos, tecnologias, formas de emprego, métodos de acessibilidade, locomoção, meios de informação e comunicação aplicáveis às pessoas com deficiência, bem como formas de capacitação e aprendizado de que sorte que as sociedades do futuro sejam construídas com ampla participação desse grupo social e sua presença em todos os aspectos da vida social.

Já o item 2 do art. 4º determina a obrigação dos Estados-parte a tomar medidas, até o limite do possível de seus recursos, para assegurar o pleno exercício de direitos econômicos, sociais e culturais do que decorre a compreensão de que as normas da CDPD gozam de uma tutela jurídica

reforçada. No caso do direito brasileiro, novamente em razão do disposto no art. 5º, §3º da CF/88, o reforço de tutela dos direitos previstos na CDPD decorre justamente de sua caracterização como norma constitucional material, o que será mais aprofundado no tópico específico.

O item 4 do art. 4º estabelece que a CDPD não prejudicará qualquer norma mais protetiva dos direitos das pessoas com deficiência que possam estar previstas na legislação dos Estados-parte ou mesmo em outra convenção internacional. Uma manifestação do princípio *pro homine* que estabelece que a adoção da norma mais favorável na proteção e promoção dos direitos humanos.

1.3 Mecanismos de Implementação e Controle da CDPD

A CDPD estabelece, em seus arts. 33 a 39, mecanismos de controle e monitoramento de suas disposições de forma a criar meios de mensuração da efetivação dos direitos previstos na convenção.

A CDPD prevê mecanismos de implementação e monitoramento sob uma perspectiva nacional e sob uma perspectiva internacional.

Sob a perspectiva nacional, o art. 33 estabelece que os Estados-Membros designam pontos focais no âmbito de seus governos para assuntos relacionados à implementação da CDPD. No âmbito do Brasil, o ponto focal é a Secretaria Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência, vinculado ao Ministério dos Direitos Humanos e Cidadania e que tem suas atribuições estabelecidas pelo Decreto nº 11.341/2023.

Outro órgão de monitoramento e controle para o desenvolvimento de políticas públicas voltadas à pessoa com deficiência é o Conselho Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência (CONADE) que faz parte da estrutura do Ministério dos Direitos Humanos.

Sob a perspectiva internacional, o art. 34 prevê a criação do Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (Comitê), órgão formado por peritos em direitos das pessoas com deficiência, indicados pelos Estados-Membros para um mandato de 4 (quatro) anos com possibilidade de reeleição única.

O art. 1º do Protocolo Facultativo à CDPD⁴⁹, igualmente ratificado pelo Brasil, nos termos do art. 5º, § 3º da Constituição, estabelece a competência do órgão para receber e analisar comunicações de violação aos direitos previstos na Convenção.

Consoante o estabelece o próprio art. 1º do Protocolo Facultativo, o Comitê tem uma competência jurisdicional. Isto se materializa através de provocações feitas pelos nacionais dos Estados-Membros denominadas Comunicações.

A aceitação de uma comunicação tem o condão de instaurar um procedimento de verificação por parte do Comitê que, caso confirmada a violação, resultará no envio de sugestões e recomendações ao Estado em causa que poderá ser instado a apresentar as soluções efetuadas no Relatório de que trata o art. 35 da CDPD.

Adicionalmente, o Comitê emite Comentários Gerais sobre as cláusulas da CDPD, que são reconhecidos como interpretação autêntica das cláusulas da convenção. O Comentário Geral nº 4, elaborado em 2016, referia à interpretação do Direito à Educação, de onde já se verifica a posição de que “apenas a educação inclusiva pode oferecer educação de qualidade e desenvolvimento social para as pessoas com desenvolvimento, além da garantia de universalidade e não-discriminação no direito à educação⁵⁰.”

A função destes Comentários é uniformizar a interpretação das cláusulas da Convenção de forma que, os Estados-Membros signatários da CPDP que igualmente ratifiquem o Protocolo Facultativo, devem seguir os critérios de interpretação do Comitê, evitando assim eventuais problemas de aplicação da Convenção por divergências de interpretação ou mesmo descumprimentos disfarçados de interpretação das cláusulas da CDPD à luz do direito nacional.

⁴⁹ Cfr.: “1. Qualquer Estado Parte do presente Protocolo (“Estado Parte”) reconhece a competência do Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (“Comitê”) para receber e considerar comunicações submetidas por pessoas ou grupos de pessoas, ou em nome deles, sujeitos à sua jurisdição, alegando serem vítimas de violação das disposições da Convenção pelo referido Estado Parte.”

⁵⁰ CLÍNICA DE DIREITO INTERNACIONAL E DIREITOS HUMANOS DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. Núcleo de Estudos Internacionais. **COMENTÁRIOS GERAIS DO COMITÊ DE DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA**, 2021;

O art. 35 dispõe sobre Relatórios que devem ser submetidos pelos Estados-Membros acerca do cumprimento das obrigações assumidas em razão da CDPD.

Os primeiros relatórios deveriam ser entregues após a entrada em vigor da Convenção e, posteriormente, com uma periodicidade quadrienal, salvo solicitação específica do Comitê.

Trata-se de um importante mecanismo de diagnóstico e monitoramento dos gargalos enfrentados pelos Estados-Membros em razão de suas condições estruturais e socioeconômicas, servindo de fonte de pesquisa para elaboração, avaliação e revisão das políticas orientadas à concretização dos direitos previstos na Convenção.

Recebidos os relatórios, o Comitê fara suas considerações e as transmitirá aos Estados-Membros, que poderão responder ao Comitê com novas informações com informações adicionais sobre a implementação da convenção.

Importante que os Relatórios são públicos de forma que todos os Estados-Membros poderão ter acesso não apenas aos desafios enfrentados pelos demais países, como também às sugestões e recomendações do Comitê, o que permite um compartilhamento das soluções.

Por fim, as conclusões dos Relatórios e as sugestões e recomendações serão encaminhados pelo Comitê às agencias, fundos e programas especializados das Nações Unidas com vistas a otimizar e direcionar o fomento de ações voltadas à concretização dos direitos previstos na convenção.

1.4 Relatório inicial do Brasil apresentado ao Comitê da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência

Em 14 de julho de 2014, o Brasil apresentou seu único relatório ao Comitê da ONU para pessoas com deficiência, indicando as suas realizações para a promoção dos direitos previstos na CDPD.

Especificamente no que se refere à educação inclusiva, o relatório faz um relato pormenorizado de toda a evolução legislativa relativa às medidas de inclusão.

Reporta-se que a educação inclusiva é um direito previsto desde a Constituição Federal em todos os níveis de ensino como um compromisso do Estado e que a lei nº 9.394/96, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação concretiza a norma constitucional ao dispor que a educação especial deve ocorrer de forma preferencial no ambiente regular de ensino. A mesma disposição é encontrada na lei nº 8.069/90, o Estatuto da Criança do Adolescente.

O relatório igualmente menciona a lei nº 10.436/2002 que determina a utilização da língua brasileira de sinais (LIBRAS) nos estabelecimentos de ensino de todos os entes federativos e o seu treinamento e ensino com parte dos Parâmetros Curriculares de Nacionais.

O relatório ainda menciona uma série de medidas adotadas para assegurar o acesso de crianças e adolescentes ao ambiente escolar, dentre elas:

- A criação da Política Nacional de Educação Especial na perspectiva da inclusão na educação aprovada em 2008 pelo MEC que define a educação especial como uma modalidade transversal dos respectivos níveis, etapas e modalidades através das quais os recursos, serviços e assistência educacional especializada são fornecidos, garantindo a matrícula de alunos com deficiências e transtornos do desenvolvimento e estudantes altamente capacitados/ superdotados em classes regulares do sistema escolar e a prestação de assistência educacional complementar especializada;
- Decreto n. 6571/2008, que prevê o financiamento de Assistência educacional à população estudantil de educação especial matriculada em o sistema escolar regular;
- A ratificação da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência como Emenda Constitucional;
- A edição da Resolução nº 04/2009 do Conselho Nacional de Educação, que rege a entrega de assistência educacional especializada como componente complementar à educação regular e parte do projeto pedagógico das escolas;
- A inclusão do Programa de Benefício de Prestação Continuada (BPC) na Escola como meio de viabilizar beneficiários de baixa com deficiência entre 0 e 18 anos para acesso e permanência na escola.

Segundo o relatório, essas medidas foram responsáveis por avanços na organização do sistema de educação regular com significativo aumento do acesso e permanência de crianças e adolescentes com deficiência no sistema de ensino com importante migração de alunos com deficiência do sistema especializado para o ambiente regular.

O Relatório ainda refere que, apesar do progresso alcançado com as medidas tomadas, muitas crianças e adolescentes continuavam a enfrentar barreiras físicas ao acesso escolar e citou como exemplos a necessidade de aumento de banheiros adaptados, passarelas e rampas e elaboração de material didático para atender a um número significativo de escolas públicas que ainda não estavam adaptadas.

Para garantir que um patamar ainda maior de acessibilidade, o Relatório informa outras medidas que estavam sendo tomadas. Uma delas é o desenvolvimento do Programa de Implementação de Salas de Recursos Multifuncionais com o objetivo de fornecer meios como computadores, mobiliário, material pedagógico e recursos de acessibilidade de que permitam a participação de estudantes com deficiência na escola regular.

Outra medida é o programa de distribuição materiais didáticos e paradidáticos através do FNDE com o qual se busca garantir distribuição de livros em formato digital acessível, em Braille e dicionários em LIBRAS, e *laptops* com *interfaces* de acessibilidade para estudantes cegos.

E, finalmente, o Programa de Escolas Acessíveis, através do qual, se desenvolvem tecnologias adaptativas e adaptações arquitetônicas como meio de garantir a acessibilidade dos alunos e educadores com deficiência nas escolas públicas.

Essas foram as principais realizações promovidas pelo governo brasileiro e discriminadas no Relatório de 2014.

Ao apreciar o Relatório, o Comitê da ONU para pessoas com deficiência, no que toca ao direito à educação, manifestou preocupação com o fato de haver recusa de matrículas nas escolas ou cobranças de taxas extras, bem como com a falta de acomodações razoáveis e ambientes escolares acessíveis. Infelizmente, apesar do avanço vivenciado pelo Brasil nesta última década, estes fatos ainda são identificados.

O comitê concluiu com a recomendação de que o Brasil intensificasse seus esforços e dotações orçamentárias para consolidar o sistema de educação inclusiva e um sistema para proibir, fiscalizar e sancionar a discriminação com base na deficiência nos sistemas de ensino público e privado, e de prever adaptações razoáveis e acessibilidade em todas as instalações educacionais.

2 POSIÇÃO JURÍDICA DA CONVENÇÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO DIREITO BRASILEIRO

2.1 Recepção como Norma Constitucional

A adesão do Estado brasileiro à Convenção da Pessoa com Deficiência é, sem dúvidas, um marco importante na concretização dos direitos fundamentais deste grupo social e um avanço positivo na construção de uma resposta às demandas de igualdade orientadas a esta importante parcela do tecido social.

Todavia, a efetivação de direitos não depende apenas da evolução legislativa ou da adesão a tratados internacionais, mas, sobretudo, do grau de efetividade que os instrumentos normativos alcançam no ambiente onde devem produzir efeitos.

Normas protetivas de direitos fundamentais, sobretudo quando irradiadas em uma perspectiva horizontal, costumam enfrentar diversos obstáculos, notadamente de ordem orçamentária, técnica ou mesmo de densificação jurídica, aportando elevados índices de litigiosidade para sua concretização.

Neste contexto, a Convenção da Pessoa com Deficiência⁵¹, da qual o Brasil é signatário, prevê, em seu art. 24, como direito básico da pessoa com deficiência o acesso à educação com o compromisso de prover igualdade de oportunidades através de um sistema inclusivo em todos os níveis educacionais e ao longo de toda a vida, objetivando, dentre outras metas, o desenvolvimento

⁵¹ Convenção dos Direitos da Pessoa com Deficiência, introduzida no Direito brasileiro pelo Decreto Legislativo 186/2008. BRASIL. Dec. Legislativo nº 186 de 09 de julho de 2008. Aprova o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007. Diário Oficial da União de 10 de julho de 2008;

do potencial humano, a dignidade, além do desenvolvimento da personalidade, das habilidades e dos talentos.⁵²

O referido art. 24 ainda destaca o compromisso dos Estados em não permitir qualquer tipo de exclusão com base na deficiência e que a fruição do referido direito à educação se dê de forma inclusiva, o que significa, em essência, compartilhar o mesmo ambiente socioeducacional dos demais membros da comunidade e que, para isso, devem ser providenciadas as adaptações razoáveis necessárias no ambiente escolar, de acordo com a necessidade individual.

No âmbito do direito doméstico, o Estado brasileiro introduziu em seu ordenamento a lei nº 13.156/2015⁵³, conhecida como Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência que se destina a promover o exercício das liberdades fundamentais desse grupo social, com o objetivo de, segundo o texto legal, promover a inclusão e a cidadania.

Já em seu art. 8º, a lei nº 13.156/15 determina ser dever do Estado, da família e de toda a sociedade, o acesso a diversos direitos fundamentais, dentre eles o direito à educação.

Especificamente sobre o acesso à educação, o art. 27 da mencionada lei, praticamente reitera parte do art. 24 da CDPD para proteger o direito à educação inclusiva em todos os níveis de aprendizado.

Apesar de todo esse aparato normativo, desde a adesão à Convenção Internacional até a criação de normas internas de natureza legislativa, a fruição do direito à educação inclusiva não tem sido efetivamente cumprida por uma parcela cada vez mais relevante das pessoas com deficiência, as pessoas com TEA.

⁵² Cfr.: “Os Estados Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência à educação. Para efetivar esse direito sem discriminação e com base na igualdade de oportunidades, os Estados Partes assegurarão sistema educacional inclusivo em todos os níveis, bem como o aprendizado ao longo de toda a vida, com os seguintes objetivos: O pleno desenvolvimento do potencial humano e do senso de dignidade e autoestima, além do fortalecimento do respeito pelos direitos humanos, pelas liberdades fundamentais e pela diversidade humana; O máximo desenvolvimento possível da personalidade e dos talentos e da criatividade das pessoas com deficiência, assim como de suas habilidades físicas e intelectuais; A participação efetiva das pessoas com deficiência em uma sociedade livre.” BRASIL. Dec. Legislativo nº 186 de 09 de julho de 2008. Aprova o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007. Diário Oficial da União de 10 de julho de 2008;

⁵³ BRASIL. Lei 13.156. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Diário Oficial da União de 06 de julho de 2015;

O enquadramento jurídico do espectro autista como uma deficiência será objeto de um capítulo específico da investigação e com ela nos ocuparemos mais adiante. Por ora, interessa investigar que nível de proteção, o TEA, pode invocar, a partir da CDPD, como forma de consolidar sua posição jurídica e a efetivação de seu direito de acesso à educação, tanto em uma relação vertical, quando no âmbito do ensino público, ou em uma relação horizontal, quando no âmbito do sistema de ensino particular.

Isto porque, na pragmática do exercício dos direitos à partida assegurados no âmbito da lei nº 13.156/15, surgem obstáculos à eficácia dos direitos ali consagrados, ou mesmo dúvidas se determinadas adaptações razoáveis estão compreendidas no parâmetro de razoabilidade para sua efetivação ou se impõem um ônus demasiadamente alto para os estabelecimentos de ensino, para o Estado e para toda sociedade.

É o caso da figura do profissional Assistente Terapêutico, profissional que normalmente compõe a equipe multidisciplinar de acompanhamento do portador de TEA e que acompanha o tratamento e desenvolvimento terapêutico, usualmente um psicólogo, com formação no método ABA, direciona suas ações à interação comportamental e à customização de métodos de aprendizagem da pessoa com TEA.

Em se tratando de pessoa com TEA, a lei nº 12.764/2012 já dispõe a obrigatoriedade de um profissional específico, o Acompanhante Especializado, profissional que tem como escopo de atribuições auxiliar o TEA na inserção do ambiente escolar, na interação com os demais alunos e como facilitador e mediador das atividades didáticas propostas pelo professor. Porém, não há qualquer previsão expressa no ordenamento jurídico brasileiro sobre o Assistente Terapêutico, o que levanta a discussão se sua obrigatoriedade pode ser compreendida diretamente da lei 12.764/2012, interpretada e aplicada em cumulação com a lei nº 13.156/15 ou se a CDPD tem a cogência necessária para servir de parâmetro à obrigatoriedade de seu custeio, seja pelo SUS ou pelas operadoras de planos de Saúde.

A ausência de regulamentação legislativa tem levado a uma constante judicialização da matéria, usualmente sob o enfoque da não obrigatoriedade legal do profissional que, em essência é considerado continuidade do tratamento.

Neste contexto, precisamos rememorar que o Brasil é signatário da já mencionada CDPD que expressamente estabelece, em seu art. 24, a obrigatoriedade de promoção de educação inclusiva, sobretudo através de adaptações razoáveis no ambiente escolar.

A referência ao ambiente escolar nos parece relevante e apropriada na medida em que o desenvolvimento humano e educacional está, a nosso sentir, intimamente ligado ao desenvolvimento da saúde, o que se revela ainda mais evidente nas deficiências cognitivas e de interação social.

Especificamente no âmbito da promoção da saúde, a CDPD, em seu art. 25, aponta o compromisso dos Estados contratantes em promover as condições de saúde das pessoas com deficiência no mais elevado grau possível, oferecendo programas e atenção à saúde gratuitos ou a preços acessíveis, que levem em conta as especificidades de cada necessidade especial e ainda o compromisso em proibir qualquer discriminação no âmbito das operadoras de seguro de vida e de saúde.⁵⁴

Diante desse contexto, é imprescindível verificar como esse instrumento convencional foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro para posicioná-lo em seu devido patamar normativo.

⁵⁴ Cfr.: “Art. 25. Os Estados Partes reconhecem que as pessoas com deficiência têm o direito de gozar do estado de saúde mais elevado possível, sem discriminação baseada na deficiência. Os Estados Partes tomarão todas as medidas apropriadas para assegurar às pessoas com deficiência o acesso a serviços de saúde, incluindo os serviços de reabilitação, que levarão em conta as especificidades de gênero. Em especial, os Estados Partes: oferecerão às pessoas com deficiência programas e atenção à saúde gratuitos ou a custos acessíveis da mesma variedade, qualidade e padrão que são oferecidos às demais pessoas, inclusive na área de saúde sexual e reprodutiva e de programas de saúde pública destinados à população em geral; Propiciarão serviços de saúde que as pessoas com deficiência necessitam especificamente por causa de sua deficiência, inclusive diagnóstico e intervenção precoces, bem como serviços projetados para reduzir ao máximo e prevenir deficiências adicionais, inclusive entre crianças e idosos; Propiciarão esses serviços de saúde às pessoas com deficiência, o mais próximo possível de suas comunidades, inclusive na zona rural;

(...)

Proibirão a discriminação contra pessoas com deficiência na provisão de seguro de saúde e seguro de vida, caso tais seguros sejam permitidos pela legislação nacional, os quais deverão ser providos de maneira razoável e justa; prevenirão que se neguem, de maneira discriminatória, os serviços de saúde ou de atenção à saúde ou a administração de alimentos sólidos ou líquidos por motivo de deficiência.” BRASIL. Dec. Legislativo nº 186 de 09 de julho de 2008. Aprova o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007. Diário Oficial da União de 10 de julho de 2008;

No Direito Brasileiro, os tratados internacionais só passam a integralizar o conjunto de normas válidas após o percurso de um determinado processo legislativo que culmina com a promulgação de um decreto legislativo.

Em se tratando de Tratados que versem sobre direitos humanos, o ordenamento jurídico brasileiro tem uma particularidade inserida no art. 5º, § 3º da CF/88 de permitir que os referidos tratados passem a compor o bloco de constitucionalidade, desde que o processo legislativo de aprovação obedeça ao rito e o quórum do processo de alteração da própria Constituição.

No caso da CDPD, diga-se de passagem, foi o tratado que inaugurou a referida previsão constitucional, que havia sido introduzida pela Emenda Constitucional nº 45, publicada poucos anos antes.

Assim, a Convenção da ONU dos Direitos das Pessoas com Deficiência tem no Brasil posição jurídica de norma constitucional, de forma que é seguro dizer que as previsões nela contidas, se revelam como verdadeiros direitos fundamentais componentes do catálogo normativamente reconhecido pela Constituição Federal, do que decorre o dever de ação do Estado, seja através de uma atuação direta, seja como garantidor.

Mas o reconhecimento dos direitos previstos na CDPD como parte do catálogo de direitos constitucionais é apenas o ponto de partida para sua concretização, impondo-se a necessária verificação do nível de concretude e exigência que o indivíduo pode demandar perante o Estado.

Após delimitar os direitos prestacionais como obrigações de fazer assumidas pelo Estado, Cristina Queiroz⁵⁵ reconhece que há muitos deles que demandam uma concretização legislativa para que possam irradiar seus efeitos, enquanto outros podem ser reconhecidos como verdadeiros direitos originários a prestações. Refere ainda a necessidade de se distinguir entre *status positivus constitutionis* e *status positivus legislationis*, mas aponta que a realização dos ditos direitos sociais não está condicionada (apenas) à institucionalidade da ordem jurídica ou a uma decisão política, mas sim a uma ordem social que ressalte a importância da justa distribuição dos bens públicos.

⁵⁵ QUEIROZ, Cristina. **Direitos Fundamentais Sociais. Funções, Âmbito, Conteúdo, Questões Interpretativas e Problemas de Justiciabilidade**. 2ª Ed. Lisboa: Petrony, 2020, pág.: 38;

Especificamente sobre os direitos sociais que implicam as prestações relativas à saúde e educação, Cristina Queiroz refere que sua aplicabilidade demanda a intermediação do legislador.

Jorge Reis Novais⁵⁶ vai um pouco mais além para referir que os direitos sociais não são suficientemente determinados no plano constitucional de forma que sua realização na forma de um direito exigível pressupõe a atuação do legislador ordinário.

Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins⁵⁷ afirmam que esta categoria jurídica se orienta à progressão dos níveis de vida social dos indivíduos através da realização de políticas públicas e medidas concretas, seja pelo oferecimento de bens ou serviços àqueles que não podem adquiri-los ou consumi-los por seus próprios meios, seja mediante a oferta dos ditos serviços de forma universal através do monopólio estatal.

Neste contexto, o grau de efetividade ou de concretização dos direitos fundamentais é tema de primeira ordem, sobretudo quando se leva em consideração a escassez de recursos e uma gama cada vez mais numerosa de grupos sociais a reclamar a concretização de direitos e sua satisfação por parte do Estado.

O problema dos direitos sociais é, à partida, uma questão de eficácia das normas constitucionais, de sua capacidade de produzir efeitos e dar uma resposta efetiva ao administrado.

Neste sentido, Luís Roberto Barroso⁵⁸ refere que efetividade se relaciona com a própria capacidade de realização do Direito e a concretização de sua função social, o ponto de encontro entre o dever ser previsto na norma em abstrato e o modo real.

Os direitos fundamentais sociais enfrentam desafios de efetividade, o que põe em causa a capacidade do Estado em dar concretude aos compromissos constitucionalmente assumidos e, podemos dizer, ao seu sistema constitucional.

⁵⁶ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais Enquanto Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pág.: 142;

⁵⁷ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, pág.: 57;

⁵⁸ BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, pág.: 79;

Já no século XIX a doutrina estadunidense fazia a distinção entre normas constitucionais auto executórias e não auto executórias. Thomas Cooley⁵⁹, referia que, muito embora as normas Constitucionais não sejam redutíveis a meros aconselhamentos ou sejam irrelevantes do ponto de vista da eficácia, é fato que algumas, pela sua natureza, não são capazes de auto execução, ao passo que outras são dotadas desta característica.

Continua o autor referindo que enquanto há normas constitucionais que reclamam densificação por legislação suplementar, bem como há outras em que a própria Constituição exige o trabalho do legislador e em ambos os casos não se pode extrair força cogente das disposições constitucionais, há uma terceira categoria de disposições normativas que tem força automática e não demandam qualquer complemento para a construção de uma norma completa.

Essa distinção seguramente influenciou José Afonso da Silva⁶⁰ com sua consagrada divisão das normas constitucionais de eficácia contida, limitada e plena, equivalendo esta última às *self-executing rules* que Cooley já descrevera desde o final do século XIX.

Neste prisma, estabelecer o grau de exequibilidade do bloco de constitucionalidade formado pelas normas da CDPD que determinam o dever estatal de acesso à saúde e à educação se revela como uma premissa fundamental de nossa investigação.

Especificamente sobre os direitos fundamentais, aqui incluídos todos os direitos fundamentais como os individuais, coletivos, sociais, de nacionalidade e políticos, José Afonso da Silva refere que a eficácia e aplicabilidade imediata

⁵⁹ Cfr.: ““Self-executing provisions. But although none of the provisions or a constitution are to be locked upon as immaterial or merely advisory, there are some which, from the nature of the case, are as incapable of compulsory enforcement as are directory provisions in general. The reason is that, while the purpose may be to establish rights or to impose duties, they do not in and of themselves constitute a sufficient rule by means of which such right may be protected or such duty enforced. In such cases, before the constitutional provisions can be made effectual, supplemental legislation must be had; and the provision may be in its nature mandatory to the legislature to enact the needful legislation, though back of it there lies no authority to enforce the command. Sometimes the constitution in terms requires the legislature to enact laws on a particular subject; and here it is obvious the requirement has only a moral force: the legislature thought to obey it; but the right intended to be given is only assured when the legislation is voluntary enacted. Other provisions are completely self-executing and manifestly contemplate no legislation whatever to give them full force and operation.” COOLEY, Thomas M. **A Treatise on the Constitutional limitations which rest upon the legislative power of the States of the American Union**. 7th ed. Boston: Little, Brown & Co., 1903, pág.: 119-120;

⁶⁰ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 3a ed. São Paulo: Malheiros, 1998;

das normas constitucionais é a garantia das garantias dos direitos fundamentais, de forma que as normas que prescrevem direitos fundamentais só atingirão sua finalidade na medida em que gozarem de plena efetividade, refere ainda o autor que especificamente no acaso do ordenamento jurídico brasileiro essa eficácia e aplicabilidade imediata decorre da previsão expressa do art. 5º, § 1º da CF/88.⁶¹

Neste mesmo sentido, Paulo Otero⁶² refere que a eficácia imediata das normas sobre direitos fundamentais, decorrente da ideia de eficácia reforçada das normas constitucionais, aponta para uma eficácia concreta sem qualquer aprisionamento ou dependência do trabalho do legislador.

Refere ainda Otero que decorre do reforço de efetividade das normas constitucionais a característica de sua vinculação tanto às entidades públicas quanto às entidades privadas, o que costumou-se conceber como eficácia vertical e horizontal dos direitos fundamentais.

É fato que Paulo Otero⁶³ refere que a exigência de aplicabilidade direta não se aplica a todas as normas de direitos fundamentais. Segundo o autor, apenas ao que chamou de direitos pessoais universais e a uma parcela mínima indispensável dos direitos sociais universais inerentes à condição humana. É neste grupo que se encontram os direitos que tratamos no presente trabalho, a exemplo do direito à educação.

A CDPD traz em seu art. 4º, nº 2 a previsão de que suas obrigações são imediatamente aplicáveis aos Estados contratantes, de acordo com as regras de direito internacional, o que nos leva à consideração de sua eficácia direta.

Não obstante nossa compreensão acerca da eficácia direta das normas relativas à educação e saúde previstas na CDPD, isto é, a produção de efeitos diretos sem a necessidade de intervenção do legislador, outro aspecto bem distinto é nosso reconhecimento acerca da necessidade de calibração do seu grau de efetividade que estará necessariamente atrelado às condições

⁶¹ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional**. 34ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2010, pág.: 468;

⁶² OTERO, Paulo. **Instituições Políticas e Constitucionais**. Vol. 1. Coimbra: Almedina, 2019, pág.: 590;

⁶³ OTERO, Paulo. **Instituições Políticas e Constitucionais**. Vol. 1. Coimbra: Almedina, 2019, págs.: 590 e 488;

materiais existentes no contexto econômico-social de cada Estado onde a norma esteja inserida.

2.2 Critérios de Delimitação Material dos Direitos Fundamentais e sua aplicação no âmbito da CDPD

Para além da fixação da eficácia normativa das normas da CDPD, impõe-se investigar o critério de delimitação do âmbito material de proteção que o referido comando estabelece e qual o método a ser seguido para determinar a extensão da proteção jurídica conferida pelas previsões da Convenção no que concerne ao acesso à educação.

Costuma-se dividir as teorias que se voltam a delimitar a amplitude dos direitos fundamentais em teorias internas e externas, cada qual buscando estabelecer um critério de racionalidade para delimitação ou restrição de conteúdo dos direitos fundamentais.⁶⁴

Com base nessas teorias, pretendemos estabelecer o nosso critério de racionalidade para aplicá-lo aos direitos à educação e à saúde previstos na CDPD e em que medida o particular pode exigir um maior ou menor grau de satisfação.

Sobre a teoria interna, também conhecida como teoria dos limites imanentes, Jorge Reis Novais⁶⁵ indica sua característica pela recusa na colocação de limites por parte do legislador infraconstitucional, na medida em que os limites dos direitos fundamentais já lhes seriam imanentes e o papel do legislador seria apenas declará-los. Neste sentido, os contornos dessa categoria de direitos são aferidos no próprio texto constitucional, na relação com os direitos de mesma espécie.

No caso presente, os direitos prestacionais que ora se pretendem investigar, tem sua fundamentação de exigência norteada por uma concepção positiva do princípio da igualdade e sua orientação à dignidade da pessoa humana, verdadeiros princípios estruturantes do Estado de Direito.

⁶⁴ NOVAIS, Jorge Reis. **Limites dos Direitos Fundamentais. Fundamento, Justificação e Controlo**. Coimbra: Almedina, 2021, pág.:18;

⁶⁵ NOVAIS, Jorge Reis. **Limites dos Direitos Fundamentais. Fundamento, Justificação e Controlo**. Coimbra: Almedina, 2021, pág.:15;

Sobre os princípios estruturantes, Canotilho⁶⁶ refere se tratar de elementos constitutivos e indicativos das concepções diretivas da ordem constitucional e representam as traves-mestras do estatuto jurídico da atividade política de criação do Estado.

Estes princípios estruturantes vão sendo densificados por outros subprincípios e pelo legislador como forma de ganharem concretude operacional e assim efetivamente promoverem alterações na vida dos jurisdicionados, mas não se pode perder a consideração a sua natureza jurídico-positiva, isto é, de norma jurídica, da qual se extrai a sua evidente força normativa.

Como mencionado no tópico anterior, a CDPD possui no Brasil posição jurídica de norma constitucional e disto implica considerar que o conceito de força normativa da Constituição, tal qual introduzido por Hesse⁶⁷, implica justamente na capacidade do texto constitucional e, conseqüentemente da CDPD, de realizar sua pretensão de eficácia, o que, para nós, está intimamente ligado à sua capacidade de densificação e concretização dos direitos fundamentais.

Neste contexto, normas constitucionais que consagram direitos fundamentais, sobretudo direitos sociais, reclamam o estabelecimento do devido grau de densificação e concretização, sempre em linha à realização da dignidade da pessoa humana.

Assim, a delimitação do grau de exigência e satisfação que pessoas com deficiência, notadamente o TEA, tem a exigir do Estado, guarda íntima conexão com o nível de desigualdade que precisa ser fática e juridicamente superado.

Por óbvio, não apenas neste campo, mas em muitos outros, os índices de desigualdade de tratamento e acesso aos bens públicos não são os mesmos para os diversos grupos sociais dentro de um contexto estatal, e sofrem bastante variação nas distantes realidades de Estados diversos.

⁶⁶ CANOTILHO, Joaquim, José Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª Ed. Coimbra: Almedina, 1993, pág.:183 e seg;

⁶⁷ HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1991;

Com isso, sob uma perspectiva da teoria interna, podemos aceitar que a compreensão acerca do nível razoável de resposta estatal vai variar bastante conforme as peculiaridades de cada Estado.

Nesta perspectiva, só se pode falar em proteção constitucional de um direito fundamental até as fronteiras dos seus limites imanentes que, na formulação de Jorge Reis Novais, significam os limites inerentes à sua função social e sua natureza institucional conformada pela necessidade do respeito aos direitos dos outros.⁶⁸

Nota-se aqui uma visão dos direitos fundamentais orientada a uma perspectiva funcional de proteção e elevação de valores estruturantes do Estado Democrático de Direito, sempre em linha com a necessidade de promover equilíbrios no acesso aos ativos sociais.

Os índices de concretização do direito à educação e à saúde, nomeadamente das pessoas com deficiência, dentre os quais se incluem, normativamente, das pessoas com TEA, deve, portanto, ser auferido em uma perspectiva de realização da igualdade, mas da igualdade direcionada à realização da dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana assume a centralidade do Estado Democrático Social de Direito sendo o núcleo para onde gravitam todos os demais princípios e normas e em torno do qual devem ser interpretados e delimitados.

É a partir dessa concepção de Estado Social que Paulo Bonavides⁶⁹ refere a ressignificação do conceito de liberdade, em oposição à liberdade dos liberais do Estado moderno, incapaz de suavizar as desigualdades sociais e econômicas. Logo, a superação da liberdade meramente formal para uma construção de liberdade substancial só se concretiza, nos dizeres de Bonavides, quando todos possam ser dotados de igual capacidade.

Ao falarmos de princípio da igualdade, o que pretendemos é garantir que todos tenham o mesmo acesso a uma vida digna, com oportunidades de

⁶⁸ NOVAIS, Jorge Reis. **Limites dos Direitos Fundamentais. Fundamento, Justificação e Controlo**. Coimbra: Almedina, 2021, pág.: 18;

⁶⁹ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 9ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009, pág.: 61;

desenvolvimento pessoal e humano e de se autodeterminar para efetivar as resoluções inerentes à sua vida pessoal.

Esta perspectiva pós-moderna de Estado Social tem como marca a superação de uma suposta igualdade política, que se revela incapaz de eliminar as desigualdades sociais, para atribuir à estrutura estatal o papel de mitigador dessas diferenças, conciliando os diversos grupos que formam o tecido social em torno de um progresso compartilhado.⁷⁰

Em linha com uma teoria dos limites imanentes, seria justo afirmar que a delimitação do acesso à saúde e à educação de uma pessoa com deficiência, nomeadamente um TEA, deve guardar correspondência com o volume de prestações necessárias à sua autodeterminação, interação com o ambiente social e criação de acesso aos mesmos ativos sociais disponíveis aos demais grupos que formam o mesmo Estado em que se encontrem.

Entretanto, direitos fundamentais, como é o caso do acesso à educação, podem ser concorrentemente e difusamente demandados por uma imensa parcela da população que reclamam, por vezes, medidas de equiparação por parte do Estado voltadas a grupos específicos que, por razões que lhes sejam peculiares, não conseguem aceder ao referido ativo social.

Em um ambiente de recursos escassos e prioridades orçamentárias cada vez mais crescentes, as demandas por um mesmo direito podem inibir que distintos grupos sociais consigam concretizá-lo da forma que entendam necessária.

Em situações como essas, encontrar o ponto de equilíbrio entre as expectativas de acesso e fruição de um direito e delimitar o limite razoável com que todos os grupos sociais tenham igualdade na construção de sua dignidade humana torna-se um desafio difícil de ser superado.

Disto decorre a exigência da necessária prudência e cautela dos responsáveis pela construção das políticas públicas orientadas à concretização dos direitos sociais, sobretudo dos órgãos de controle, para que a realização de um direito não se converta no estabelecimento apenas de um privilégio.

Sob a perspectiva da teoria externa dos direitos fundamentais, impõe-se a separação entre o seu conteúdo e os seus limites. O conteúdo dos direitos

⁷⁰ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 9ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009, pág.:185;

fundamentais deve ser compreendido e interpretado como uma realidade humana prévia ao Estado, razão pela qual deve ser protegido.

Neste sentido, do ponto de vista de sua construção hermenêutica, os direitos fundamentais devem ser pensados em termos conteudísticos, sem quaisquer limites ou restrições, que lhes serão postas em um segundo momento, mas em razão exclusiva de critérios de controle previamente previstos pelo constituinte.

Trata-se de uma concepção de direitos fundamentais como nítidos direitos de defesa em face do Estado, através do qual o indivíduo constrói sua margem de liberdade, inerente à sua própria natureza, que só pode ser alvo de restrições por parte do legislador quando fundamentados em outros direitos com igual hierarquia e sob um rigoroso critério de justificação.

À princípio, poder-se-ia objetar que essa concepção se volta apenas às liberdades públicas, aos direitos de primeira dimensão, e não concorreriam a uma resposta satisfatória quando está em causa um direito prestacional.

Pensamos em modo diverso, pois a medida da liberdade de um indivíduo decorre precisamente de sua capacidade de autodeterminação e de compreensão da realidade que o circunda e para tanto é imprescindível a satisfação de direitos prestacionais que exigem uma postura ativa do Estado.

Há muito que a liberdade formal concebida nos primórdios do liberalismo deu lugar a uma liberdade substancial, fazendo surgir a exigência de uma atuação positiva do Estado no sentido de prover os meios de equiparação dos indivíduos para igual titularidade e exercício pleno das liberdades públicas.

Outrossim, igualmente decorre do Estado de bem-estar social o primado da solidariedade, como a Constituição brasileira encarta expressamente em seus objetivos previstos no art. 3, I, a exigir o papel de toda a sociedade, isto é, dos próprios indivíduos, no compartilhamento dos sucessos econômicos e sociais de forma a que todos possam perceber os reflexos dos avanços sociais

Disto decorre a necessidade de se distinguir o modelo de liberdade e, portanto, de fruição de direitos fundamentais, inspirado pelo direito natural e pelo homem pré-estatal, do modelo de liberdade decorrente da exteriorização normativa em um determinado contexto estatal.⁷¹

⁷¹ Cfr.: “Na base do modelo e da teoria que o inspira está a distinção entre liberdade – entendida como discricionariedade individual de comportamento, como liberdade natural de

Por conseguinte, os índices de satisfação dos direitos prestacionais, como os que estão em causa na presente investigação, dependem de variáveis como o grau de pressão orçamentária, a recorrência de indivíduos que demandem a atuação equalizadora do Estado e ainda o quanto esses indivíduos concorrem com outros com suas próprias demandas.

Um argumento rotineiro adotado como justificativa para uma delimitação mais restrita dos índices de satisfação de direitos prestacionais reside ora na eventual ausência de previsão legal, donde se extrai a ideia de ausência de concordância da maioria política na fruição do direito em causa, bem como em questões orçamentárias, a partir do pressuposto de que a concessão do direito requerido por uma parcela ou grupo social, uma determinada minoria, implicaria na retração de níveis de satisfação de todo o tecido social coletivamente considerado.

Vê-se, então, que o problema envolvendo a pragmática dos direitos fundamentais resulta na demarcação de suas fronteiras, seja sob uma perspectiva de limites que lhes sejam imanentes ou sob uma ideia de restrições justificadas *a posteriori*, a discussão gravita sempre em torno de determinar até que ponto um nível de exigência de satisfação em face do Estado é constitucionalmente aceitável.

Neste contexto, ganhou relevo a teoria de direitos fundamentais desenvolvida por Alexy⁷², segundo a qual os direitos fundamentais devem ser compreendidos como princípios que impõe uma exigência apenas *prima facie* e reclamam uma conformação casuística com base em um juízo de ponderação valorativa.

Neste caso, a proposta é que o intérprete e aplicador do direito proceda a uma análise valorativa do direito fundamental em causa e determine sua extensão, ou mesmo sua aplicabilidade, através de uma ponderação, uma investigação daquele que exerça maior peso ou influência como vetor de justiça,

acção, pré e supra-estatal, conformando uma área de autonomia individual reservada face ao Direito e ao Estado – e direitos de liberdade, concebidos como garantias jurídicas daquela liberdade a que conferem *medida e limites*, já que a transformação da liberdade em liberdade jurídica implica uma necessária delimitação.” NOVAIS, Jorge Reis. **Limites dos Direitos Fundamentais. Fundamento, Justificação e Controlo**. Coimbra: Almedina, 2021, pág.: 27;

⁷² ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Saraiva, 2008;

quando dois interesses igualmente protegidos por direitos fundamentais estejam colidindo.

Ressalta desta concepção a ideia de que tão importante quanto o conteúdo abstrato dos direitos fundamentais envolvidos no Juízo de ponderação é o ambiente onde tais direitos são aplicados, de forma que as questões econômicas do Estado, os valores que formaram a construção cultural dos envolvidos e até mesmo os compromissos e objetivos dogmaticamente assumidos pela Constituição são igualmente necessários ao juízo de ponderação.

Sob essa perspectiva, podemos entender que se pode ter diferentes respostas para um embate envolvendo os mesmos direitos, em contextos fáticos semelhantes, mas em ambientes constitucionais informados por valores culturais e realidades orçamentárias diferentes.

A efetividade jurídica do texto constitucional é intimamente decorrente da realidade em que se insere, seja em uma perspectiva histórica, seja em uma perspectiva orçamentária e isto condiciona sua pretensão de eficácia. Sua capacidade de ordenação social e os limites de sua cogência decorrem, como diz Hesse⁷³, da relação entre ser e dever ser, isto é, de como consegue conformar a realidade.

Canotilho⁷⁴ refere sobre a distinção entre âmbito de proteção e âmbito de garantia efetiva para apontar que um bem pode receber tutela protetiva pelo Direito, mas que esta tutela pode suportar restrições e limites por medidas que representem uma desvantagem para parte de seus titulares, desde que justificadas.

Assim, a existência de uma tutela jurídica protetiva significa que um direito está sob um determinado âmbito de proteção jurídico-constitucional, mas o âmbito de proteção efetivo só é determinado após a atuação conformadora de normas de afetação. Arremata o professor português que qualquer ingerência dentro do âmbito de proteção efetiva, seja ela pública ou privada implicará em ofensa à Constituição.

⁷³ HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1991, pág.: 19;

⁷⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Dogmática de Direitos Fundamentais e Direito Privado**. In. Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. 3ª Ed., Ingo Sarlet (org.), 2006, pág.: 346-347;

Em relação às teorias que versam sobre delimitação dos direitos fundamentais, Jorge Reis Novais⁷⁵, na esteira de Dworkin⁷⁶, os apresenta como trunfos da minoria contra a maioria, orientados à realização da dignidade da pessoa humana.

Aponta o professor que a noção de direitos fundamentais como trunfos contra a maioria assenta-se em duas premissas. A primeira, no sentido de que, em essência, todos os direitos fundamentais decorrem e concorrem para a realização da dignidade da pessoa humana. A segunda diz respeito à supremacia formal e à força vinculante do texto constitucional, onde se localizam o catálogo de direitos fundamentais.⁷⁷

Assim, a ideia de fundamentalidade de um direito está indissociavelmente ligada à ideia de supremacia do texto constitucional e sua oponibilidade em face de toda a sociedade e dos governantes quando da limitação de seu exercício ou fruição.

Neste particular, Alexy refere a fundamentalidade formal das normas de direitos fundamentais justamente como uma decorrência de sua posição do topo da organização das normas jurídicas e sua vinculação a todas as funções do Poder, tanto o Executivo, quanto o Legislativo e o Judiciário.⁷⁸

Neste sentido, ainda que se forme uma maioria provisória em torno de uma concepção restritiva dos direitos fundamentais, a minoria afetada possui a força decorrente da supremacia e estabilidade do texto constitucional como mecanismo de proteção.

Prossegue Novais⁷⁹ que da concepção dos direitos fundamentais como trunfos, decorre que a sua limitação ou restrição está associada à ideia de uma reserva imanente de ponderação, a partir da qual, considerando-se o catálogo de direitos fundamentais como uma unidade, tais direitos podem, em regra, ser alvo de restrição sempre que sua restrição decorra da necessidade de

⁷⁵ NOVAIS, Jorge Reis. **Limites dos Direitos Fundamentais. Fundamento, Justificação e Controlo**. Coimbra: Almedina, 2021, pág.: 143;

⁷⁶ DWORKIN, Ronaldo. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p.36;

⁷⁷ NOVAIS, Jorge Reis. **Limites dos Direitos Fundamentais. Fundamento, Justificação e Controlo**. Coimbra: Almedina, 2021, pág.: 178;

⁷⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Saraiva, 2008, pág.: 520;

⁷⁹ NOVAIS, Jorge Reis. **Limites dos Direitos Fundamentais. Fundamento, Justificação e Controlo**. Coimbra: Almedina, 2021, pág.: 202-203;

se perseguir um outro bem jurídico que ostente igual relevância jurídica e que tal limitação seja objeto de controle.

Neste contexto, sob tal perspectiva, muito embora seja correto afirmar que todos os direitos fundamentais são objeto de restrição e limitação, tal limitação deve ser objeto de controle pelo juiz constitucional que deve tomar como parâmetro para sua decisão uma consideração: de se a restrição a ser imposta se justifica como meio para evitar que o Estado deixe de proteger ou concretizar outro direito igualmente fundamental.

Não se desconhece que, sobretudo quando se refere à doutrina europeia, o estudo acerca das limitações e aplicabilidade direta dos direitos fundamentais costuma se restringir aos direitos de liberdade. Entretanto, a nosso sentir, igualmente os direitos sociais devem ser objeto de investigação acerca de sua eficácia e possibilidade de limitação.

Carlos Miguel Herrera⁸⁰ chega a sustentar que os direitos sociais sequer seriam verdadeiros direitos, carecendo-lhes a devida coercitividade posto que não seriam juridicamente exigíveis diretamente a partir da Constituição, de forma que sequer poderiam fundamentar uma pretensão judicial, restringindo-os a meros princípios dirigentes.

Essa visão, a nosso sentir, esvazia a própria fundamentalidade dos direitos sociais, inviabilizando sua efetividade e cogência, na medida em que retira sua normatividade para uma perspectiva meramente política dos direitos em causa.

Nos associamos às críticas de Zamira Mendes Vianna⁸¹ para quem a concepção defendida por Herrera finda por afrontar o princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que liberdades públicas e direitos sociais estabelecem entre si uma relação de complementariedade, justamente para a realização da dignidade.

⁸⁰ HERRERA, Carlos. Molina. **Estado, Constituição e Direitos Sociais**. In: SOUZA NETO, Cláudio. Pereira; SARMENTO, Daniel. (Org.). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pág.: 5;

⁸¹ VIANA. Zamira Mendes. **OS DIREITOS SOCIAIS: uma análise acerca dos limites à sua eficácia**. In. *Revista das Faculdades Integradas Viana Júnior. ViannaSapiens*. Vol. 3, nº 1, 2012, pág.: 85;

Canotilho⁸², ao discorrer sobre os direitos sociais, considera-os autênticos direitos subjetivos inerentes ao espaço existencial do cidadão, independentemente de sua justicialidade e exequibilidade imediatas, atribuindo a estes direitos, dentre eles o direito à educação e saúde, a mesma densidade subjetiva das liberdades públicas.

Repare-se que o autor português adota o termo *exequibilidade* que para nós tem o conteúdo de significação de capacidade de fazer cumprir, o que tem nitidamente um escopo diverso do plano da eficácia em termos absolutos, posto que da inexecuibilidade decorrerá justamente a pretensão do particular em exigir a prestação através dos meios judiciais, justamente em face de sua eficácia.

Tanto é que Canotilho⁸³ refere ao termo *imposição legiferante* para significar a obrigatoriedade de o legislador atuar no sentido de criar positivamente as condições materiais e institucionais para o exercício desses direitos. Arremata que a realização desses direitos é uma questão de competência constitucional e que a inação do legislador em atuar na concretização de tais direitos, obviamente dentro das forças orçamentárias do Estado, é destinatária de censura e intervenção.

Na realidade jurídica brasileira, diversos são os mecanismos processuais à disposição do indivíduo para sanar as hipóteses de inação legislativa e tornar efetiva a concretização dos direitos prestacionais, como é o caso do mandado de injunção ou mesmo da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e, em determinados casos, o Mandado de Segurança.

Canotilho, ao referir-se ao princípio democrático, traz o conceito de democracia econômica e social para apontar à imposição constitucional dirigida ao legislativo e ao executivo para o desenvolvimento de uma atuação econômica e social conformadora e transformadora das estruturas socioeconômicas como requisito para evolução para uma sociedade democrática. Na visão de Canotilho, trata-se de um mandato constitucional juridicamente vinculativo que suprime a discricionariedade do Poder Público quanto à possibilidade de concretizar direitos

⁸² CANOTILHO, Joaquim, José Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª Ed. Coimbra: Almedina, 1993, pág.: 666;

⁸³ CANOTILHO, Joaquim, José Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª Ed. Coimbra: Almedina, 1993, pág.: 667;

sociais, reduzindo o espaço de sua discricionariedade apenas ao modo de sua concretização à partir de sua capacidade orçamentária.⁸⁴

Assim, nos firmamos na compreensão da eficácia imediata dos direitos sociais prestacionais como exigência constitucional dirigida ao Poder Público à sua pronta efetividade, surgindo a pretensão do particular à sua satisfação judicial em caso de resistência estatal em decorrência de sua inação.

2.3 Efeitos da CPDP Diretamente às Relações de Direito Privado

Outro aspecto de grande relevo é determinar se os direitos reconhecidos na CDPD, já consolidados no bloco de constitucionalidade, podem ser diretamente exigíveis às relações de Direito Privado.

A relevância da discussão reside no fato de que, no Brasil, a maior parte das discussões judiciais envolvendo prestações em relação às pessoas com deficiência e com TEA envolvem entidades não estatais que estão sob a égide do Direito Privado, nomeadamente o Direito do Consumidor.

Os argumentos defendidos pelos agentes privados, mesmo quando da realização de serviços públicos por concessão estatal, costumam valer-se dos limites contratuais e demais normas de Direito Privado, usualmente reiterando a ausência de obrigação legal para custeio de prestações de direitos fundamentais, no caso em questão, custeio das adaptações razoáveis no âmbito da educação inclusiva.

É neste contexto que a relação entre os direitos fundamentais e o Direito Privado serve de norte para validar o argumento de que a pretensão relativa a um determinado nível de satisfação do direito prestacional pode fundamentar-se diretamente nas normas constitucionais, ainda que não exista expressa disposição legislativa que o dê suporte direto.

Acerca dessa temática, Ingo Sarlet⁸⁵ refere a relação dinâmica e dialética de influência recíproca existente entre a Constituição, nomeadamente

⁸⁴ CANOTILHO, Joaquim, José Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª Ed. Coimbra: Almedina, 1993, pág. 468;

⁸⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **Neoconstitucionalismo e Influência dos direitos fundamentais no Direito Privado: Algumas notas sobre a evolução brasileira**. In. Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. 3ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, pág.: 19;

o catálogo de direitos fundamentais, e o Direito Privado. Podendo-se disso, extrair duas visões, a do Direito Privado na Constituição e a Constituição no Direito Privado.

No desenvolvimento de suas razões, Sarlet⁸⁶ reitera que a eficácia da Constituição sob o Direito Privado se consubstancia na imperiosa necessidade de interpretação das normas de Direito Privado conforme a Constituição, ou seja, deve ser levado em conta a incidência da Constituição na relação entre sujeitos privados (Constituição no Direito Privado).

Do ponto de vista do Direito Privado na Constituição, prossegue Sarlet⁸⁷ reiterando a existência de institutos do Direito Privado inseridos no texto constitucional. Quando isso acontece, o instituto deixa de ter natureza exclusivamente privada para assumir, igualmente, contorno de direito constitucional, de sorte que há uma diminuição no campo da autonomia da vontade das instituições privadas em contraponto a um alargamento dos princípios constitucionais estruturantes, nomeadamente a dignidade da pessoa humana e a isonomia.

Nesse contexto, o direito de propriedade, ainda que seja instituto do Direito Privado, tem sua legitimidade constitucional atrelado ao exercício de uma função social. Da mesma forma, o indivíduo que se dedique à atividade econômica na área da educação tem, a nosso sentir, sua autonomia da vontade delimitada pelos valores que informam o direito à educação inclusiva.

Neste mesmo sentido, Karl Larenz⁸⁸ refere que a interpretação conforme a Constituição é requisito de validade de qualquer construção normativa e, portanto, elemento central da interpretação e aplicação do Direito e disto decorre a necessária observância dos princípios ético-jurídicos constantes do texto constitucional, dentre os quais o catálogo de direitos fundamentais com prevalência para a dignidade da pessoa humana.

⁸⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **Neoconstitucionalismo e Influência dos direitos fundamentais no Direito Privado: Algumas notas sobre a evolução brasileira.** In. Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. 3ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, pág.: 20;

⁸⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **Neoconstitucionalismo e Influência dos direitos fundamentais no Direito Privado: Algumas notas sobre a evolução brasileira.** In. Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. 3ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, pág.: 20;

⁸⁸ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito.** 8ª Ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2019, pág.: 479;

No cenário em que se analisa a eficácia das normas constitucionais no Direito Privado, outro ponto em realce é a crescente incapacidade do Estado em manter níveis de satisfação, o que Sarlet chamou de déficit de proteção e regulação, justamente em um ambiente marcado pelo aumento das exigências relativas a direitos sociais e que leva o Estado a privatizar, em grande medida, serviços públicos, nomeadamente serviços como a educação.⁸⁹

Essa terceirização de tarefas estatais ao particular, notadamente um agente econômico, costuma colocar em colisão duas perspectivas normalmente antagônicas em torno da prestação de serviços públicos. De um lado a exigência do particular de fruir do serviço na maior medida possível de forma alcançar os mais elevados níveis de desenvolvimento humano e social e, de outro lado, a justa expectativa de lucro que é o motor de qualquer economia e interesse maior do empresário.

A solução usualmente adotada em países que costumam legar ao particular a realização lucrativa de tarefas estatais costuma ser a adoção de mecanismos de controle e regulação por meio de agências.

Entretanto, essa prática tem maior fragilidade em países com menor capacidade de conter os avanços de grandes grupos empresariais, na medida em que se torna vulnerável ao fenômeno da captura do órgão regulador pelos agentes econômicos, o que suprime a capacidade regulatória do Estado e precariza os índices de satisfação dos serviços públicos.

Neste contexto, impõe-se a reflexão de Sarlet⁹⁰ no sentido de que, sobretudo em países periféricos, a ameaça aos direitos fundamentais é uma constante nas relações privadas e que tal ameaça, e conseqüente necessidade de proteção, se estende também aos direitos sociais dada sua íntima conexão teleológica com a concretização e desenvolvimento da dignidade da pessoa humana.

⁸⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Neoconstitucionalismo e Influência dos direitos fundamentais no Direito Privado: Algumas notas sobre a evolução brasileira.** In. Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. 3ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, pág.: 20;

⁹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **Neoconstitucionalismo e Influência dos direitos fundamentais no Direito Privado: Algumas notas sobre a evolução brasileira.** In. Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. 3ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, pág.: 21;

Sobre a irradiação e eficácia dos direitos fundamentais no Direito Privado, Claus-Wilhelm Canaris⁹¹, em alusão à Constituição alemã, refere que sua constatação decorre da redação do art. 1º, nº 3 que prevê que as normas de direitos fundamentais vinculam a legislação, o poder executivo e a jurisdição como direito imediatamente vigente. Com base na dicção do dispositivo constitucional, o professor alemão asseverou que uma simples interpretação gramatical é suficiente para compreender que a expressão legislação inclui tanto a legislação de direito público, quanto de Direito Privado.

A redação da Constituição brasileira guarda similitudes com o texto alemão, na medida em que o seu art. 5º, § 1º prescreve expressamente que os direitos fundamentais têm aplicação imediata. Some-se a isto o fato de o art. 1º, ao dispor sobre os fundamentos do Estado, mencionar expressamente a cidadania e a dignidade da pessoa humana, bem como o art. 3º, que trata dos objetivos, indicar a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, como também a promoção do bem comum sem qualquer forma de discriminação.

A nosso sentir, o comando do art. 5º, § 1º que indica a eficácia imediata, bem como os objetivos e fundamentos do Estado brasileiro, servem de suporte hermenêutico para consagrar a irradiação direta e automática dos direitos fundamentais, neles compreendidos os sociais, sobre o Direito Privado.

Na realidade constitucional portuguesa, o art. 18, nº 1 dispõe sobre a eficácia direta e vinculação às entidades públicas e privadas dos direitos fundamentais, liberdades e garantias. Muito embora o texto constitucional não adote expressamente o termo *direitos sociais* comungamos da opinião de Catarina Santos Botelho⁹² para quem os direitos sociais também são

⁹¹ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Trad. Ingo W. Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003, pág.: 22;

⁹² Cfr.: “Uma leitura atenta da nossa Constituição deixa claro que o legislador constituinte não especificou qual a força jurídica a atribuir às normas relativas aos direitos sociais, ao invés do que está previsto para os direitos, liberdades e garantias e para aos direitos fundamentais de natureza análoga, nos arts. 17.º e 18.º da CRP. No entanto, deste aparente silêncio não podemos retirar, pura e simplesmente e num raciocínio a contrário sensu, que os direitos sociais não são diretamente aplicáveis, não vinculam entidades públicas e privadas e que as suas restrições não estão sujeitas a apertados requisitos constitucionais (71). Quanto a nós, haverá sempre um certo “grau” — limitado — de aplicabilidade direta das normas relativas a direitos sociais. No entanto, esta asserção resulta de uma interpretação relacional dos direitos fundamentais e do princípio da unidade da Constituição, e não propriamente da aplicação automática do art. 18.º aos direitos sociais.” BOTELHO, Catarina Santos. **OS DIREITOS SOCIAIS NUM CONTEXTO DE AUSTERIDADE: UM ELOGIO FÚNEBRE AO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL?** *In*. Revista da Ordem dos Advogados, Vol. I/II, 2015, pág.: 259-294(277);

diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas. Refere a autora que os direitos sociais possuem um grau de aplicabilidade que decorre de uma interpretação relacional dos direitos fundamentais e do princípio da unidade da Constituição e não da aplicação automática do art. 18º.

Para além da eficácia imediata, Canaris⁹³ refere que as normas de Direito Privado servem como imperativos de tutela dos direitos fundamentais, na medida em que podem assumir uma natureza dúplice, de forma que podem implicar em intervenções nos direitos fundamentais e ainda garantias de proteção.

Com isso tem-se que o legislador tanto atua no sentido de garantir a efetividade dos direitos fundamentais, nomeadamente os sociais, quanto no estabelecimento de impor demarcações em determinados contextos e relações de direito privado, esta última atuação sempre devidamente justificada.

No caso que nos interessa, é certo que a lei nº 12.764/2012, ao dispor sobre a obrigatoriedade de existência de um profissional como acompanhante especializado no âmbito escolar, à medida que representa uma proteção ao direito do TEA à fruição do acesso à educação, igualmente representa uma afetação à autonomia privada da instituição de ensino em determinar o seu público-alvo e os níveis de atenção que pretende dispensar a uma determinada necessidade especial.

Veja-se que toda concretização de um direito fundamental implica em sua conformação com os limites de outro direito fundamental. Se essa realidade é mais visível quando se trata de liberdades públicas, igualmente se trata de uma constatação válida aos direitos sociais que ora implicam em limitações de liberdades de terceiros, ora em limitações a outros direitos sociais de terceiros por razões orçamentárias.

Assim, em relação à disposição do texto constitucional acerca da eficácia imediata dos direitos fundamentais e também dos objetivos e fundamentos do Estado, nos parece factível uma compreensão de que a obrigatoriedade de prestações à educação inclusiva das pessoas com TEA é um conteúdo obrigatório do ordenamento jurídico que decorre da compreensão no sentido de que o legislador apenas o declara, já que sua existência decorre

⁹³ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Trad. Ingo W. Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003, pág.: 34;

diretamente do bloco de constitucionalidade, sobretudo no que concerne às relações de Direito Privado.

2.4 Direitos Fundamentais e Justiça Social

Sob a perspectiva do Estado Social Democrático de Direito, os direitos fundamentais, seja sob uma concepção formal, seja sob um viés material, estão intrinsecamente ligados à ideia de justiça social, na concepção de equidade desenvolvida por Rawls.⁹⁴

Seja no sentido das liberdades públicas, seja na exigência de concretização de direitos sociais, a orientação teleológica dos direitos fundamentais à dignidade da pessoa humana orienta a uma construção social de cidadania igualitária e inclusiva, de forma que todos os grupos e atores sociais são, na mesma medida, titulares dos ativos sociais.

Ao falarmos de justiça social, nos referimos à exigência de garantias de que todos os atores sociais, sobretudo aqueles mais vulneráveis, possam igualmente acessar os ativos e oportunidades sociais e os mecanismos de desenvolvimento pessoal.⁹⁵

Da simples existência de um catálogo de direitos sociais não decorre, necessariamente, uma garantia forte de distribuição dos ativos sociais, impera a existência de mecanismos de controle, a sua efetiva realização pelos agentes executivos e à sua concretização pelos definidores das políticas públicas, como mecanismo de compartilhamento de oportunidades, de forma a florescer a justiça social.

Especificamente no que se refere à educação no contexto do desenvolvimento e inclusão das pessoas com deficiência, sua concretização decorre, simplesmente, da exigência de igual participação destes atores na vida social e política.

⁹⁴ RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Trad. Almiro Piseta e Lenita Maria Rímoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002;

⁹⁵ Neste sentido, Rawls refere que uma sociedade é considerada justa quando as liberdades decorrentes de uma cidadania igualitária são tidas por invioláveis. RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Trad. Almiro Piseta e Lenita Maria Rímoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002pág.: 4;

O professor estadunidense expressamente refere que o seu conceito de justiça está atrelado à justiça social que, na sua visão, significa a forma como as instituições que constituem a estrutura social distribuem direitos e deveres fundamentais, determinando a divisão das vantagens provenientes da cooperação social, consubstanciando um modelo de justiça como equidade.⁹⁶

Igualmente, André Franco Montoro⁹⁷ discorre sobre concepções de justiça tomando como parâmetro o dever de isonomia e justiça social, do qual se extrai a exigência da justa repartição dos ativos sociais, isto é, o acesso aos direitos fundamentais.

Nesse particular, a distinção entre as modalidades de justiça apresentadas por Montoro, reside justamente em diferenciar quem é o sujeito titular do direito subjetivo em causa e sob qual critério de igualdade esse ativo jurídico é devido. Importante destacar, entretanto, que seja sob qual prisma se observe o mencionado conceito de justiça, deve-se levar em conta a dignidade da pessoa humana que é um valor que subjaz a noção de justiça. Adiante, de forma breve, discorreremos sobre como Montoro desenvolveu essas ideias.

Apesar de se compreender como justiça comutativa aquela que se orienta a determinar que é devido a um particular⁹⁸, em suas relações privadas, firmadas sob a égide da autonomia privada, não se pode reduzir sua amplitude apenas a uma relação de total submissão às disposições contratuais. Refere Montoro que, mesmo sob à luz das relações privadas e eminentemente contratuais, impõem-se a observância de deveres de respeito à vida e à dignidade de cada homem.

Diversamente da justiça distributiva que cuida da justa distribuição dos bens comuns, a justiça comutativa se orienta a regular a forma como cada pessoa poderá aceder a um direito que já lhe é próprio, a algo que o sistema já reconhece como sendo seu.

⁹⁶ RAWLS, John. RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Trad. Almiro Piseta e Lenita Maria Rímoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002, pág.: 7;

⁹⁷ MONTORO, André Franco. **Introdução à Ciência do Direito**. 28ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, pág.: 166-167;

⁹⁸ Cfr.: “Por “particular” devem entender-se, também, as instituições privadas: associações, sociedades comerciais ou civis, fundações, e demais entidades incluídas na categoria geral de “pessoas jurídicas” de Direito Privado”. MONTORO, André Franco. **Introdução à Ciência do Direito**. 28ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, pág.: 190;

Ocorre que ambas as formas de justiça têm um ponto de conexão que reside no fato de que toda pessoa é titular de direitos de personalidade, dos quais já é titular por direito próprio, sem que haja imperativos de distribuição de bens comuns.

Neste particular, pode-se argumentar, como faz Montoro⁹⁹, que mesmo sob a égide de uma concepção comutativa de justiça, impõe-se o dever de promoção da dignidade da pessoa humana.

Montoro¹⁰⁰ reforça que o parâmetro de definição de Justiça é a igualdade e reitera que, mesmo na modalidade comutativa, a igualdade não pode ser compreendida como a igualdade formal dos pensadores modernos, mas deve ser concebida sob o fundamento da igualdade fundamental de todos os homens como decorrência de uma *equivalência real*¹⁰¹ entre as pessoas que se impõe, diante da autonomia da vontade das partes.

Passa Montoro¹⁰² a dispor sobre a justiça distributiva como critério de distribuição dos ativos sociais entre a comunidade e seus membros. Nesse sentido, o “devido” consiste em assegurar aos membros da coletividade uma equitativa participação no bem comum”, sob um critério de igualdade proporcional ou relativa, mas não absoluta ou simples.

Diferentemente da justiça sob um viés comutativo, a justiça distributiva obedece a uma lógica de igualdade proporcional, de forma que a distribuição dos ativos sociais que se constituem nos bens públicos seja realizada segundo um critério que garanta a equitativa participação de todos no bem comum.

Sob a perspectiva distributiva da justiça, consoante aborda Montoro, todos os membros devem reunir o conjunto de condições sociais que lhes permitam ter uma vida plenamente humana e assegure a cada componente do

⁹⁹ MONTORO, André Franco. **Introdução à Ciência do Direito**. 28ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, pág.: 192-193;

¹⁰⁰ MONTORO, André Franco. **Introdução à Ciência do Direito**. 28ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, pág.: 202;

¹⁰¹ Cfr.: “As exigências de justiça são objetivas, fundam-se na igualdade fundamental dos homens e impõe deveres que não dependem de convenções ou contratos. Acima da vontade das partes, há uma equivalência real que deve ser respeitada. Na compra e venda, por exemplo, o “preço justo” não se confunde com o “preço convencional”, que, muitas vezes, pode decorrer do maior poder, habilidade ou força de uma das partes”. MONTORO, André Franco. **Introdução à Ciência do Direito**. 28ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, pág.: 202;

¹⁰² MONTORO, André Franco. **Introdução à Ciência do Direito**. 28ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, pág.: 216;

tecido social, a devida segurança e ordem, um estatuto jurídico e social e condições econômicas, sociais e intelectuais de desenvolvimento.¹⁰³

Arremata-se com a referência de Montoro¹⁰⁴ à justiça social que se notabiliza pelo fato de que a alteridade exigida se refere a relação entre as pessoas e a sociedade, esta última na posição de credora, e a exigência se refere à prestação que cada indivíduo deve dar à sociedade para a realização do bem comum.

Em linha com as dimensões de justiça que colhemos de Montoro, podemos asseverar que a negativa de direitos prestacionais em níveis suficientes para concretizar o desenvolvimento pessoal e humano representa uma desnaturação da justiça sob os três aspectos apresentados pelo referido autor.

Esta percepção de desenvolvimento humano a partir da distribuição dos ativos sociais como índice de justiça é o elemento central da CDPD que, conforme se depreende de seu artigo 3º, tem como seus princípios gerais o respeito a dignidade inerente, a autonomia individual, a liberdade de fazer as próprias escolhas e a independência, bem como a plena e efetiva participação na sociedade.

Disto decorre, como disse Filipe Venade de Sousa¹⁰⁵, uma mudança de paradigma nas políticas públicas direcionadas às pessoas com deficiência, afastando-se o modelo de assistência social e de reabilitação para substituir por um modelo de participação na sociedade, em que compreende a pessoa com deficiência como sujeito de direitos e destinatários dos mesmos direitos e liberdades fundamentais que as demais pessoas do tecido social.

Como mencionamos acima, a CF/88 estabelece, dentre outros, como seus fundamentos e princípios a dignidade da pessoa humana e a construção de uma sociedade livre justa e solidária. Distó decorrem as lições de Bobbio¹⁰⁶ sobre a noção de justiça de uma determinada norma que se verifica pela

¹⁰³ MONTORO, André Franco. **Introdução à Ciência do Direito**. 28ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, pág.: 224-225;

¹⁰⁴ MONTORO, André Franco. **Introdução à Ciência do Direito**. 28ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, pág.: 258;

¹⁰⁵ SOUSA, Filipe Venade de. **Direitos Fundamentais das Pessoas com Deficiência e Jurisprudência Multinível**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2021, pág.: 12-13;

¹⁰⁶ BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral do Direito**. 3ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, pág.: 37;

correspondência entre essa referida norma e os valores que inspiram determinado sistema jurídico.

Bobbio¹⁰⁷ ainda refere que determinados ordenamentos podem conter valores supremos, objetivamente evidentes e, nestes casos, a determinação do índice de justiça de uma norma pode ser mensurada pela sua capacidade de realizar estes valores.

Necessário que se determine se as normas previstas na lei nº 13.156/15 e lei nº 12.764/12 concretizam plenamente os valores e objetivos previstos no texto constitucional em níveis de razoabilidade, orientando-se pela isonomia nos meios de concretização da dignidade da pessoa humana ou se precisam de eventuais medidas integrativas para preencher lacunas normativas.

2.5 Influência do Direito Internacional na Proteção dos Direitos da Pessoa com Deficiência: Pluralismo Constitucional

A proteção dos direitos fundamentais e a evolução do Estado Democrático de Direito para o Estado Democrático Social de Direito, aliado à intensa troca cultural e econômica potencializada pela globalização e revolução digital propiciou o surgimento de uma nova compreensão do constitucionalismo caracterizado não mais por uma compreensão fechada, hermética dos sistemas jurídicos, mas pela abertura a influências recíprocas e absorção de soluções, critérios e métodos de produção normativa, além de sistemas de fundamentação e reconhecimento normativo para além da constituição.

Marcelo Neves¹⁰⁸ refere ao transconstitucionalismo como a relação entre diferentes ordens jurídicas. Aponta o autor que a existência de uma pluralidade de sistemas jurídicos não implica em isolamento recíproco de soluções e regulamentação, mas em uma interpenetração de elementos através de um diálogo normativo.

Esse fenômeno ganha impulso com a globalização econômica e o desenvolvimento dos meios de comunicação que tornam perceptível a

¹⁰⁷ BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral do Direito**. 3ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, pág.: 38;

¹⁰⁸ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, pág.: 115-116;

universalidade de demandas relacionadas a uma série de exigências dos indivíduos, como é o caso dos direitos humanos.

Neste contexto, Maria Luísa Duarte¹⁰⁹ refere que os desafios e obstáculos à concretização de direitos humanos apresentam-se em decorrência de um problema global e transnacional e, abordando especificamente o direito da União Europeia, aponta para a importância de um modelo comunitário de tutela dos direitos fundamentais.

Sobre isso, Ana Maria Guerra Martins¹¹⁰ refere ao constitucionalismo multinível como o fenômeno de interação entre ordens jurídicas nacionais e outras ordens jurídicas.

Adotamos aqui o conceito de constitucionalismo multinível citado por Ana Maria Martins como sinônimo do transconstitucionalismo mencionado por Marcelo Neves e ainda na mesma ideia de pluralismo constitucional para referir justamente à abertura semântica dos sistemas jurídicos a uma relação de influência recíproca, não sob um viés de hierárquica, mas de troca de experiências e construção conjunta de soluções de acordo com as respectivas ambiências culturais.

Essa construção tanto pode se dar através de medidas de coordenação, através de formalização de Tratados Internacionais, como é o caso da CDPD em que, guiados por um organismo internacional, como é o caso da ONU, os países convergem sua legislação em torno dos compromissos internacionais firmados através de uma dada convenção. Como pode ser através de uma harmonização legislativa, como ocorre no âmbito das diretivas firmadas no âmbito da União Europeia, ou simplesmente pela influência que Tribunais de diferentes Estados e Jurisdições exercem reciprocamente entre si quando servem de inspiração para interpretação de institutos comuns aos diversos ordenamentos jurídicos.

Neste sentido, Marcelo Neves diz que decorre do transconstitucionalismo uma fertilização cruzada dos ordenamentos jurídicos, através da influência que Tribunais de diferentes Estados exercem uns sobre os

¹⁰⁹ DUARTE, Maria Luísa. **União Europeia e Direitos Fundamentais – No Espaço da Internormatividade**. Lisboa: AAFDL, 2013, pág.: 25-26;

¹¹⁰ MARTINS, Ana Maria Guerra. **Manual de Direito da União Europeia**. 2ª Ed. Coimbra: Almedina, 2019, pág.: 40;

outros, citando suas decisões, não como um precedente, mas como uma persuasão para justificar a viabilidade de uma determinada interpretação.¹¹¹

Essa visão apresentada por Neves representa um diálogo suave entre Cortes que não tem qualquer efeito vinculante entre si, tampouco qualquer posição hierárquica, servindo mesmo como fonte de inspiração na busca pela melhor solução de problemas comuns.

Diferentemente é o caso do TJUE que tem o escopo de garantir a efetividade das liberdades fundamentais sob as quais foi constituída a União Europeia e tem posição vinculante sobre os Estados membros, realidade que os países do Mercosul, como é o caso do Brasil, não conhecem.

Ainda assim, o Brasil é signatário de diversos Tratados Internacionais, nomeadamente sobre direitos humanos, como é o caso da própria CDPD, como também da Convenção Americana de Direitos Humanos¹¹² (Pacto de São José), pelo que se submete à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos – CIDH.

Ao submeter-se à jurisdição da CIDH, o Estado Brasileiro reconhece o cumprimento das normas internacionais de proteção dos direitos humanos e a adequação de seu sistema jurídico para este fim.

Especificamente no caso da CDPD, muito embora a referida Convenção não preveja a criação de um tribunal, o seu Protocolo Facultativo ratificado pelo Brasil e por Portugal, estabelece a criação de um Comitê com a finalidade de estabelecer o controle da efetivação das políticas públicas relacionadas à Convenção, a emissão de observações e recomendações aos Estados-parte, oferecendo orientações para melhorar a implementação da CDPD e investiga alegação de violações graves dos direitos das pessoas com deficiência, podendo receber e investigar denúncias dos Estados-parte ou de indivíduos e grupos.

Neste sentido, a proteção multinível de direitos humanos pode se dar em diversos aspectos, mas representa, em síntese, a existência de esferas de tutela dos direitos fundamentais, para além do constitucionalismo estatal e o

¹¹¹ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, pág.: 119;

¹¹² BRASIL. Decreto Legislativo nº 678/1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Publicado no Diário Oficial em 09.11.1992;

reconhecimento do compromisso dos Estados, no âmbito da comunidade global, com a máxima efetividade de proteção dos indivíduos.

No que concerne especificamente ao Portador de TEA, essas considerações são de extremo relevo na medida em que a tutela de seus direitos pode representar o acesso a órgãos de contencioso internacional, como é o caso da CIDH, respeitadas as regras de acesso à referida corte, ou mesmo de demonstração perante a estrutura do Poder Judiciário brasileiro, de como outros Tribunais enfrentam questões correlatas, como reforço argumentativo.

Sobre esse diálogo entre os Tribunais, Luiz Alberto Almeida Presotto¹¹³, abordou a influência da CDIH na jurisprudência do STF e como o Tribunal brasileiro tem encampado os entendimentos da Corte Internacional em suas decisões e com isto tem provocado um incremento na proteção dos direitos humanos, reafirmando a validade e eficácia dos direitos reconhecidos internacionalmente.

O próprio CNJ¹¹⁴, em sua 61ª Sessão Extraordinária, expressamente recomendou que todas as instâncias do Judiciário brasileiro sigam a jurisprudência da CDIH e ainda sigam os tratados e convenções sobre direitos humanos do qual o Brasil seja signatário, o que, para nós, é uma clara demonstração de proteção multinível dos direitos humanos e o reconhecimento pelo Judiciário da necessidade de afirmação normativa dos compromissos internacionais firmados pelo Brasil.

Disto decorre a importância da existência de um aparato normativo internacional voltado à proteção dos direitos das pessoas com deficiência, como é o caso da CDPD e o reconhecimento de sua aplicabilidade aos portadores de TEA.

¹¹³ PRESOTTO, Luiz Alberto Almeida. **O Diálogo entre a Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Supremo Tribunal Federal no Domínio dos Direitos Fundamentais**. In. *Proteção Multinível dos Direitos Fundamentais. Estudos sobre Diálogo Judicial*. Lisboa: AAFDL, 2019, pág. 91-141;

¹¹⁴ Disponível em <https://www.cnj.jus.br/cnj-recomenda-a-tribunais-seguir-decisoes-da-corte-interamericana-de-direitos-humanos/>. Último acesso em 25.02.2025;

3 DIREITO À EDUCAÇÃO INCLUSIVA COMO DIREITO FUNDAMENTAL RECONHECIDO PELO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

3.1 Qualificação Jurídica da Pessoa com Espectro Autista como Pessoa com Deficiência no Direito Brasileiro

Nossa pesquisa busca determinar o grau de efetividade de proteção constitucional do serviço de educação para as pessoas com Transtorno do Espectro Autista (TEA).

Nesse sentido, muito embora seja o Brasil signatário da CDPD e apresente um repertório legislativo sobre o assunto, ainda se verifica uma forte busca ao Judiciário com a finalidade de concretização do direito à educação inclusiva para os autistas, o que significa um baixo índice de efetividade do direito em questão.

Aspecto determinante para nossa investigação, portanto, reside na determinação do repertório normativo disponível para construção da proteção jurídica, nomeadamente no que se refere ao direito à educação, desde o nível constitucional, até o nível dos tratados internacionais e ao nível da legislação doméstica sobre a matéria.

A despeito de qualquer polêmica terminológica sobre a matéria, ainda que de cunho ideológico, o fato é que a legislação brasileira trata o autismo como uma deficiência e a ele estende todas as prerrogativas legais e direitos sociais atribuídos a este grupo social.

Questão recorrente é saber se a pessoa com TEA é caracterizada como pessoa com deficiência. Antes de tudo, é importante referir que a deficiência da lei não pode ser confundida com a definição técnico-científica de deficiência.

Então, antes de avançarmos em nossa investigação é preciso traçar, desde já, uma premissa fundamental que norteará o trabalho. Há, já de algum tempo, um intenso debate no domínio das ciências da saúde acerca da categoria à qual pertence o TEA.

Não desconhecemos estudos no âmbito da psicologia como os de Edgar de Gonçalves Pereira¹¹⁵ e Francisco Ortega¹¹⁶ que tratam, cada um sob o seu fundamento, das concepções de autismo como deficiência mental, decorrentes de disfunções cognitivas e patologias cerebrais, neurodiversidade e distinção de níveis de rendimento intelectual para diversos estágios do TEA, respectivamente.

Ortega chega a referir à divergência entre a corrente que enxerga o autismo como uma neurodiversidade (anticura), e a outra em que os estudiosos entendem o TEA como uma deficiência (pró-cura).

À revelia das discussões travadas no âmbito de outras áreas do conhecimento, bem como entre as pessoas ligadas às pessoas com espectro autista sobre a utilização ou não do termo deficiente, o presente trabalho tem escopo centrado no aspecto jurídico e, como tal, deve ater-se aos elementos jurídico-normativos e, por essa razão, restringe-se a discussão no plano jurídico.

O TEA afeta o neurodesenvolvimento e, diferentemente de outras deficiências, não se restringe a uma única forma de comprometimento ou desabilidade, podendo apresentar-se sobre diversas formas de afetação.¹¹⁷

Muitas são as formas de comprometimento em decorrência do autismo e suas apresentações mais frequentes vão desde dificuldades na fala, na interação social até fragilidades de reciprocidade social e emocional.¹¹⁸

A identificação do TEA como uma questão que demanda uma resposta estatal é relativamente recente e a ausência de enquadramento deste grupo em uma categoria jurídica dificultava seu reconhecimento, não apenas como sujeitos de direitos, mas também como credores de prestações inerentes à justiça distributiva, aumentando o abismo social entre essa parcela e o restante do tecido social.

¹¹⁵ PEREIRA, Edgar de Gonçalves. **Autismo: do Conceito à Pessoa**. Lisboa: Secretariado Nacional de Reabilitação, 1996, pág.: 5;

¹¹⁶ ORTEGA, Francisco. **Deficiência, Autismo e Neurodiversidade**. Rio de Janeiro: Revista da Associação Brasileira de Saúde Coletiva, 14 (1), 2009, pág.: 67-77(75);

¹¹⁷ GADIA, Carlos; CASTRO, Camila; RIESGO, Rudimar. **Transtorno do Espectro do Autismo uma Breve Visão Neurológica**. In. Autismo: Legislação, Jurisprudência e Políticas Públicas. Coord. Marlla Mendes de Souza. Brasília: OAB nacional, 2021, pág.: 51;

¹¹⁸ BRITO, Anita. **Interação entre Genética e Fatores Ambientais no TEA**. In. Autismo: Legislação, Jurisprudência e Políticas Públicas. Coord. Marlla Mendes de Souza. Brasília: OAB editora, 2021, pág.: 01;

Por isso, o desenvolvimento dos direitos da pessoa inserida no TEA deve ser conduzido em linha com os princípios estruturantes do Estado Democrático de Direito e todos os valores sociais reconhecidos pela ordem jurídica, como é o caso da cidadania, da igualdade, da liberdade, da democracia e da inclusão social, todos inerentes ao desenvolvimento do homem.

O contexto internacional, sobretudo das declarações de direitos, tem forte influência e relevante papel no impulso legislativo à concretização de direitos humanos e, no que pertine ao nosso tema, aos direitos das pessoas com deficiência, dentre elas o TEA.

Apesar da relevância da DUDH, a criação de um ambiente jurídico protetivo das pessoas com deficiência sempre foi recalcitrante e só experimentou um maior desenvolvimento com a CDPD e sua adesão pela comunidade internacional, inclusive o Brasil.

A Declaração dos Direitos Humanos e a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência pavimentaram o caminho para o desenvolvimento legislativo que permitiu a criação de direitos relativos ao desenvolvimento e à inclusão dos representantes dessa parcela social.

Especificamente no que tange ao portador de TEA, a lei nº 12.764/2012 expressamente considera tais indivíduos como pessoa portadora de deficiência e, por essa razão, atentos aos limites e objetivos do presente trabalho, devemos tomar esta disposição como pressuposto dogmático e a partir dela construir nosso desenvolvimento.¹¹⁹

Nos termos da lei nº 12.764/12 qualquer pessoa com TEA está juridicamente equiparada às pessoas com deficiência, de forma que é

¹¹⁹ BRASIL. Presidência da República. Lei 12.764, de 27 de dezembro de 2012. Dispõe sobre a Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2012/lei/l12764.htm. – Acesso em 02.08.2022;

§ 1º Para os efeitos desta Lei, é considerada pessoa com transtorno do espectro autista aquela portadora de síndrome clínica caracterizada na forma dos seguintes incisos I ou II:

I - Deficiência persistente e clinicamente significativa da comunicação e da interação sociais, manifestada por deficiência marcada de comunicação verbal e não verbal usada para interação social; ausência de reciprocidade social; falência em desenvolver e manter relações apropriadas ao seu nível de desenvolvimento;

II - Padrões restritivos e repetitivos de comportamentos, interesses e atividades, manifestados por comportamentos motores ou verbais estereotipados ou por comportamentos sensoriais incomuns; excessiva aderência a rotinas e padrões de comportamento ritualizados; interesses restritos e fixos.

§ 2º A pessoa com transtorno do espectro autista é considerada pessoa com deficiência, para todos os efeitos legais;

decorrência lógica desta constatação o fato de que todo TEA, no Brasil, será titular dos mesmos direitos atribuídos às pessoas com deficiência.

Como dito acima, é bastante comum, sobretudo fora do ambiente jurídico, uma tentativa de recategorização da pessoa com TEA, deslocando-o do conceito de deficiente para uma perspectiva de neurodivergência, a nosso sentir, o que traduz uma ideia de simples pluralidade. Todavia, esta discussão traz imensas consequências lógico-jurídicas. Ao menos no foro das discussões jurídicas, uma cautela na utilização de tais termos precisa ser adotada.

A nosso sentir, não se trata de uma simples escolha de palavras com reflexos psicológicos, na centralidade da pessoa ou do transtorno, mas propriamente na qualificação jurídica do fenômeno que, seguramente, transporta a distintas formas de solução exigíveis do Estado.

Assim, fincamos nossa premissa a partir da qualificação jurídica estabelecida pela lei nº 12.764/12, no sentido de que todas as pessoas portadoras de TEA, à revelia de sua apresentação e grau de afetação, são pessoas com deficiência, titulares dos mesmos compromissos normativos firmados pelo Estado brasileiro, orientados à concretização dos direitos fundamentais das pessoas com deficiência, em uma perspectiva distributiva.

Assim, todo o nosso desenvolvimento é conduzido pela relação entre a lei nº 12.764/2012 e a lei nº 13.146/2015 e a interpretação conjunta destes instrumentos normativos com os dispositivos da Constituição e da CDPD.

3.2 Direito à Educação da Pessoa com Deficiência

A Constituição Brasileira consagra, já em seu art. 6º, o direito à educação, reconhecendo sua fundamentalidade, de forma que a concretização desse direito passa a ser concebida como uma demanda com a qual se compromete a estrutura estatal.

O referido compromisso é reiterado no texto constitucional pelo art. 23 que, ao dispor sobre as competências materiais dos entes federativos, estabelece competência comum as ações orientadas à promoção da cultura, educação, ciência, inovação. Também, o art. 30 determina a competência dos Municípios para manter, ainda que em cooperação técnica com Estados e União, programas de educação infantil e ensino fundamental.

Por fim, no título da Ordem Social, a CF/88 estabelece em seu art. 205 que a educação é direito de todos e dever do Estado e da família, que será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade.

Disto já decorre a centralidade que o direito à educação assume no texto constitucional, reconhecendo a importância do desenvolvimento humano como elemento nuclear do Estado Social de Direito, enquanto requisito indispensável para a realização da dignidade da pessoa humana.

Outro aspecto importante é que o direito à educação se posiciona entre os ativos comuns da sociedade, como um direito partilhado por todos os atores sociais que deve ser realizado pelos esforços estatais, segundo um critério de isonomia distributiva.

Para além disso, o texto constitucional dispõe sobre uma série de comandos direcionados ao portador de deficiência, inclusive no âmbito da educação.

No art. 24, ao tratar da competência legislativa concorrente, a CF/88 estabelece que todos os entes devem criar leis sobre proteção e integração social das pessoas com deficiência.

Já aqui se verifica um pré-compromisso assumido pelo constituinte com as pessoas com deficiência, no sentido de garantir a integração social e as medidas de desenvolvimento humano e de proteção. O que nos leva à constatação de que tais normas se orientam a garantir a máxima independência e habilitar a pessoa com deficiência a uma vida plena e capaz até mesmo de contribuir com os objetivos estatais.

O art. 208, no título da Ordem Social, ao dispor sobre direito à educação, aponta para atendimento educacional especializado, preferencialmente na rede regular de ensino.

Esse artigo é a arena onde se travam os embates jurídicos sobre a resposta constitucional ao direito à educação da pessoa com deficiência, na medida em que fala em atendimento especializado e que não precisaria ser necessariamente na rede regular de ensino, mas apenas preferencialmente.

Uma interpretação açodada e isolada deste comando constitucional poderia resultar na conclusão de que a Constituição brasileira permitiria a adoção de um modelo de ensino segregador, retirando a pessoa com deficiência do convívio social integrado sob o pretexto de alocação em uma rede especializada

e própria de ensino. Entretanto, esta não é a adesão da Constituição, que adota a obrigatoriedade de um modelo integrado de ensino. Esse posicionamento ficou claro após a adesão à CDPD, que expressamente determina a utilização do modelo inclusivo de educação em seu art. 24.

Por fim, o art. 7º da CF/88, ao dispor sobre os direitos dos trabalhadores, expressamente, proíbe qualquer discriminação no que se refere a admissão e salário das pessoas com deficiência.

Ocorre que a efetividade da referida norma está condicionada justamente à concretização das referidas normas anteriores, na medida que sem o devido acesso à educação e políticas de desenvolvimento, pessoas com deficiência, por óbvio, não lograrão obter o nível de instrução e desenvolvimento pessoal suficiente para livremente concorrer no mercado de trabalho.

Tem-se, assim, que as normas constitucionais que preveem o direito à educação, nomeadamente das pessoas com deficiência, por se tratar de normas de direitos fundamentais, têm eficácia reforçada e disto decorre sua capacidade de constituir direitos plenamente realizáveis por parte de seus titulares.

Uma primeira característica da eficácia reforçada das normas constitucionais sobre direitos fundamentais é a aplicabilidade direta. Isso quer dizer que a eventual impossibilidade de sua operacionalização, decorrente de ausência de manifestação do legislativo, implica em mora do Estado na satisfação do crédito do particular que passa a ter o direito de socorrer-se dos mecanismos de controle e integração previstos no âmbito do Poder Judiciário.¹²⁰

A segunda característica é a vinculação das entidades públicas e privadas que decorre, como dito linhas atrás, de uma concepção de supremacia dos direitos fundamentais que deve nortear a ação de todo e qualquer sujeito de direito.¹²¹

Prosseguindo com as explicações de Paulo Otero sobre a eficácia reforçada das normas de direitos fundamentais, a terceira característica é a da máxima efetividade interpretativa, disto decorre que as normas jurídicas devem

¹²⁰ OTERO, Paulo. **Instituições Políticas e Constitucionais**. Vol. 1. Coimbra: Almedina, 2019, pág.: 590 - 599;

¹²¹ OTERO, Paulo. **Instituições Políticas e Constitucionais**. Vol. 1. Coimbra: Almedina, 2019, pág.: 590 - 599;

sempre ser interpretadas à luz dos direitos fundamentais e, em caso de mais de uma interpretação possível, deve-se privilegiar aquela que dê maior efetividade aos direitos fundamentais.

Por fim, arremata Paulo Otero com a proibição de retrocesso como a quarta característica inerente à eficácia reforçada das normas de direitos fundamentais. Neste particular, o professor português distingue a proibição absoluta de retrocesso da proibição de retrocesso com arbitrariedade.

A primeira, veda, em absoluto, qualquer tipo de retrocesso relativo a direitos fundamentais diretamente ligados à inviolabilidade da vida humana e às condições mínimas inerentes à dignidade humana.

A segunda, a proibição de retrocesso por arbitrariedade¹²², pelo contrário, não veda o retrocesso em si mesmo, desde que não esteja em causa o retrocesso relativo a direitos ligados diretamente à vida e à promoção da dignidade humana. Nesse caso, o que se releva inconstitucional não é a proibição de retrocesso propriamente dita, mas a proibição do retrocesso com arbitrariedade, que, na visão do autor, significa uma redução da proteção de direitos sem que haja justificativas, causas ou necessidade de uma “marcha atrás”.

Sobre a proibição de retrocesso e sua aplicabilidade aos direitos sociais, deve-se referir às críticas de Jorge Reis Novais¹²³ que refere sua inutilidade em realidades constitucionais como Portugal e o Brasil em que o texto constitucional dispõe expressamente de um elenco de direitos sociais.

Refere o autor que a proibição de retrocesso surge na Alemanha, como uma teoria orientada à proteção dos direitos sociais consagrados pelo trabalho do legislador infraconstitucional, na medida em que a Constituição daquele país não previa expressamente sobre a existência dos referidos direitos. Segundo Novais, partia-se da ideia de que as realizações do Estado Social estariam protegidas contra retrocessos que afetassem seu conteúdo essencial sem a devida justificação.

¹²² OTERO, Paulo. **Instituições Políticas e Constitucionais**. Vol. 1. Coimbra: Almedina, 2019, pág.: 590 - 599;

¹²³ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais Enquanto Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pág.: 240 e segs.;

Na crítica de Novais, tratou-se de uma engenhosidade jurídica construída pela doutrina alemã para resolver o problema decorrente da ausência de previsão expressa dos direitos sociais na sua Constituição.

Novais aponta que o fato de Constituições como Brasil e Portugal disporem sobre direitos sociais como direitos fundamentais, atribui à referida categoria a mesma proteção material e formal, o que implica na inutilidade do referido princípio.

Sustenta que direitos sociais se submetem à realização gradual, conformada pelos limites orçamentários dos Estados e que suas prestações devem ser mensuradas em razão das disponibilidades financeiras, o que atrai a teoria da reserva do possível.

Neste sentido, segundo Novais, a proibição de retrocesso não se revela existente como um princípio constitucional autônomo, de forma que a atuação do legislador para afetar negativamente um direito social submete-se ao que chama de limites aos limites dos direitos fundamentais, ou seja, os limites próprios do Estado de Direito.

Como mencionado em tópico anterior, Novais refere que decorre de uma concepção unitária dos direitos fundamentais, dos quais os sociais são parte, a ideia de que tais direitos podem vir a sofrer restrições e delimitações sempre que justificadas em razão da necessidade de se adequar o contexto de possibilidades materiais para a obtenção de outro direito igualmente fundamental, legitimando-se a restrição pela necessidade de justificação e possibilidade de controle.

Vê-se, pois, que sob uma perspectiva da proibição de retrocesso, como refere Otero, o atingimento de um grau de satisfação de direitos sociais implicaria na sua cristalização no patrimônio jurídico de seus destinatários vedando sua regressão por parte do Estado. Já sob a ótica apontada por Novais, ainda que se possa admitir eventual restrição posterior, tal ação do legislador estaria condicionada à justificação decorrente da necessidade de readequação das forças materiais do Estado para proteção de outros direitos de mesma hierarquia.

Sobre estes aspectos tem-se que os direitos sociais gozam desta mesma eficácia reforçada e sua dimensão fundamental implica que sua aplicabilidade direta faz de todo cidadão, deficiente ou não, credor de níveis de

satisfação direcionados diretamente ao Estado ou ao particular quando investido da condição de prestador de serviços públicos.

Igualmente no ordenamento jurídico brasileiro as normas constitucionais que reiteram o dever do Estado à educação representam essencial vetor hermenêutico que direcionam a interpretação da legislação infraconstitucional para a construção do maior índice de efetividade possível, o que vai trazer efeitos concretos na definição de educação inclusiva prevista na lei nº 13.146/15.

Neste particular, a lei nº 13.146/15 densifica os comandos constitucionais, sobretudo no que se refere à educação, deixando claro a adoção pelo modelo inclusivo com a orientação ao alcance do máximo desenvolvimento possível de seus talentos e habilidades físicas, sensoriais, intelectuais e sociais.

Por certo que desenvolvimento de talentos e habilidades sociais exigem um modelo inclusivo que imponha à pessoa com deficiência o contato diário com o restante da comunidade, de forma que tanto a pessoa com deficiência tenha maior possibilidade de adaptação ao meio, quanto o restante da comunidade igualmente se acostume às exigências de adaptação e passe a ser credora de igual concretização desses direitos.

Outro aspecto de imenso relevo é o fato de que a lei nº 13.146/15, em seu papel densificador, ainda estabelece o dever de as instituições privadas de ensino tomarem medidas materiais necessárias à efetivação dos direitos nela previstos, sem a cobrança de mensalidades adicionais. O que claramente decorre de uma compreensão de eficácia horizontal de direitos fundamentais.

Desde 1996 que a Lei 9.394/96 (LDB) que estabelece as Diretrizes e Bases da Educação Nacional traz expressa disposição acerca do acesso à educação das pessoas com deficiência.

Já em seu art. 4º encontra-se previsto o dever do Estado em garantir o atendimento especializado e gratuito, preferencialmente na rede regular de ensino ao portador de deficiência e com transtornos globais de desenvolvimento.

Em seu art. 58, a LDB prevê como deve ser realizada a oferta de educação especial, dispondo especificamente sobre a presença de serviço de apoio especializado, quando necessário, bem como que o atendimento em classes e salas especializados será feito apenas de forma residual, apenas quando necessário.

Esse caráter especializado, no sentido de segregador, da educação à pessoa com deficiência, ainda que de natureza residual, da utilização de salas e classes especializadas, encontra-se superado pela lei nº 13.156/15 que dispõe sobre educação inclusiva, em linha com os parâmetros estabelecidos na CDPD. De forma que a melhor interpretação dada ao serviço especializado de educação à pessoa com deficiência é no sentido de que sua realização se dê de forma inclusiva, no mesmo ambiente e espaço educacional das pessoas sem deficiência.

A introdução de um modelo de educação inclusivo para as pessoas com deficiência é, a nosso sentir, uma exigência igualmente inerente ao princípio da solidariedade, estampado na CF/88 em seu artigo terceiro, como um de seus objetivos.

Da indicação da solidariedade como valor constitucional decorre a compreensão, inerente à justiça social, de que todos os indivíduos devem concorrer para materialização do bem comum. No que toca ao nosso objeto de estudo, concebe-se o direito à educação como uma demanda para o qual devem concorrer todos os atores estatais, tal qual prescrito no art. 205 da CF/88.

Márcio Diniz¹²⁴ refere sobre a relação de pertinencialidade entre o indivíduo, que assume o papel de cidadão, e a comunidade através da percepção da repercussão de seus atos e a assunção de responsabilidade coletiva pela construção social e desenvolvimento do outro.

Deste modo, toda a sociedade concorre com o Estado para a construção de uma ambiência educacional inclusiva e que forneça condições equitativas de acesso ao ambiente escolar, daí a impossibilidade de cobrança de mensalidades e taxas adicionais para o custeio de profissionais especializados que devem estar inseridos no orçamento geral das instituições de ensino.

O princípio da solidariedade tem forte influência na extensão dos direitos fundamentais, sobretudo os direitos sociais, servindo de vetor

¹²⁴ Cfr.: “O primeiro contato com a noção de solidariedade mostra uma relação de pertinência: as nossas ações sociais repercutem, positiva ou negativamente, em relação a todos os demais membros da Comunidade. A solidariedade implica, por outro lado, a coresponsabilidade, a compreensão da transcendência social das ações humanas, vem a ser, do co-existir e do con-viver comunitário.2 Percebe-se, aqui, igualmente, a sua inegável dimensão ética, em virtude do necessário reconhecimento mútuo de todos como pessoas, iguais em direitos e obrigações, que dá suporte a exigências recíprocas de ajuda ou sustento.” DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. **Estado Social e Princípio da Solidariedade**. In. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, Vitória, n. 3, jul./dez. 2008, pág.: 31-48(32);

hermenêutico para compreensão do seu alcance e de sua finalidade orientada à concretização da dignidade da pessoa humana, pelo que se deve compreendê-lo não apenas como uma orientação, mas como um elemento normativo da constituição, dotado de plena eficácia.¹²⁵

O princípio da solidariedade espraia-se por todo o ordenamento jurídico ecoando no título da Ordem Econômica, na medida em que a CF/88 determina, no art. 170, que a ordem econômica se fundamenta na valorização do trabalho como meio necessário à existência digna, nos termos da justiça social.

Disto decorre que é dever do Estado, com o concurso de todas as pessoas, a equitativa distribuição dos frutos do trabalho, bem como a criação de mecanismos de acesso universal ao mercado de trabalho e possibilidades de desenvolvimento.

Neste sentido, solidariedade e justiça social são como faces de uma mesma moeda, já que é através da primeira que se justifica a comunhão de esforços e a transferência de recursos, no sentido de prover o desenvolvimento de indivíduos com possibilidades mais escassas a desenvolver, ao menos potencialmente, as mesmas habilidades e níveis de desenvolvimento que as parcelas sociais detentoras de maiores recursos.¹²⁶

A nosso sentir, justiça social é igualmente subjacente à ideia de inclusão social, razão pela qual o Estado, ao dispor dos meios inerentes à prestação de serviços de educação especializada, deve garanti-la também sob a perspectiva da inclusão, de forma que o indivíduo com deficiência possa

¹²⁵ Neste sentido, Daniel Sarmiento. Cfr.: “Assim, é possível afirmar que quando a Constituição estabelece como um dos objetivos fundamentais da República brasileira “construir uma sociedade justa, livre e solidária”, ela não está apenas enunciando uma diretriz política desvestida de qualquer eficácia normativa. Pelo contrário, ela expressa um princípio jurídico, que, apesar de sua abertura e indeterminação semântica, é dotado de algum grau de eficácia imediata e que pode atuar, no mínimo, como vetor interpretativo da ordem jurídica como um todo.” SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, pág.: 295;

¹²⁶ Sobre o tema, confira-se José Antônio Remédio: “A justiça social é indissociável da ideia de solidariedade e ao princípio da solidariedade, na medida em que a solidariedade cria um vínculo mútuo entre o Estado, os detentores de riquezas e as pessoas ou grupos beneficiários da redistribuição dos bens sociais. Os direitos fundamentais, enquanto pautas que norteiam a atividade social, estão atrelados à justiça social, de um lado, vedando e inibindo a exclusão social e, de outro lado, estimulando e contribuindo para a inclusão social.” REMEDIO, José. **Os Direitos de Solidariedade, o Princípio da Solidariedade, a Solidariedade Social e a Filantropia como Instrumentos de Inclusão Social**. In. *Argumenta Journal Law*, n. 24, 2016, pág.: 251-279(262);

igualmente fazer parte da construção da coesão social inerente a qualquer comunidade organizada em torno de um Estado.

Pode-se argumentar que a educação inclusiva é uma exigência de cidadania, pois a presença de uma deficiência, seja física, cognitiva ou de qualquer natureza, não deve ser causa à exclusão da participação na vida cotidiana e na esfera de decisões políticas e econômicas de uma comunidade.

Incontestável, então, a relação intrínseca entre solidariedade e cidadania, ambos como meios de consolidação da dignidade da pessoa humana, tendo em vista a própria natureza do ser humano como um ser social que constrói seu desenvolvimento através do contato com seus semelhantes e, dada esta característica, é elemento central do desenvolvimento social.

A educação inclusiva proposta pela CDPD e cristalizada na legislação de regência no Direito brasileiro, encerra uma exigência de cidadania, na medida em que, ao inserir a pessoa com deficiência, desde o início, no mesmo ambiente social dos demais componentes da sociedade garante seu espaço na participação social e sua voz nas tomadas de decisão coletivas.

É preciso ter em foco que a cidadania é um dos objetivos da República, elencados logo no artigo 1º da Constituição e, tal qual a solidariedade, tem importante função axiomática e alta carga de efetividade ao longo de todo o ordenamento.

Tércio Sampaio Ferraz¹²⁷ ressalta como a Constituição constrói, desde o preâmbulo, a ideia de cidadania como um valor inerente à dignidade da pessoa humana, o que se verifica nas menções expressas à fraternidade, a vedação às discriminações, o que ressalta o viés de sociabilidade da dignidade da pessoa humana. Prossegue Ferraz no sentido de que o isolamento e o

¹²⁷ Cfr.: “Por meio dos valores enumerados no preâmbulo, deve-se entender, em suma, que a Constituição de 1988 tem uma exponencial preocupação em traçar o espaço da cidadania em termos de supremacia do valor síntese da dignidade humana. A forte insistência, não só na fraternidade, mas na proibição de discriminações de qualquer natureza, mostra que a dignidade humana é conjugação de liberdade como um princípio de sociabilidade. Afirma-se a capacidade humana de reger o próprio destino, expressando sua singularidade individual. Ao mesmo tempo nega-se o isolamento, pois afirma-se também o enraizamento social do homem, posto que sua dignidade repousa na pluralidade e no seu agir conjunto (Arendt, 1981:191): o homem como um ser distinto e singular entre iguais, base de cidadania.” JÚNIOR, **Tércio Sampaio Ferraz. Direito e Cidadania na Constituição Federal.** In. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. São Paulo: Procuradoria Geral do Estado, jan./dez., 1997, pág.: 11–27, disponível em <https://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista3/rev1.htm>, último acesso me 18.02.2025;

enraizamento social são opostos à dignidade que se afirma na pluralidade e na comunhão de ações.

Assim, o Estado Social Democrático de Direito é inerente à democracia participativa e à soberania popular obtidas através da tutela efetiva dos direitos fundamentais, com o compromisso estatal de proteção do cidadão através da construção e viabilização de meios para seu desenvolvimento, sobretudo, daqueles em maior grau de vulnerabilidade como as pessoas com deficiência.¹²⁸

Sobre democracia participativa, devemos recordar que Habermas¹²⁹ refere que uma visão republicana do processo democrático concebe a formação da vontade democrática através do auto entendimento ético-político, onde o conteúdo da deliberação deve ter o respaldo de um consenso entre os sujeitos privados e ser exercido pelas vias culturais.

Neste contexto, não nos parece consentâneo com a compreensão de democracia participativa uma formulação de política educacional que prive uma categoria de indivíduos da ambiência onde se formam, através do encontro multicultural de todos os diferentes grupos comunitários, reduzindo a capacidade de compreensão social firmada pela alteridade, tão necessária à construção política.

A partir da medida em que para Habermas¹³⁰ a sociedade é, por si mesma, uma sociedade política, de forma que a construção de sua consciência se dá pela construção da vontade coletiva dos sujeitos privados, um modelo de educação especializado, firmado em uma perspectiva não inclusiva, fatalmente implicará na redução da capacidade dos portadores de deficiência em tomar assento na arena de formação desta vontade coletiva e exercer seus direitos políticos.

Ainda em linha com a compressão de democracia participativa habermasiana, impõe-se a compreensão da escola como um exemplo de espaço público de discussão onde se formam, segundo o autor, a rede adequada para

¹²⁸ DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. **Estado Social e Princípio da Solidariedade.** In. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, Vitória, n. 3, jul./dez. 2008, pág.: 35;

¹²⁹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia. Entre a Facticidade e Validade.** Vol. II. Trad. Flávio Beno Siebeneichler-Ugf. Rio de Janeiro: Tempo, 1997, pág.: 19;

¹³⁰ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia. Entre a Facticidade e Validade.** Vol. II. Trad. Flávio Beno Siebeneichler-Ugf. Rio de Janeiro: Tempo, 1997, pág.: 20;

a comunicação de conteúdos, tomadas de decisões e opiniões, bem como onde os fluxos comunicacionais são filtrados e sintetizados, a ponto de se condensarem em opiniões públicas enfeixadas em temas específicos.¹³¹

Decorre desta compreensão a percepção da importância não só da garantia do acesso à educação às pessoas com deficiência, como também do modelo de educação inclusiva, nos mesmos espaços e com o compartilhamento de acessos e ambiente das pessoas sem deficiência como uma exigência de democracia participativa.

3.3 Concretização da Educação Inclusiva à luz do Princípio da Igualdade Substantiva como Elemento Informador da Dignidade da Pessoa Humana

O modelo de educação inclusiva, estabelecido na CDPD, pressupõe que as pessoas com deficiência possam atingir o princípio da igualdade em grau máximo. Isso porque, à medida em que se viabiliza espaços de discussões políticas, em microssistemas com o são os das salas de aula, as pessoas com deficiência passam a ser sujeitos de direitos com igualdade de oportunidades.

Os princípios norteadores dos direitos das pessoas com deficiência elencados no art. 3º da CDPD estabelecem valores e mandamentos de orientação na concretização dos direitos desse grupo. Desse modo, o princípio da igualdade revelado na Convenção é afinado com a noção de participação, inclusão plena e efetiva dos PCDs na sociedade de forma a garantir a dignidade humana.

Nesse sentido, para a proteção dos direitos desse grupo de cidadãos, que representa a minoria, não basta que os esforços estejam direcionados a evitar ou superar a discriminação, antes é imprescindível assegurar respeito da identidade da pessoa, com efetivas medidas que propiciem meios de preservação e o livre desenvolvimento, sejam por normas constitucionais, sejam por normas internacionais.¹³²

¹³¹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia. Entre a Facticidade e Validade**. Vol. II. Trad. Flávio Beno Siebeneichler-Ugf. Rio de Janeiro: Tempo, 1997, pág.: 93;

¹³² MIRANDA, Jorge. **Curso de Direito Internacional Público**. 6º ed. Cascais: Princípiã, 2021, pág.: 320;

Dito isto, a pretensão nesse capítulo é buscar densidade constitucional e convencional, levando em conta os princípios estruturantes do Estado Democrático de Direito e os apontados na CDPD, especialmente, o princípio da igualdade, a fim de estabelecer densidade jurídica que fortaleça as políticas públicas direcionadas à efetivação da educação inclusiva das pessoas com TEA no Brasil.

O princípio da igualdade é de longe o princípio mais presente em textos constitucionais, exatamente por isso é nele que se observa uma evolução, pode-se dizer uma lapidação, ou ainda, nos termos de Jorge Reis Novais, uma evolução mais pronunciada e multifacetada.¹³³

Nesse sentido, o princípio passa por uma evolução determinante, enquanto nos primeiros tempos de constitucionalismo buscava-se a igualdade perante a lei, em tempos atuais, os esforços são no sentido de admissibilidade de políticas intencionalmente diferenciadoras visando a promoção da igualdade fática.¹³⁴

Atenta à transição de um modelo de igualdade perante a lei para o modelo de igualdade fática, a CDPD, prioriza a igualdade e a não discriminação, de modo que o catálogo de direitos expostos nela está direcionado à igualdade de oportunidades, reconhecido como princípio geral.

Pois bem, na intenção de incluir as pessoas com deficiência de modo efetivo, a CDPD se fundamenta no modelo de igualdade substantiva, em detrimento do modelo de igualdade formal. Nesse sentido, o cerne da questão deixa de ser a luta contra a discriminação direta, tratando de pessoas similares, em que os debates pairam sobre combater estereótipos negativos e prejuízos, mas não oferecem soluções ao dilema da diferença.¹³⁵

Assim, quando o debate alcança patamares diferentes, especificamente quando o contexto envolve discriminação indireta e estrutural, levando em conta as relações de poder, termo mais adequado a se falar é em igualdade substancial, porque, nesse sentido, encontram-se soluções para o

¹³³ NOVAIS, Jorge Reis. **Princípios Estruturantes de Estado de Direito**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2022, pág.: 71;

¹³⁴ NOVAIS, Jorge Reis. **Princípios Estruturantes de Estado de Direito**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2022, pág.:71;

¹³⁵ SOUSA, Filipe Venade de. **Direitos Fundamentais das Pessoas com Deficiência e Jurisprudência Multinível**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2021, pág.: 158;

dilema da diferença. A questão essencial passa tanto por ignorar as diferenças entre os seres humanos, quanto reconhecê-los como sujeitos de direitos.¹³⁶

A igualdade substantiva, à luz do tratamento da CDPD, evolui em termo e em sentido para igualdade inclusiva. Faz-nos crer, então, que não basta que as medidas de igualdade estejam transcritas em uma norma, consubstanciadas em políticas públicas que exerçam um dever constitucional à parte, ou seja à margem da sociedade. Antes, prioriza-se a inclusão desses sujeitos de direitos no tecido social.

Implica dizer que, no âmbito escolar, o direito à educação das pessoas com deficiência deve ser efetivado de modo a assegurar um sistema de educação inclusivo, em que as pessoas com deficiência não sejam excluídas do sistema geral de ensino, acedendo a um ensino primário e secundário inclusivo, em igualdade de oportunidade com as demais pessoas da comunidade.¹³⁷

É imprescindível refletir como é possível promover inclusão no âmbito escolar para essas pessoas. Conforme a CDPD, a pessoa com deficiência deve receber o apoio necessário dentro do sistema geral de ensino, para facilitar sua educação efetiva, como por exemplo medidas de apoio individualizadas eficazes em ambientes que maximizam o desenvolvimento acadêmico e social, consistentes com objetivo de plena inclusão.¹³⁸

Nesse sentido, a Constituição Brasileira prevê em seu art. 227, § 1º, II que será assegurado à criança, adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, direito à saúde e à educação, “com a criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência”.¹³⁹

O Estatuto da Criança e do Adolescente¹⁴⁰, em seu art. 54 também prescreve o direito à educação, impondo ao Estado o dever de assegurar à

¹³⁶ SOUSA, Filipe Venade de. **Direitos Fundamentais das Pessoas com Deficiência e Jurisprudência Multinível**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2021, pág.: 158.

¹³⁷ BRASIL. Dec. Legislativo nº 186 de 09 de julho de 2008. Aprova o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007. Diário Oficial da União de 10 de julho de 2008;

¹³⁸ BRASIL. Dec. Legislativo nº 186 de 09 de julho de 2008. Aprova o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007. Diário Oficial da União de 10 de julho de 2008;

¹³⁹ BRASIL. Constituição de 1988. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988;

¹⁴⁰ BRASIL. Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da União de 16.07.1990;

criança e ao adolescente com deficiência atendimento educacional especializado, preferencialmente na rede regular de ensino.¹⁴¹

O Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n. 13.146/2015) também assegurou educação inclusiva à pessoa com deficiência, estabelecendo assistência ao grupo em suas mais diversas necessidades.¹⁴²

Conforme já apontado linhas atrás, em consonância com os demais instrumentos normativos, a lei nº 12.764/12¹⁴³, prescreve a assistência individualizada para as pessoas com TEA, nomeadamente o acompanhante especializado (AE), no ensino regular, desde que comprovada a necessidade.

Em relação ao tema, em princípio, é justo pensar que a ação afirmativa com a finalidade de promoção da igualdade de direitos é uma discriminação positiva e, por isso, suportável.

¹⁴¹ Sobre o “termo preferencialmente na rede regular de ensino” remete-se aos comentários do capítulo 2.2;

¹⁴² “Art. 27. A educação constitui direito da pessoa com deficiência, assegurado sistema educacional inclusivo em todos os níveis e aprendizado ao longo de toda a vida, de forma a alcançar o máximo desenvolvimento possível de seus talentos e habilidades físicas, sensoriais, intelectuais e sociais, segundo suas características, interesses e necessidades de aprendizagem.

Parágrafo único. É dever do Estado, da família, da comunidade escolar e da sociedade assegurar educação de qualidade à pessoa com deficiência, colocando-a a salvo de toda forma de violência, negligência e discriminação.

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;

II - aprimoramento dos sistemas educacionais, visando a garantir condições de acesso, permanência, participação e aprendizagem, por meio da oferta de serviços e de recursos de acessibilidade que eliminem as barreiras e promovam a inclusão plena;

III - projeto pedagógico que institucionalize o atendimento educacional especializado, assim como os demais serviços e adaptações razoáveis, para atender às características dos estudantes com deficiência e garantir o seu pleno acesso ao currículo em condições de igualdade, promovendo a conquista e o exercício de sua autonomia;

(...)

V - adoção de medidas individualizadas e coletivas em ambientes que maximizem o desenvolvimento acadêmico e social dos estudantes com deficiência, favorecendo o acesso, a permanência, a participação e a aprendizagem em instituições de ensino;

VI - pesquisas voltadas para o desenvolvimento de novos métodos e técnicas pedagógicas, de materiais didáticos, de equipamentos e de recursos de tecnologia assistiva;

VII - planejamento de estudo de caso, de elaboração de plano de atendimento educacional especializado, de organização de recursos e serviços de acessibilidade e de disponibilização e usabilidade pedagógica de recursos de tecnologia assistiva; BRASIL. Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015. Diário Oficial da União de 07.07.2015;

¹⁴³ “Art. 3º São direitos da pessoa com transtorno do espectro autista: IV - o acesso :a) à educação e ao ensino profissionalizante; Parágrafo único. Em casos de comprovada necessidade, a pessoa com transtorno do espectro autista incluída nas classes comuns de ensino regular, nos termos do inciso IV do art. 2º, terá direito a acompanhante especializado.” BRASIL. Lei nº 12.764 de 27 de dezembro de 2012. Diário Oficial da União de 28.12.2012;

Entretanto, à luz do princípio da igualdade e, paradoxalmente, invocando o próprio princípio, é também importante pensar em que medida uma ação afirmativa pode de forma reflexa discriminar outro grupo que não é o favorecido pela política pública em questão.¹⁴⁴

No caso das pessoas com TEA, a nosso sentir, a lei que confere direito ao Atendente Especializado para o grupo está mais próxima do princípio da igualdade inclusiva, na medida em que não representa a materialização de um privilégio, mas uma medida de equiparação, necessária à redução de desigualdades fáticas que impedem a isonomia substancial, sendo possível garantir a igualdade de oportunidades¹⁴⁵ para os alunos com TEA através do acesso à educação na rede regular de ensino.

Nesse sentido, a Convenção estabelece em seu art. 5º, artigo que consagra o direito à igualdade e não discriminação, que as medidas exclusivas e necessárias para acelerar ou alcançar a igualdade de fato não serão consideradas discriminação nos termos da convenção.¹⁴⁶

Vê-se que a igualdade inclusiva como está posta na CDPD assume dimensões variadas o que, necessariamente, implica falar em aspectos de diferentes áreas que devem ser levados em conta, seja na seara econômica ou social, de modo que o compromisso dos Estados-partes são de tomar medidas para garantir a disponibilização de adaptações razoáveis.

Pois bem, antes de prescrever uma política pública direcionada à pessoa com deficiência, com vistas a atender o princípio da igualdade, é primordial que se leve em conta as dimensões que densificam o significado da igualdade inclusiva, quais sejam dimensões distributiva, reconhecedora, participativa e adaptadora.

¹⁴⁴ NOVAIS, Jorge Reis. **Princípios Estruturantes de Estado de Direito**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2022, pág.: 72;

¹⁴⁵ “As exigências de igualdade no Estado social não se limitam à igualdade jurídica, na lei e na sua aplicação, mas projetam-se igualmente enquanto igualdade fática, no plano da igualdade de oportunidades e da disponibilização das condições materiais que, pelo menos, atenuem as desigualdades de partida”. NOVAIS, Jorge Reis. **Princípios Estruturantes de Estado de Direito**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2022, pág.: 76;

¹⁴⁶ BRASIL. Dec. Legislativo nº 186 de 09 de julho de 2008. Aprova o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007. Publicado no Diário Oficial da União em 10 de julho de 2008;

A primeira dimensão assume a finalidade de lutar contra as desvantagens socioeconômicas das pessoas com deficiência, na medida em que os obstáculos ao acesso à educação implicam na impossibilidade de desenvolvimento humano e intelectual inibindo as pessoas com deficiência de atingir postos de trabalho relevantes, de forma que muitas vezes terminam relegados a posições de subemprego e dependência de terceiros e do Estado.

A segunda, leva em conta o reconhecimento das pessoas com deficiência enquanto seres humanos sujeitos de direitos, no sentido de combater o estigma, os estereótipos, os prejuízos e a violência com vistas a dignificá-las.¹⁴⁷

Fala-se, ainda, da dimensão participativa, quando toda e qualquer pessoa participa da sociedade ativamente gozando de direitos e liberdades fundamentais em condições de igualdade. Por último, a dimensão adaptadora que leva em conta que cada pessoa tem necessidades próprias devendo ser adaptadas em razão do caso concreto.¹⁴⁸

Nesse plano, a grande questão já não se adequa ao enunciado da fórmula que mais parece mágica: tratar o “igual igualmente, o desigual desigualmente”¹⁴⁹. Porque, em estreita análise, esses critérios de igualdade e desigualdade encontram barreiras intransponíveis.

A identificação do que se considera igual ou desigual pressupõe a seleção de critérios distintivos e a eleição de parâmetros comparativos que não são, em sua totalidade, objetiva e intersubjetivamente reconhecíveis. Esse processo, longe de se assentar em uma neutralidade absoluta, é permeado por escolhas que refletem perspectivas teóricas e axiológicas específicas. Além disso, a determinação da medida justa para a diferenciação ou equiparação entre realidades tidas como desiguais ou iguais envolve juízos de valor intrinsecamente subjetivos, cuja legitimidade não pode aspirar a uma adesão universal.¹⁵⁰

¹⁴⁷ SOUSA, Filipe Venade de. **Direitos Fundamentais das Pessoas com Deficiência e Jurisprudência Multinível**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2021, pág.: 159;

¹⁴⁸ SOUSA, Filipe Venade de. **Direitos Fundamentais das Pessoas com Deficiência e Jurisprudência Multinível**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2021, pág.: 159;

¹⁴⁹ NOVAIS, Jorge Reis. **Princípios Estruturantes de Estado de Direito**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2022, pág.: 81;

¹⁵⁰ NOVAIS, Jorge Reis. **Princípios Estruturantes de Estado de Direito**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2022, pág.: 72;

Pois bem, as diferenciações, ou mesmo as discriminações positivas estabelecidas em políticas públicas não podem ser implementadas, à luz do princípio da igualdade apoiadas em “intuicionismos e subjetivismos”¹⁵¹. Antes, é imprescindível invocar o sentido constitucional do princípio da igualdade.

A dignidade da pessoa humana¹⁵² assume a centralidade do Estado Democrático Social de Direito sendo o núcleo para onde gravitam todos os demais princípios e normas e em torno do qual devem ser interpretados e delimitados.

Os índices de concretização do direito à educação, especialmente das pessoas com deficiência, dentre os quais se incluem, normativamente, as pessoas com TEA, devem ser auferidos em uma perspectiva de realização da igualdade, mas da igualdade sob uma perspectiva de realização da dignidade da pessoa humana.

Em situações como essas, encontrar o ponto de equilíbrio entre as expectativas de acesso e fruição de um direito e delimitar o limite razoável com que todos os grupos sociais tenham igualdade na construção de sua dignidade humana torna-se um desafio por vezes difícil de ser superado.

Nesse plano, a igualdade substantiva deve servir como elemento informador da dignidade da pessoa humana. Assim, deve-se entender que o princípio da igualdade não garante que o mesmo tratamento, ou até a mesma concessão de benefícios dada a um indivíduo seja dada a o outro. Pelo contrário, impõem-se que o tratamento dispensado assegure que o indivíduo seja tratado como igual, portanto, com justiça e dignidade.¹⁵³

Nesse sentido, nas lições de Paulo Otero, as normas constitucionais escritas devem levar em conta os “postulados de justiça próprio de uma sociedade” fundadas na dignidade da pessoa humana, sob pena da

¹⁵¹ NOVAIS, Jorge Reis. **Princípios Estruturantes de Estado de Direito**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2022, pág.: 72;

¹⁵² Nesse sentido, nas lições de Queiroz, “o princípio da dignidade da pessoa humana como conceito chave de Direito Constitucional poderá ser chamado a desempenhar, em sede de interpretação e aplicação dos Direitos Fundamentais Sociais, o papel de motor do “desenvolvimento” e “aperfeiçoamento” da ordem jurídico-constitucional. Isso tanto pelo “impulso” do legislador político democrático como por parte dos órgãos específicos de controle de constitucionalidade, genericamente, os tribunais e o poder judicial”. QUEIROZ, Cristina. **Direitos Fundamentais Sociais, Funções, Âmbito, Conteúdo, Questões interpretativas e Problemas de Justiciabilidade**. 2ª ed. Petrony, 2020, pág.: 164;

¹⁵³ NOVAIS, Jorge Reis. **Princípios Estruturantes de Estado de Direito**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2022, pág.: 83;

inconstitucionalidade das normas escritas que integram a Constituição. Assim, a Constituição não pode ser considerada como absoluta meramente sob seu aspecto normativo escrito, mas deve buscar sua essência na “materialização normativa de uma ordem justa, ao serviço da pessoa humana e da sua inalienável dignidade”.¹⁵⁴

Em resumo, não se pode esquecer que a Constituição é muito mais que um conjunto de normas escritas, antes dispõem de normas prevalentemente ordenadoras e conformadoras da realidade política e social¹⁵⁵ de um povo, sempre direcionada a preservação da justiça, segurança e liberdade, com fins a preservar a dignidade da pessoa humana, vez que é para pessoa humana que existe o direito.¹⁵⁶

A garantia da igualdade substantiva às pessoas com deficiência, no que se refere aos direitos fundamentais, especialmente ao direito à educação inclusiva das pessoas com TEA, constante no bloco de constitucionalidade do Brasil e nas demais leis infraconstitucionais, deve ser refletida sob um viés subjetivo em que a centralidade das decisões precisam levar em conta a condição de ser humano de cada um dos sujeitos sociais dessa categoria.

Infelizmente, nem sempre o processo político decisório, pautado por limites orçamentários e disputas de poder entre grupos sociais, resulta na concretização de políticas públicas igualitárias que reforcem a dignidade substantiva de grupos vulneráveis, como é o caso das pessoas com deficiência. Outras vezes, a despeito da previsão do direito fundamental e de uma norma legislativa que o densifique, o Executivo permanece inerte, obstaculizando a sua efetividade. Nestes momentos, o Poder Judiciário assume o papel de viabilizar a concretização das prerrogativas individuais violadas pela omissão Estatal, a partir da judicialização.¹⁵⁷

¹⁵⁴ OTERO, Paulo. **Instituições Políticas e Constitucionais**. Vol. 1. Coimbra: Almedina, 2019, pág.:22;

¹⁵⁵ OTERO, Paulo. **Instituições Políticas e Constitucionais**. Vol. 1. Coimbra: Almedina, 2019, pág.: 23;

¹⁵⁶ “Importa ter presente, toda via, que a justiça, a segurança e a liberdade nunca podem deixar de estar ao serviço do homem vivo e concreto e de sua inalienável dignidade: aqui reside, em última análise, a razão de ser do fenómeno constitucional” OTERO, Paulo. **Instituições Políticas e Constitucionais**. Vol. 1. Coimbra: Almedina, 2019, pág.: 27;

¹⁵⁷ LIEBL, Helena; DEMARCHI. Clóvis. **A Efetividade da Dignidade da Pessoa Humana através dos Direitos Sociais**. REVISTA DA ESMESC, v.25, n.31, p. 85-106, 2018, pág.: 97;

3.4 Parecer CNE/CP nº 50/2024 e as Medidas Voltas à Educação Inclusiva do TEA

Para explicar que tipos de prestações já são reconhecidas pelo Estado Brasileiro para garantir o acesso pleno à educação inclusiva por parte das pessoas com TEA, vamos desenvolver esse tópico do trabalho tomando como referência o recente documento homologado pelo Conselho Nacional de Educação (CNE) vinculado ao Ministério da Educação do Brasil.

O Brasil vem adotando medidas para assegurar a implementação de políticas orientadas à concretização da educação inclusiva aos alunos com deficiência, notadamente com TEA.

Para obtenção deste fim, o Ministério da Educação (MEC), possui um órgão chamado Conselho Nacional de Educação (CNE) que tem por finalidade formular, coordenar e executar as políticas educacionais do Estado brasileiro, abrangendo desde a educação infantil até o ensino superior.

Cabe ao CNE, implementar a Política Nacional de Educação (PNE) com o objetivo de estabelecer os objetivos e estratégias educacionais no país, bem como regular e supervisionar o ensino e o monitoramento das normas e padrões que fixa com o objetivo de alcançar as finalidades que institui.

Entre as demandas mais sensíveis acolhidas pelo CNE recentemente destacam-se às relativas à Educação Especial, nomeadamente, no que concerne à educação inclusiva de estudantes com Transtorno do Espectro Autista (TEA).

No exercício de suas funções, o CNE publicou o Parecer CNE/CP nº 50¹⁵⁸, de 5 de dezembro de 2023, homologado em 5 de novembro de 2024, o qual estabelece orientações específicas para o atendimento educacional de estudantes com TEA no âmbito da educação básica.

O referido documento deixa claro que para a realização de educação inclusiva em termos efetivos, não adianta apenas a garantia da presença física do aluno no recinto escolar, mas reconhece a imprescindibilidade da realização de ações que promovam o acesso, a permanência, a participação ativa e a

¹⁵⁸ BRASIL. Ministério da Educação. Conselho Nacional de Educação. Conselho Pleno. PARECER CNE/CP nº 50. Publicado em 13.11.2024;

aprendizagem significativa dos estudantes com deficiência em igualdade de condições com os aqueles sem deficiência, seja nas escolas públicas, seja nas escolas privadas.

Outro aspecto importante é que as ações orientadas a este fim devem ser pensadas e efetivadas com a participação de toda a comunidade escolar, sobretudo com as famílias dos estudantes com deficiência e não apenas pelos profissionais de educação.

Essas medidas destacadas pelo CNE estão alinhadas com o Comentário Geral nº 4/2016 do Comitê de Monitoramento da Convenção das Pessoas com Deficiência que refere ao risco de exclusão do processo educacional que alunos com deficiência, especialmente pessoas com autismo correm quando os Estados-parte não conseguem garantir condições adequadas para que adquiram habilidades necessárias à vida diária, ao desenvolvimento de linguagem e ao convívio social.

A bem da verdade, mesmo antes da adesão à CDPD e de seu Protocolo Facultativo, o ordenamento jurídico brasileiro já contemplava medidas de implantação de educação inclusiva, como era o caso da Portaria MEC nº 1.793/94 que recomendava inclusão de conteúdos educacionais, éticos e políticos orientados à integração das pessoas com deficiência na formação dos docentes e desde 2001, o Conselho Nacional de Educação possui parecer com diretrizes curriculares para formação de professores e orientação para educação inclusiva em classes comuns.

Entretanto, um marco histórico bem importante na proteção e inclusão das pessoas com deficiência no direito brasileiro que veio a ser corroborado com a adesão à CDPD foi a lei nº 13.146/2015, Lei Brasileira de Inclusão, e a lei nº 12.764/2012, que dispõe sobre os direitos das pessoas com TEA e que os identifica como pessoas com deficiência, já bem discutidas em tópico anterior.

Este arcabouço normativo prevê a consagração de direitos titularizados pelos estudantes com TEA e que se orientam à efetivação do acesso à educação de forma inclusiva.

Um dos primeiros aspectos tratados no Parecer diz respeito ao acesso à educação e negativa de matrícula e formação de turmas com a presença de alunos com TEA na rede regular.

O documento ressalta os obstáculos em efetivar matrículas de alunos com autismo em escolas regulares e os inúmeros questionamentos feitos por parte dos atores envolvidos no processo, sobretudo no que concerne à existência de um fundamento normativo à prioridade de matrícula para as pessoas com TEA.¹⁵⁹

O referido direito à prioridade é previsto no art. 9º, II e VII da lei 13.146/2015 que determina prioridade de atendimento às pessoas com deficiência em todas as instituições e serviços de atendimento ao público, dentre os quais se inserem as instituições de ensino. Outro fundamento a esse direito reside no inciso VII do mesmo artigo que garante direito a prioridade de tramitação de processos judiciais e administrativos à pessoa com deficiência que se aplica ao procedimento de matrícula.¹⁶⁰

Para além disso, a lei nº 12.764/2012 ainda estabelece uma pena de natureza pecuniária ao gestor escolar que recusar a matrícula de aluno com TEA que varia de 3 (três) a 20 (vinte) salários-mínimos, podendo haver, no caso de reincidência perda do cargo, conforme art. 7º, § 1º da referida lei.

Para além da garantia da efetivação da matrícula, outro aspecto inerente ao acesso à educação das pessoas com TEA diz respeito à formação das turmas. O Parecer destaca que muitos entes federativos têm estabelecido normas relativas ao quantitativo máximo de alunos com deficiência por sala, todavia esta delimitação deve obedecer a critérios pedagógicos que visem atender específicas de cada estudante, conforme estabelece o artigo 27 da Lei nº 13.146/2015.

Neste contexto, a determinação do número de alunos deve considerar as habilidades e potencialidades dos alunos, sob o aspecto físico, sensorial, intelectual e social, sempre com a preocupação de segregar os alunos em uma turma única e estimulando sempre a diversidade.

Ainda sobre o número máximo de alunos por turma, o Parecer refere a uma profusão de normas sobre o assunto que vão desde resoluções de conselhos municipais de educação, até convenções coletivas de sindicatos de

¹⁵⁹ BRASIL. Ministério da Educação. Conselho Nacional de Educação. Conselho Pleno. PARECER CNE/CP nº 50, publicado em 13.11.2024, pág.: 7;

¹⁶⁰ BRASIL. Ministério da Educação. Conselho Nacional de Educação. Conselho Pleno. PARECER CNE/CP nº 50, publicado em 13.11.2024, pág.: 8;

professores, mas ressalta a inexistência de uma legislação nacional que uniformize o assunto nas escolas públicas e privadas.¹⁶¹

O Parecer igualmente faz recomendações no sentido de garantir a permanência dos alunos com TEA no ensino regular e, nesse contexto, destaca a obrigação do Poder Público em realizar o Projeto Político-Pedagógico (PPP), com objetivo de estabelecer o Atendimento Educacional Especializado (AEE)¹⁶², previsto no art. 208, III da CF/88, através do qual devem ser implantadas de salas de recursos multifuncionais e as adaptações razoáveis orientadas a garantir o acesso ao currículo escolar em condições de igualdade.

O atendimento educacional especializado pode ser feito com a disponibilização das salas multifuncionais na própria escola ou em outras unidades, ou até em centros específicos. Segundo o Parecer CNE/CP nº 50 o planejamento em torno da educação inclusiva implica na garantia da inclusão dos estudantes com TEA, não apenas nas salas de recursos multifuncionais, mas também na sala de aula comum e em todos os espaços que o estudante transita, como nas aulas de educação física e em atividades externas à escola. A sala multifuncional deve ser complementar às atividades da sala de aula comum.

Em relação à aprendizagem, o Parecer do MEC refere expressamente à previsão da LBI de ser direito do estudante com deficiência o planejamento de estudo de caso, abordando o contexto educacional do estudante, suas habilidades, preferências, desejos e outros aspectos relacionados ao cotidiano escolar.

Das conclusões do Estudo de caso, decorre a elaboração de dois instrumentos imprescindíveis ao processo do aprendizagem: o Plano de Atendimento Educacional Especializado (PAEE)¹⁶³ e o Plano Educacional

¹⁶¹ BRASIL. Ministério da Educação. Conselho Nacional de Educação. Conselho Pleno. PARECER CNE/CP nº 50, publicado em 13.11.2024, pág.: 9;

¹⁶² “O AEE configura-se como um conjunto de atividades e de recursos de acessibilidade e pedagógicos, organizados de forma institucional e contínua, que podem ser ofertados enquanto serviço da Educação Especial, a partir das Salas de Recursos Multifuncionais (SRM), no contexto escolar, ou em centros de AEE da rede pública, além de instituições comunitárias, confessionais ou filantrópicas sem fins lucrativos. O AEE deve ser articulado com o(s) professor(es) regente(s) e com toda a comunidade escolar”. BRASIL. Ministério da Educação. Conselho Nacional de Educação. Conselho Pleno. PARECER CNE/CP nº 50, publicado em 13.11.2024, pág.: 13;

¹⁶³ “O PAEE é um documento obrigatório que deve ser continuamente atualizado e conter: 1) registro do estudo de caso; 2) definição de materiais e recursos para eliminar ou minimizar as barreiras no contexto educacional; 3) avaliação da necessidade e disponibilização de recursos

Individualizado (PEI)¹⁶⁴, ambos de natureza pedagógica, que compõem o PPP da unidade escolar.

Esses documentos devem orientar o trabalho a ser desenvolvido na sala de aula comum, no âmbito do AEE, com o professor especializado, nas atividades colaborativas da unidade educacional e nas demandas de articulação intersetorial.

A LBI ainda garante o direito do estudante com deficiência à participação de sua família nas deliberações das instâncias da comunidade escolar.

Reforça o Parecer CNE/CP nº 50 do MEC que se trata de uma decorrência da exigência de gestão democrática do ensino prevista no art. 206, VI da CF/88 e, consoante refere o Comentário Geral nº 4 do Comitê de Monitoramento da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência da ONU, é uma manifestação da plena participação na vida política e pública que se reforça já no âmbito da educação inclusiva.

Por fim, o art. 28, XVII da LBI ainda refere a obrigatoriedade dos profissionais de apoio escolar, sem referir especificamente quem sejam, mas suas atribuições estão descritas no art. 3, XIII da mesma lei e tem a função de atuar nas demandas relacionadas à alimentação, higiene e locomoção do estudante com deficiência e todas as atividades escolares, excluídas as técnicas ou os procedimentos identificados com profissões legalmente estabelecidas.

de tecnologia assistiva e comunicação aumentativa e alternativa; 4) avaliação da necessidade de oferta de profissionais de apoio escolar, intérpretes de Libras e guias-intérpretes; e 5) demandas para a rede de proteção social e articulação intersetorial” BRASIL. Ministério da Educação. Conselho Nacional de Educação. Conselho Pleno. PARECER CNE/CP nº 50, publicado em 13.11.2024, pág.: 14;

¹⁶⁴ “O PEI deve conter 1) um plano de acessibilização curricular, considerando as atividades desenvolvidas na sala de recursos multifuncionais e a articulação com o professor regente e demais profissionais da unidade escolar, nos diferentes espaços; e 2) medidas individualizadas de acesso ao currículo para os estudantes autistas”. BRASIL. Ministério da Educação. Conselho Nacional de Educação. Conselho Pleno. PARECER CNE/CP nº 50, publicado em 13.11.2024, pág.: 14;

4 O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA CONSTRUÇÃO DOS DIREITOS DAS PESSOAS COM TEA NO BRASIL

4.1 Pressupostos para atuação do Supremo Tribunal Federal na garantia de Direitos Fundamentais: Poder Político e Legitimidade Democrática

O pressuposto constitucional de ser o Estado brasileiro um regime Democrático de Direito, baseado na soberania popular, no sufrágio e na limitação constitucional dos poderes dos governantes não se satisfaz com a simples indicação de tais características no texto da Constituição, mas reclama a exigência material de satisfação efetiva da liberdade e da igualdade para todos os cidadãos no sentido de acesso às suas necessidades vitais.

Não basta que a Constituição proclame que todos têm direito à saúde ou à educação, por exemplo, como também não é suficiente a previsão desses direitos apenas por transposições legislativas. Pois, se a Administração não desempenhar seu papel em elaborar regulamentos necessários a execução das leis, ou ainda não disponibilizar orçamento para efetivar esses direitos¹⁶⁵, as prescrições constitucionais e legais serão inócuas.

Nesse sentido, quando um direito fundamental não consegue ser efetivado, seja pela omissão do legislador, seja pela produção de um ato normativo com teor ilegitimamente restritivo, entra em cena o papel de garantidor da Constituição, protagonizado pelo Poder Judiciário, seja retirando do ordenamento jurídico normas inconstitucionais, por ofensa aos direitos fundamentais, seja exercendo um papel integrativo suprimindo as lacunas não intencionais de forma a reestabelecer a eficácia dos direitos fundamentais.

Diante desse cenário, no presente capítulo, pretendemos analisar a relação entre a jurisdição constitucional¹⁶⁶ no Brasil e os direitos fundamentais,

¹⁶⁵ OTERO, Paulo. **Instituições Políticas e Constitucionais**. Vol. 1. Coimbra: Almedina, 2019, pág.: 345;

¹⁶⁶ “As locuções jurisdição constitucional e controle de constitucionalidade não são sinônimas, embora sejam frequentemente utilizadas de maneira intercambiável. Trata-se, na verdade, de uma relação entre gênero e espécie. Jurisdição constitucional designa a aplicação da Constituição por juízes e tribunais”. Essa aplicação poderá ser direta, quando a norma constitucional discipline, ela própria, determinada situação da vida. Ou indireta, quando a Constituição sirva de referência para atribuição de sentido a uma norma infraconstitucional ou

levando em conta o aumento do papel exercido pelo Supremo Tribunal Federal na construção dos direitos fundamentais à educação inclusiva das Pessoas com TEA.

Importa, em primeira análise, saber se a atividade dos órgãos de cúpula, nomeadamente, o Supremo Tribunal Federal, na condição de garantidor da Constituição, deve se envolver na seara das políticas públicas ou “exercer” o papel do Poder Legislativo, quando o fim seja a garantia de um direito fundamental.

Está em causa investigar se a atuação do Supremo Tribunal Federal na concretização de direitos sociais representa uma ofensa à separação dos poderes e uma atuação sem legitimidade democrática, por interferir no papel do legislador, ou se age o Tribunal Constitucional como garantidor da Constituição, protegendo sua eficácia normativa e concretizando os valores democraticamente estabelecidos pelo constituinte.

Este tópico tem total repercussão na nossa pesquisa justamente porque grande parte dos direitos prestacionais inerentes à saúde e educação das pessoas com deficiência, especificamente os portadores de TEA, são reconhecidos apenas após uma demanda judicial que se estende até os tribunais superiores.

Há muito se discute sobre a questão da jurisdição constitucional no regime democrático. Conforme José Afonso da Silva, a democracia é, essencialmente, um meio de realização dos direitos fundamentais do Homem, servindo, portanto, como instrumento de efetivação de valores fundamentais para interação humana.¹⁶⁷

Pois bem, a democracia não se presta a um valor- fim, assume, pelo contrário, uma espécie de valor-meio, porque serve como instrumento para desempenhar valores indispensáveis à convivência humana.¹⁶⁸

de parâmetro para sua validade. Neste último caso estar-se-á diante do controle de constitucionalidade, que é, portanto, uma das formas de exercício da jurisdição constitucional”. BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 9ª ed. Edição do Kindle. São Paulo: Saraiva Jur, 2022, pág.: 25;

¹⁶⁷ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, pág.: 129;

¹⁶⁸ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, pág.: 125;

No Estado Democrático de Direito, como ressalta José Afonso da Silva, a lei¹⁶⁹ não deve ficar em um lugar puramente normativo, como um imperativo que não alcança a sociedade, sendo apenas lei de arbitragem. Deve, antes, implicar diretamente na alteração da situação da comunidade.¹⁷⁰

Nesse sentido, a tarefa fundamental do Estado Democrático de Direito é direcionar esforços com vistas a superar as desigualdades sociais, a fim de instaurar um regime democrático que realize justiça social.¹⁷¹

É fundamental destacar, entretanto, que em um ambiente democrático, a função política, normalmente, é atribuída aos órgãos constitucionais compostos por representantes escolhidos democraticamente e responsáveis perante a opinião pública.

Importa saber, nesse caso, se o Supremo Tribunal Federal, na condição de guardião supremo da Constituição, tem, ainda que pequena, exercido uma parcela da função política do Estado¹⁷² nesse cenário crescente de ativismo judicial no Brasil e se a ele é legitimada essa função.

Constantemente, o Judiciário tem sido chamado a garantir o direito à educação inclusiva das pessoas com TEA no Brasil que deixaram de ser realizados pelo Poder Executivo, por motivos orçamentários, nos casos em que a escola pública não oferece o Atendente Especializado (AE), ou pela falta de legislação que estabeleça a obrigatoriedade do Atendente terapêutico (AT) em sala de aula.

Ora, se o Estado Democrático de Direito tem compromisso com a efetivação dos Direitos Fundamentais, sendo por meio deles que se promove resultados democráticos¹⁷³, não seria a atividade do Poder Judiciário, nos casos

¹⁶⁹ “O princípio da legalidade é também um princípio basilar do Estado Democrático de Direito. É da essência do seu conceito subordinar-se à Constituição e fundar-se na legalidade democrática. Sujeita-se como todo Estado de Direito, ao império da lei, mas da lei que realize o princípio da igualdade e da justiça não pela sua generalidade, mas pela busca da igualização das condições dos socialmente desiguais. SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, pág.: 121;

¹⁷⁰ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, pág.: 121;

¹⁷¹ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, pág.: 122;

¹⁷² PAIXÃO, Leonardo André. **A Função Política do Supremo Tribunal Federal. Tese de Doutorado**. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007, pág.: 65;

¹⁷³ PEREIRA, Micheli. **Atuação do poder judiciário na defesa dos direitos fundamentais: uma tensão entre constitucionalismo e democracia**. Revista: Direitos Fundamentais e Democracia. Vol. 6, 2009, pág.:17;

em que visa a concretização de um direito fundamental o exercício da democracia, inclusive e especialmente, quando defende o direito fundamental das pessoas com TEAs, direito da minoria?

Especificamente no Brasil, embora o arcabouço normativo seja vasto no sentido de garantir educação inclusiva para as pessoas com TEA, a efetivação desse direito ainda é um grande desafio. Nesse sentido, a atuação do Poder Judiciário, por vezes, tem sido tábua de salvação.

Não são raras as vezes em que o Judiciário é demandado a efetivar um mandamento constitucional, como a efetivação da educação inclusiva para as pessoas com TEA, no ensino regular.

Mesmo no caso do atendente especial, profissional legalmente autorizado a fim de facilitar o aprendizado dos alunos com TEA, as dificuldades de concretização são grandes. O ponto crucial aqui é a disponibilização das condições materiais para garantir que esse profissional esteja à disposição do aluno na ponta, ou seja na sala de aula. Seja por questões orçamentárias, seja por ausência de políticas públicas nesse sentido.

4.1.1 Legitimidade Democrática do Supremo Tribunal Federal na jurisdição constitucional

Desde o final da Segunda Guerra Mundial, praticamente todos os Estados democráticos seguiram o modelo de supremacia constitucional, no qual a interpretação e a salvaguarda da Constituição são atribuídas a uma Suprema Corte ou a um Tribunal Constitucional.¹⁷⁴

Essas instâncias jurisdicionais especializadas exercem a função de controle de constitucionalidade, garantindo a compatibilidade das normas jurídicas e dos atos emanados do Poder Executivo com os preceitos fundamentais consagrados na ordem constitucional. A estrutura reforça a centralidade da Constituição como parâmetro normativo supremo, consolidando-a como fundamento da organização política e jurídica do Estado.

¹⁷⁴ BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 9ª ed. Edição do Kindle. São Paulo: Saraiva Jur, 2022, pág.: 433;

Nesse sentido, o constitucionalismo democrático surgiu no século XX como uma ideologia bem-sucedida que fundiu dois institutos bem diferentes em origem e em conteúdo, o constitucionalismo e a democracia.

O constitucionalismo, movimento político e ideológico, que em essência significa Estado de direito, leva em conta a limitação do poder e o respeito aos direitos fundamentais.¹⁷⁵

As cortes e os tribunais constitucionais possuem a competência para declarar a inconstitucionalidade de atos dos Poderes Legislativo e Executivo, exercendo, assim, uma função primordial na salvaguarda da ordem constitucional, desempenhando um papel fundamental na mediação das tensões inerentes entre o constitucionalismo e a democracia, notadamente no que concerne à dialética entre a tutela dos direitos fundamentais e a soberania popular.¹⁷⁶

Dessa forma, a jurisdição constitucional se configura como um instrumento essencial para a manutenção do equilíbrio entre a limitação do poder estatal e a legitimidade democrática das decisões políticas.

Nesse sentido, boa parte das democracias do mundo reservam algum poder político a um órgão que não foi eleito – o Poder Judiciário -, que no Brasil tem o Supremo Tribunal Federal como órgão de cúpula.¹⁷⁷

Nesse cenário, muitas são as discussões. Aqueles que reconhecem ilegítimo o exercício de parte do poder político pelos Tribunais Constitucionais, fundam sua posição no argumento da democracia.¹⁷⁸ Enquanto aqueles que a defendem, sustentam suas razões na imparcialidade e na competência técnica do Poder Judiciário.¹⁷⁹

O argumento da democracia, por sua vez, sustenta que as decisões que os juízes tomam ao aplicar a legislação, tal qual deve ser, devem ser imunes ao controle popular. Em função disso, sustentam, ainda, que não é possível

¹⁷⁵ BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 9ª ed. Edição do Kindle. São Paulo: Saraiva Jur, 2022, pág.: 432;

¹⁷⁶ BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 9ª ed. Edição do Kindle. São Paulo: Saraiva Jur, 2022, pág.: 433;

¹⁷⁷ BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 9ª ed. Edição do Kindle. São Paulo: Saraiva Jur, 2022, pág.: 433;

¹⁷⁸ DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. Tradução Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, pág.: 17;

¹⁷⁹ Barroso, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 9ª ed. Edição do Kindle. São Paulo: Saraiva Jur, 2022, pág.: 433;

tomar decisões independentes no que tocante à mudança ou alargamento do repertório legal, vez que tais decisões só devem ser tomadas sob o controle popular.¹⁸⁰

O argumento defendido, apresentado por Dworkin em sua obra, se concentra na ideia de que as decisões políticas, ainda que sejam aquelas que decidem sobre direitos dos indivíduos, sobre quais eles têm e quais devem ser possivelmente impostos judicialmente, devem ser tomadas por quem foi eleito e não por Juízes, seja pela exatidão que o processo legislativo impõe, seja, ainda, por alguma razão institucional.¹⁸¹

Entretanto, Dworkin afirma que não vê em nenhuma dessas hipóteses razão que sustente o “argumento da democracia” de que as decisões políticas sobre direitos dos indivíduos devam ser tomadas por quem foi eleito, porque argumenta que não é crível achar que os legisladores tenham mais repertório ou que possuam mais preparo para decidir no lugar dos juízes, como também o inverso não o convence.¹⁸²

Resta claro que a razão pela qual a maioria das pessoas quer que decisões sobre direitos sejam tomadas pelo legislativo é uma questão de equidade.¹⁸³

A concepção de que o poder legislativo representa a arena legítima para a manifestação do poder político democrático de um determinado povo, pressupõe uma distribuição equitativa de oportunidades de representação, em que os diversos grupos que formam o tecido social, com todas as suas particularidades e peculiaridades, têm oportunidade de manifestação.

Nesse sentido, segundo este argumento a democracia pressupõe igualdade na distribuição de poder político e a transferência de decisões políticas substanciais do âmbito do Poder Legislativo para os tribunais implicaria em deslocamento do *locus* decisório, resulta em atenuação do poder político dos

¹⁸⁰ DWORKIN. Ronald. **Uma Questão de Princípio**. Tradução Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, pág.: 17;

¹⁸¹ DWORKIN. Ronald. **Uma Questão de Princípio**. Tradução Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, pág.: 17;

¹⁸² DWORKIN. Ronald. **Uma Questão de Princípio**. Tradução Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, pág.: 17;

¹⁸³ DWORKIN. Ronald. **Uma Questão de Princípio**. Tradução Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, pág.: 30;

indivíduos, uma vez que estes elegem diretamente os representantes legislativos, mas não os magistrados.¹⁸⁴

Assim, a preponderância dos tribunais na formulação de decisões que tradicionalmente competiriam ao Legislativo poderia configurar uma dissonância entre os ideais democráticos e a prática jurisdicional, o que não é uma verdade absoluta.

É bem verdade, no entanto, que se todo o poder político fosse transferido do Legislativo para o Judiciário, haveria a destruição da democracia e da igualdade.¹⁸⁵ Porém, estamos considerando que apenas uma classe pequena de decisões políticas seja legitimada aos juízes, de sorte que não seria essa a razão da corrosão da democracia, especialmente, quando falamos em poder político das minorias.

Assim, nos parece que a atividade do Poder Judiciário é legítima, uma vez que é de se considerar que, em algumas situações, alguns indivíduos ganham mais do que perdem em poder político, nomeadamente quando a decisão sobre um direito individual passa pelo julgamento do Judiciário.

Na realidade de países como o Brasil, em que boa parte dos serviços públicos, especificamente saúde e educação, é desempenhada por empresas particulares mediante concessão pública, a legitimidade democrática do processo legislativo sofre graves fraturas à medida em que essas empresas, dado seu elevado poder político e econômico, ocupam o maior espaço de influência sobre os representantes, do que os grupos minoritário destinatários dos serviços públicos que devem ser regulamentados pelo legislativo.

Em situações em que o debate político é capturado por grupos de interesse ou que o sistema de representação não consegue alcançar toda a diversidade de grupos que formam a organização social, fatalmente grupos majoritários bem-organizados, com dominância política, terão sucesso em produzir um aparato legislativo que construa um ambiente de privilégios às custas da fragilização de direitos fundamentais das minorias sem poder de representação política.

¹⁸⁴ DWORKIN. Ronald. **Uma Questão de Princípio**. Tradução Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, pág.: 30;

¹⁸⁵ DWORKIN. Ronald. **Uma Questão de Princípio**. Tradução Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, pág.: 30;

Nesse contexto, cabe ao judiciário, justamente em um contexto de freios e contrapesos, garantir um acesso equitativo aos compromissos constitucionais protegendo os direitos das minorias quando a atuação legislativa representar um prejuízo aos seus direitos constitucionais.

Compete, portanto, às cortes e tribunais a responsabilidade primordial de resguardar a integridade das regras que sustentam a ordem democrática, bem como assegurar a efetivação dos direitos fundamentais de todos os cidadãos diante de possíveis abusos perpetrados pela maioria.¹⁸⁶

Nesse sentido, importa lembrar que a democracia carrega consigo um elemento de cunho emocional, o sentimento de pertencimento do indivíduo de ser parte efetiva no projeto coletivo de autogoverno, em que todos e cada um merecem igual consideração e respeito. Portanto, quem se sente à margem não tem razão para apoiá-lo, tornando-se vulneráveis às seduções do populismo e às investidas autoritárias.¹⁸⁷

As instâncias jurisdicionais desempenham um papel essencial na resolução de impasses institucionais entre os Poderes, na medida em que fortalecem o regime democrático. Em várias partes do mundo, têm se consolidado como instrumentos indispensáveis na contenção do autoritarismo.¹⁸⁸

Disto decorre que essa atuação política do Poder Judiciário reclama, como critério de legitimidade, uma justificação racional pautada na máxima efetividade dos direitos fundamentais e em uma interpretação que leve em conta a unidade do ordenamento jurídico.

Isto porque, consoante Barroso¹⁸⁹, a consolidação de um ambiente democrático não se limita ao voto, mas a garantia de que todos, sobretudo as minorias, tenham direitos respeitados e possibilidades de participação equitativa nos processos sociais.

¹⁸⁶ BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 9ª ed. Edição do Kindle. São Paulo: Saraiva Jur, 2022, pág.: 433;

¹⁸⁷ BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 9ª ed. Edição do Kindle. São Paulo: Saraiva Jur, 2022, pág.: 434;

¹⁸⁸ BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 9ª ed. Edição do Kindle. São Paulo: Saraiva Jur, 2022, pág.: 433;

¹⁸⁹ BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 9ª ed. Edição do Kindle. São Paulo: Saraiva Jur, 2022, pág.: 434;

Por todo o exposto, a nosso sentir, o Poder Judiciário, nomeadamente o Supremo Tribunal Federal, tem legitimidade democrática para exercer parte do poder político quando à sua jurisdição são submetidas questões de direito fundamentais, haja vista as minorias terem muito mais a ganhar em poder político, a contrário senso do que advoga o “argumento da democracia”, quando suas questões estiverem em causa nos tribunais, como é o caso das pessoas com TEA.

4.2 CRITÉRIOS METODOLÓGICOS DE LEGITIMAÇÃO DA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

Diante do que vimos referindo até aqui, podemos estabelecer uma legitimidade do Judiciário na concretização dos Direitos Fundamentais, seja no que concerne às garantias constitucionais materializadas em liberdades públicas, seja na satisfação de direitos sociais através da densificação judicial da eficácia das normas de direitos fundamentais já consagrada pelo próprio texto constitucional.

Rotineiramente, o fundamento de Operadoras de Planos de Saúde ou do Poder Executivo, através do Sistema Único de Saúde, o SUS, é que determinados tratamentos, procedimentos e medicamentos não possuem cobertura por ausência de previsão legal e/ou contratual, não havendo justiça em lhes impor uma obrigação de custeio.

Entretanto, à luz do que já construímos até aqui, será que a ausência de um enunciado legislativo específico sobre um determinado tratamento é suficiente para inibir a criação de uma relação jurídica entre a pessoa com deficiência que reclama o tratamento e o Estado ou a empresa privada na condição de sujeito passivo da prestação?

Mais ainda, podem as Operadoras de Planos de Saúde, ou mesmo o SUS, negarem prestações aos seus beneficiários, como é o caso do acesso ao assistente terapêutico sob o argumento de ausência de previsão legal ou contratual?

A negativa de uma determinada prestação específica relativa à educação inclusiva pode decorrer de uma lacuna no sistema, de uma

inconstitucionalidade por omissão, ou representar simplesmente o limite material que o ordenamento jurídico compreende para o direito em causa.

De logo, precisamos recordar com Bobbio¹⁹⁰, que uma das características mais importantes do Direito, enquanto ordenamento de normas, é a coerência e, nesse sentido, refere o professor italiano que o direito só será um sistema, ou seja, uma totalidade ordenada, na medida em que seus organismos estejam em relação de compatibilidade entre si e com o todo e, por isso, é condição de sua sistematicidade, a inexistência de antinomias, ou seja, de normas incompatíveis.

Larenz,¹⁹¹ discorrendo sobre os métodos de desenvolvimento judicial do Direito, refere que a prática jurídica não se esgota na interpretação do texto de lei justamente por reconhecer que a lei, a despeito dos esforços para sua elaboração, não contém solução para todos os casos postos à regulação jurídica, justamente a hipótese das lacunas, razão pela qual se reconhece a competência dos tribunais para colmatar as referidas lacunas através dos métodos indicados pelo próprio sistema.

Neste sentido, é que, à luz da consideração da eficácia das normas constitucionais instituidoras de direitos fundamentais sociais, a carência de um enunciado legislativo que densifique direitos como educação e saúde, devem ser compreendidos como lacunas a reclamar o desenvolvimento judicial do Direito.

Prossegue o autor alemão no sentido de que a atividade de desenvolvimento judicial do Direito, integrando o sistema e superando as lacunas, só pode ser realizado em consonância com os princípios diretivos da ordem jurídica no seu conjunto, objetivando dar efetividade aos referidos princípios.

No caso específico do Direito brasileiro, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, prevê em seu art. 4º que, na omissão legislativa, o julgador deve apreciar a matéria e decidir de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do Direito.

¹⁹⁰ BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral do Direito**. 3ª Ed. Trad. Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2010, pág.: 230 e seg;

¹⁹¹ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 8ª Ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2019, pág. 519;

Neste sentido, diante de uma demanda judicial referente a uma prestação relativa aos serviços de educação direcionados às pessoas com deficiência, sobretudo que estejam no TEA, a ausência de dispositivo legal ou mesmo a existência de um contrato restritivo da prestação precisa ser interpretado à luz dos princípios jurídicos aplicados à espécie para, no exercício do papel de jurisdição constitucional, determinar qual decisão judicial vai dar a máxima efetividade aos compromissos constitucionais, seja na hipótese de integração de uma lacuna jurídica, seja no caso de superação de uma norma restritiva inconstitucional.

Ao tratar do controle de constitucionalidade, um dos desdobramentos da jurisdição constitucional, Barroso¹⁹² refere que um de seus fundamentos é justamente a proteção dos direitos fundamentais, tendo como pressuposto a preservação de valores materiais compartilhados pela sociedade. A nosso sentir, o mesmo critério de fundamentação aplica-se à superação das lacunas na medida em que o julgador não tem uma ampla liberdade de decisão de acordo com seus valores pessoais, no que redundaria em arbítrio, mas sua missão é identificar os valores e objetivos sociais cristalizados no texto constitucional e garantir-lhes efetividade.

Daí decorre a necessidade de compreender, como refere Larenz,¹⁹³ que nem toda lacuna permite a atuação integrativa do julgador. Refere o professor que se pode falar em lacunas tanto quando o sistema efetivamente não tenha previsto uma solução para um determinado problema, situação em que a legislação se manteve em silêncio, como também há lacunas quando o legislador, de modo intencional, deixa de regular um determinado fato social, optando por não dispor sobre o determinado fato, naquilo que chamou de silêncio eloquente e que não permitiria ao julgador considerar a existência de uma lacuna impedindo sua atividade integrativa.

Disto resulta a necessária investigação, diante de um caso concreto, se o legislador, ocasionalmente deixou de prever a obrigação de um determinado tratamento, medicamento ou terapia, porque deles olvidou ou por que são

¹⁹² BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 9ª ed. Edição do Kindle. São Paulo: Saraiva Jur, 2022, pág.: 24;

¹⁹³ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 8ª Ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2019, pág. 524-525;

posteriores à criação da lei, de sorte que estaríamos diante de uma verdadeira lacuna, ou se houve uma intencionalidade em estabelecer um limite de razoabilidade à concretização de um direito com base em algum critério constitucional, como por exemplo os limites orçamentários para satisfazer toda uma miríade de outros direitos.

É factível que, diante de um caso concreto, a exigência de uma determinada terapia ou tratamento muito custoso encontre obstáculos jurisdicionais para seu deferimento na medida em que determinado Tribunal ou o Poder Judiciário como um todo entenda que seus custos extrapolem o limite do razoável como exigência dirigida ao Estado.

Pois bem, quando se trata de direitos sociais, notadamente educação e saúde, a expectativa do cidadão médio é por uma satisfação plena e irrestrita. Ainda entre aqueles que entendam por haver um limite de razoabilidade, sobretudo de viés orçamentário à exigência de satisfação dos direitos sociais, costuma haver quem mude de opinião quando esteja na posição de mover questionamentos perante o Poder Judiciário, reclamando tutelas satisfativas de direitos prestacionais em grau mais elevado do que os disponíveis.¹⁹⁴

Normalmente, as justificativas do Estado (SUS), das empresas privadas (Operadoras de Plano de Saúde e Instituições de Ensino) para denegar tratamentos, terapias e medicamentos e mesmo de instituições de ensino para recusar o custeio de profissionais especializados quando não expressamente previstos na lei recai no já conhecido argumento da reserva do possível, sob o argumento de que arcar com o referido ônus em relação a um indivíduo ou uma minoria, implicará na redução ou inviabilidade de satisfação dos direitos de todos os demais.

Além do fato de que o Estado Social consagra uma imensa gama de direitos fundamentais que demandam uma grande repercussão financeira e orçamentária e que, por isso, os recursos precisam ser dosados e racionalizados, é fato que o particular, ao exercer serviços públicos, também o faz sob um modelo capitalista orientado à percepção de lucros, o que não deve, sob qualquer medida ser obstaculizado. Tal consideração também deve servir de

¹⁹⁴ Não se está defendendo aqui uma atuação do Judiciário que invada a esfera de competência dos outros poderes. Mas uma perspectiva limitada ao escopo de desenvolvimento judicial que reconheça potenciais lacunas do sistema e adote soluções integrativas;

parâmetro para a definição do limite razoável do grau de efetividade dos direitos fundamentais.¹⁹⁵

Um dos elementos centrais na discussão do Estado Social e sua capacidade de prover os direitos fundamentais reside justamente no custo dos direitos e a forma de satisfazer todas as expectativas de concretização dos direitos fundamentais direcionadas aos mais variados atores e grupos que formam a comunidade.

É já célebre a obra de Stephen Holmes e Cass Sunstein¹⁹⁶ sobre o custo dos direitos e a dependência do exercício das liberdades em relação à arrecadação e gestão dos impostos. Em linhas curtas, demonstram os autores como os direitos em geral, nomeadamente os direitos constitucionais, demandam um custo para sua satisfação, mesmo as chamadas liberdades públicas, costumeiramente entendidos como direitos negativos ou de abstenção, tem um viés positivo e demandam recursos públicos na medida em que exigem, pelo menos, uma estrutura que os garanta.

Neste contexto, Holmes e Sunstein, em comentário ao paradigmático caso *DeShaney*, julgado pela Suprema Corte estadunidense, analisa o tópico da relação entre a escassez de recursos e os níveis de satisfação de direitos pelos órgãos do executivo e até onde vai o papel do Judiciário na determinação de efetivação de medidas relativas à satisfação de tais direitos, na medida em que, decisões do Judiciário implicam em realocação de recursos anteriormente previstos no orçamento público.

Referem os autores que ao julgar casos envolvendo restrições de direitos, remediando violações já existentes e prevenindo que novas ocorram no futuro, o Poder Judiciário demanda uma ação dos órgãos do Poder Executivo que já agem sob limites orçamentários e possuem verbas limitadas para agir em face de problemas infinitos e que tais órgãos executivos é quem detém a

¹⁹⁵ Neste sentido, cfr.: “Ademais, por outro lado, a mesma Constituição que garante essa enorme gama de direitos fundamentais também garante, dentre eles, a propriedade privada e inúmeros outros direitos e princípios vinculados à proteção do mercado e da livre iniciativa (como é típico em estados capitalistas). E por isso a Constituição brasileira prevê limites à capacidade de tributação do Estado e, como consequência, limites no que tange com a capacidade de realização dos direitos sociais prestacionais” SCHIER, Paulo Ricardo. SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Direitos sociais, reserva do possível e o mínimo existencial: a aporia do meio adequado de satisfação** In. A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional. Belo Horizonte, ano 18, n. 74, out./dez. 2018, pág.: 67-96(71);

¹⁹⁶ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass, R. **O Custos dos Direitos. Porque a Liberdade Depende dos Impostos**. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2020;

capacidade técnica e operacional para distribuir com racionalidade os recursos financeiros para concretização de um determinado direito em uma comunidade.¹⁹⁷

Por isso, sempre que se pretenda falar em concretização de direitos, deve-se, à partida, considerar os limites materiais disponíveis para sua realização, pois, na prática, de nada adianta a consagração de um direito pelo Poder Judiciário se não existirem os meios orçamentários para sua efetividade.

Importante, então, uma melhor compreensão da potencial existência destes limites materiais à concretização dos direitos sociais, que ficou conhecida como reserva do possível e impõe o enfrentamento de questões econômicas, como a escassez de recursos, e questões políticas, envolvendo as escolhas ideológicas sobre quais direitos satisfazer e em que grau.

A referida teoria da reserva do possível, como explicado por Schier *et all.*¹⁹⁸, tem sua origem no constitucionalismo alemão dos anos 1970 sob a premissa de que a capacidade do Estado em prover direitos sociais está condicionada à capacidade de financiamento decorrente das receitas públicas.

Prosseguem os autores referindo que parte-se do pressuposto de que a gestão dos recursos públicos e sua alocação à determinados direitos e demandas sociais é resultado de uma decisão executiva, que o Estado de Direito encerra uma exigência de legalidade no gasto público e que, por isso toda e qualquer restrição a direitos decorrente de limitações orçamentárias tem justificativa jurídica insuperável e ainda que existam tais recursos e haja possibilidade de sua disponibilidade para satisfação de uma determinada pretensão, impõe-se a observância do limite da razoabilidade na sua concretização.

A utilização do argumento da reserva do possível grassou pelos tribunais brasileiros, de recorrência tanto nas ações em que figuram no polo passível o governo, como os particulares na condição de prestadores de serviços públicos, sob o argumento de ausência de espaço orçamentário e

¹⁹⁷ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass, R. **O Custos dos Direitos. Porque a Liberdade Depende dos Impostos**. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2020, pág.: 75-76;

¹⁹⁸ SCHIER, Paulo Ricardo. SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Direitos sociais, reserva do possível e o mínimo existencial: a aporia do meio adequado de satisfação** *In*. A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional. Belo Horizonte, ano 18, n. 74, out./dez. 2018, pág.: 67-96(73);

disponibilidade financeira para concretização de determinados níveis de prestação de serviços que extrapolariam os limites da razoabilidade.

Mas sua adesão não reverberou com tanta veemência no Judiciário brasileiro, sobretudo no que se refere às demandas inerentes à satisfação de direitos sociais inerentes à saúde. Vê-se na iterativa do Supremo Tribunal Federal que, muito embora o argumento esteja sempre presente, a preocupação com a efetividade dos direitos sociais é fundamento determinante das discussões.

É o caso do Recurso Extraordinário nº 684612¹⁹⁹, de Relatoria do Min. Roberto Barroso, em que se fixou a tese nº 698 de Repercussão Geral do STF, sobre os limites do Poder judiciário na determinação de contratação de servidores públicos para a saúde e estabeleceu-se que não há violação à separação dos poderes na intervenção do Judiciário em políticas públicas voltadas à realização de direitos fundamentais em caso de deficiência grave do serviço.

Especificamente no que concerne a custo de medicamentos, o STF enfrentou a matéria da reserva do possível para determinar critérios objetivos para concessão ou não de medicamentos de alto custo demonstrando que o argumento de autocontenção deve ser aplicado com cautela e sem implicar em inibição da efetividade dos direitos sociais.

A conclusão em questão foi proferida no julgamento do RE 566471, de Relatoria do Min. Marco Aurélio Melo e fixou o Tema nº 6²⁰⁰ de Repercussão do Supremo Tribunal Federal.

¹⁹⁹ STF – Tema 968: “1. A intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas voltadas à realização de direitos fundamentais, em caso de ausência ou deficiência grave do serviço, não viola o princípio da separação dos poderes. 2. A decisão judicial, como regra, em lugar de determinar medidas pontuais, deve apontar as finalidades a serem alcançadas e determinar à Administração Pública que apresente um plano e/ou os meios adequados para alcançar o resultado. 3. No caso de serviços de saúde, o déficit de profissionais pode ser suprido por concurso público ou, por exemplo, pelo remanejamento de recursos humanos e pela contratação de organizações sociais (OS) e organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIP)” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 684612**. Tribunal Pleno. Relator. Min. Luís Roberto Barroso. Julgado: 03.07.2023;

²⁰⁰ STF – Tema 6: “1. A ausência de inclusão de medicamento nas listas de dispensação do Sistema Único de Saúde - SUS (RENAME, RESME, REMUME, entre outras) impede, como regra geral, o fornecimento do fármaco por decisão judicial, independentemente do custo.” Supremo 2. É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento registrado na ANVISA, mas não incorporado às listas de dispensação do Sistema Único de Saúde, desde que preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos, cujo ônus probatório incumbe ao autor da ação: (a) negativa de fornecimento do medicamento na via administrativa, nos termos do item '4' do Tema 1234 da repercussão geral; (b) ilegalidade do ato de não incorporação do

Na oportunidade, o STF estabeleceu que o critério para determinar o fornecimento de um medicamento não era apenas o seu custo, mas sua inclusão nas listas de dispensação adotadas pelo SUS e o registro na ANVISA. Adicionalmente fixou ser lícito ao Judiciário determinar a dispensação de medicamentos que não estejam previstos nas listas do SUS, nem registrados na ANVISA, sob certas condições específicas de índole técnica e comprovação de eficácia, mas não deixou de reconhecer o tema de escassez.²⁰¹

Como se pode perceber, a reserva do possível é um importante recurso hermenêutico para a construção de um ambiente democrático, sobretudo quando levadas em condição as múltiplas necessidades de todos os

medicamento pela Conitec, ausência de pedido de incorporação ou da mora na sua apreciação, tendo em vista os prazos e critérios previstos nos artigos 19-Q e 19-R da Lei nº 8.080/1990 e no Decreto nº 7.646/2011; c) impossibilidade de substituição por outro medicamento constante das listas do SUS e dos protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas; (d) comprovação, à luz da medicina baseada em evidências, da eficácia, acurácia, efetividade e segurança do fármaco, necessariamente respaldadas por evidências científicas de alto nível, ou seja, unicamente ensaios clínicos randomizados e revisão sistemática ou meta-análise; (e) imprescindibilidade clínica do tratamento, comprovada mediante laudo médico fundamentado, descrevendo inclusive qual o tratamento já realizado; e (f) incapacidade financeira de arcar com o custeio do medicamento. 3. Sob pena de nulidade da decisão judicial, nos termos do artigo 489, § 1º, incisos V e VI, e artigo 927, inciso III, § 1º, ambos do Código de Processo Civil, o Poder Judiciário, ao apreciar pedido de concessão de medicamentos não incorporados, deverá obrigatoriamente: (a) analisar o ato administrativo comissivo ou omissivo de não incorporação pela Conitec ou da negativa de fornecimento da via administrativa, à luz das circunstâncias do caso concreto e da legislação de regência, especialmente a política pública do SUS, não sendo possível a incursão no mérito do ato administrativo; (b) aferir a presença dos requisitos de dispensação do medicamento, previstos no item 2, a partir da prévia consulta ao Núcleo de Apoio Técnico do Poder Judiciário (NATJUS), sempre que disponível na respectiva jurisdição, ou a entes ou pessoas com expertise técnica na área, não podendo fundamentar a sua decisão unicamente em prescrição, relatório ou laudo médico juntado aos autos pelo autor da ação; e (c) no caso de deferimento judicial do fármaco, oficial aos órgãos competentes para avaliarem a possibilidade de sua incorporação no âmbito do SUS. BRASIL Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 566471**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio Melo. Julgado: 26.08.2024;

²⁰¹ Trecho da ementa do julgamento: “6.1. Escassez de recursos e eficiência das políticas públicas. Como os recursos públicos são limitados, é necessário estabelecer políticas e parâmetros aplicáveis a todas as pessoas, sendo inviável ao poder público fornecer todos os medicamentos solicitados. A judicialização excessiva gera grande prejuízo para as políticas públicas de saúde, comprometendo a organização, a eficiência e a sustentabilidade do SUS. 6.2. Igualdade no acesso à saúde. A concessão de medicamentos por decisão judicial beneficia os litigantes individuais, mas produz efeitos sistêmicos que prejudicam a maioria da população que depende do SUS, de modo a afetar o princípio da universalidade e da igualdade no acesso à saúde. 6.3. Respeito à expertise técnica e medicina baseada em evidências. O Poder Judiciário deve ser autocontido e deferente às análises dos órgãos técnicos, como a Conitec, que possuem expertise para tomar decisões sobre a eficácia, segurança e custo-efetividade de um medicamento. A concessão judicial de medicamentos deve estar apoiada em avaliações técnicas à luz da medicina baseada em evidências. 7. A tese de julgamento consolida os critérios e parâmetros a serem observados tanto pelo autor da ação como pelo Poder Judiciário na propositura e análise dessas demandas.” Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 566471**. Tribunal Pleno. Relator Min. Marco Aurélio Melo. Dj. 28.11.2024;

grupos sociais que gozam da mesma legitimidade democrática para satisfação de seus direitos.

Todavia, como bem recorda Schier et. Al.²⁰², o referido argumento não pode ser compreendido como um argumento insuperável sob pena do que chamou de supremacia da discricionariedade política em relação aos direitos sociais o que levaria esses últimos a uma aplicabilidade fraca, o que não condiz com a previsão constitucional que vigora no Brasil.

A atividade de concretização dos direitos sociais demanda um elevado grau de atenção na construção de seus critérios de racionalidade. Ainda que se estabeleça uma compreensão jurídica de que sua eficácia imediata decorre diretamente do texto constitucional e essa eficácia mínima independe da conformação das políticas públicas, sua densificação por parte do Poder Judiciário não pode prescindir da escassez de recursos e do necessário critério de otimização de sua alocação.

Disto resulta que, se por um lado, como visto nas decisões do Supremo Tribunal acima mencionadas, a reserva do possível não serve como argumento automático para superação dos direitos fundamentais em homenagem às políticas públicas concebidas pelo Poder Executivo, igualmente estabelece um grau de exigência de racionalidade jurídica pautada na razoabilidade.

Neste sentido, Ingo Sarlet²⁰³ refere que a reserva do possível pode ser compreendida sob três diferentes dimensões. Em primeiro lugar, sob a exigência da disponibilidade fática de recursos financeiros para efetivação dos direitos fundamentais, na sequência sob a ótica de uma disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos relacionadas às competências materiais e financeiras estabelecidas na matriz de competências do sistema federativo e, por fim, sob a ótica do titular do direito, a exigência de que a prestação seja razoável.

²⁰² SCHIER, Paulo Ricardo. SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Direitos sociais, reserva do possível e o mínimo existencial: a aporia do meio adequado de satisfação** In. A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional. Belo Horizonte, ano 18, n. 74, out./dez. 2018, pág.: 67-96(73);

²⁰³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 9ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, pág.: 307;

Logo, a razoabilidade da prestação configura-se como o critério orientador da atividade interpretativa, permitindo ao aplicador do direito aferir se determinada demanda judicial relacionada a direitos sociais representa uma lacuna normativa a ser suprida pelo Poder Judiciário ou, ao contrário, se consiste em uma prestação cuja concretização não encontra amparo constitucional, na medida em que possui o potencial de comprometer a realização do mesmo direito ou de outros direitos de natureza fundamental equivalente, em prejuízo de outros destinatários igualmente dotados de dignidade.

O fato da lei nº 12.764/2012 não tratar expressamente sobre o custeio do Assistente Terapêutico representa uma lacuna? Uma omissão legislativa que reclama saneamento através de medidas integrativas, ou se trata de uma prestação deliberadamente não acolhida pelo ordenamento jurídico brasileiro?

Segundo dado divulgado pelo Ministério Público do Estado do Mato Grosso do Sul²⁰⁴, o custo médio de um acompanhante terapêutico no ambiente escolar, em 2023, ficava entre R\$ 5.000,00 a R\$ 6.000,00.

Parece-nos um valor extremamente elevado para uma família no Brasil, mesmo àquelas de capacidade financeira mais elevada, sobretudo quando considerado o valor atual do salário-mínimo que, em 2025, é de R\$ 1.510,00.

Em contrapartida, representa o valor de um profissional a mais por Estabelecimento de Ensino que é facilmente diluída no orçamento da instituição ou ainda muito mais facilmente suportada pela Operadora de Plano de Saúde ou mesmo pelo SUS.

Este valor está muito abaixo da média dos medicamentos de alto custo, aqueles destinados ao tratamento de enfermidades raras e que tem preços elevadíssimos.

Assim, as demandas que envolvem concretização por parte do Poder Judiciário para concessão de acompanhantes terapêuticos, a nossos sentir, representam uma busca de uma minoria pela efetividade dos direitos fundamentais previstos na Constituição, inerentes ao seu desenvolvimento pessoal para concretização da dignidade da pessoa humana através da

²⁰⁴ Consoante dado obtido no sítio eletrônico do MPMS, disponível em <https://mpmt.mp.br/portalcas/news/1013/129828/alem-de-mensalidade-familia-paga-para-psicologa-acompanhar-crianca-com-autismo-em-sala/2>, último acesso em 24.02.2025;

exigência de prestações razoáveis, que não produzem impactos significativos na capacidade do Estado em garantir outros direitos a outros atores Estatais, tampouco produz significativa redução da capacidade financeira dos agentes privados.

5 JULGAMENTOS PARADIGMÁTICOS EM DIREITO À EDUCAÇÃO INCLUSIVA PARA AS PESSOAS COM TRANSTORNO DO ESPECTRO AUTISTA

Esse capítulo será dedicado à pragmática das decisões judiciais no Brasil, em relação à educação inclusiva das pessoas com TEA.

Como já vimos, o direito positivo no Brasil considera a pessoa com TEA como pessoa com deficiência. A partir disso, analisamos dois julgamentos paradigmáticos do Supremo Tribunal Federal que tratam da (in) constitucionalidade de atos normativos sobre a educação inclusiva para pessoas com deficiência, a saber ADI nº 5357/DF e ADI nº 6590/DF.

Posteriormente, será objeto de nossa análise outros processos específicos da educação inclusiva para as pessoas com TEA, a fim de perceber em que medida as decisões paradigmáticas influenciam a atuação dos demais órgãos do Judiciário na pragmática da efetivação da inclusão das pessoas com autismo no ensino regular no Brasil.

Diante da perspectiva evolutiva acerca dos direitos das pessoas com deficiência, introduzida pela CDPD, os esforços estatais devem ser máximos no sentido de eliminar barreiras sociais para que as pessoas com deficiência gozem de seus direitos e liberdades fundamentais.

Reconhecidos como sujeitos de pleno direito, os indivíduos com deficiência assumem protagonismo na proteção de seus próprios direitos fundamentais, internacionalmente e no Brasil, quando o país, como já vimos, assume o compromisso internacional com a integração da Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência em seu ordenamento jurídico.

Seguindo o espírito da convenção, o Brasil direcionou os esforços para atingir o maior grau de efetividade dos direitos das pessoas com deficiência. Nesse sentido, editou leis que regulam diversos contextos em que estão inseridas as pessoas com deficiência, como já abordado.

No tocante à educação, a lei nº 13.146/2015 estabelece a partir do artigo 27 o direito à educação das pessoas com deficiência, assegurando sistema educacional inclusivo em todos os níveis e aprendizado ao longo de toda a vida.

Prescreve, no artigo 28, uma série de normas programáticas que visam a adequação das escolas para atingirem no ambiente escolar acessibilidade aos alunos com deficiência, planejamento pedagógico direcionado a maximizar a aprendizagem, formação e educação dos professores para atendimento educacional especializado e profissional de apoio, por exemplo. Todas essas normas de cunho obrigatório para as escolas públicas e, várias delas, também aplicada às escolas particulares.

Conforme a lei, essas exigências devem ser efetivadas de modo que as escolas particulares não podem repassar os custos para as pessoas com deficiência.²⁰⁵

Disto, as entidades ligadas às instituições de ensino particular ajuizaram ADI (Ação de Direita de Inconstitucionalidade) de nº 5357/DF, pelo que pretendiam demonstrar que a lei que prevê o direito à educação inclusiva não se harmonizava com os princípios da propriedade privada e da liberdade de iniciativa.

Igualmente, diante da publicação do Decreto nº 10.502/2020, através do qual o Poder Executivo pretendia modificar o Plano Nacional de Educação Especial, voltado às pessoas com deficiência, através da reintrodução do modelo de escolas especializadas, um determinado partido político, ajuizou a ADI nº 6590/DF sob o argumento de que a eliminação ou mesmo fragilização do modelo de educação inclusiva representava um retrocesso e ia de encontro aos dispositivos da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência.

²⁰⁵ Art. 28, § 1º: “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. Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015. Diário Oficial da União de 07.07.2015;

5.1 Julgamentos paradigmáticos do Supremo Tribunal Federal sobre Educação Inclusiva para as pessoas com deficiência

5.1.1 Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5357/DF

Em 4 de agosto de 2015, a Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (CONFENEN) protocolou, junto ao Supremo Tribunal Federal, a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) de nº 5357²⁰⁶, atribuída ao relator, Min. Edson Fachin, com a finalidade de impugnar a compatibilidade dos dispositivos contidos nos artigos 28, § 1º, e 30, caput, da Lei nº 13.146/2015, com os artigos estabelecidos na Constituição Federal Brasileira.²⁰⁷

²⁰⁶ EMENTA: AÇÃO 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. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5357**. Tribunal Pleno. Rel. Min. Edson Fachin, publicado em 07.03.2017;

²⁰⁷ Cfr.: “A pretensão fiscalizadora, ora deduzida, busca a declaração de inconstitucionalidade do § 1º do artigo 28 e do artigo 30, “caput”, especialmente, expressão “PRIVADA”, todos da Lei nº 13.146 de 6/7/2015.” Trecho da petição inicial da CONFENEN na ADI 5357/DF. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5357**. Tribunal Pleno. Rel. Min. Edson Fachin, publicado em 07.03.2017;

Pois bem, a autora da ADI alegou que a lei em questão confrontava diretamente os seguintes direitos estabelecidos na Constituição Federal do Brasil, a saber: *direito de propriedade e sua função social* (Art. 5º – caput e incisos XXII e XXIII); *propriedade privada e função social da propriedade* (Art. 170 – incisos II e III); *“educação é dever do Estado e da família”* (Art. 205); *“liberdade de aprender e de ensinar; pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas”* (Art. 206 – caput e incisos II e III); *“é dever do Estado o atendimento a portador de necessidade especial”* (Art. 208 – caput e inciso III); *“liberdade de ensino à livre iniciativa”* (Art. 209); *“dever do Estado e da família, o atendimento já mencionado”* (art. 227); *“obrigação do Estado”* (art. 227, § 1º, inciso II)²⁰⁸.

Em outro giro, a COFENEN argumentou, que os dispositivos impugnados feririam o princípio da razoabilidade inscrito no art. 5º, inciso LIV da CF, uma vez que tornavam obrigatório o cumprimento do art. 28 da lei 13.146/2015, em praticamente todos os seus incisos, às escolas privadas. Obrigando-as a receber toda pessoa com deficiência, de qualquer natureza, grau ou profundidade, jogando o ônus dos custos para as escolas particulares e os demais alunos, alegando ser injusto o aumento da mensalidade para o orçamento familiar dos demais alunos.

Isso porque a lei 13.146/2015, expressamente, veda às instituições de ensino transferirem os custos operacionais aos alunos com deficiência por aumento de suas mensalidades.

Em apertada síntese, o argumento norteador era de que as escolas de ensino privado não poderiam ser obrigadas a garantir a educação inclusiva às crianças e adolescentes com deficiência, em razão dos altos custos das medidas integrativas inscritas em lei, bem como a dificuldade para contratação de profissionais e adaptação da estrutura especializada para atender a qualquer tipo de deficiência, sobretudo porque o espectro de pessoa com deficiência é imenso.

²⁰⁸ Trecho da petição inicial da CONFENEN na ADI 5357/DF. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5357**. Tribunal Pleno. Rel. Min. Edson Fachin, publicado em 07.03.2017;

Pois bem, a questão envolvia o aspecto pragmático da efetividade da lei nº 13.146/2015, nomeadamente a efetividade dos incisos prescritos no art. 28, para garantir a educação inclusiva às pessoas com deficiência no ensino regular, na iniciativa privada. Gerando grandes desafios operacionais à concretização imediata do comando constitucional.

Nesse sentido, a CONFENEN argumentou que as adaptações que a lei exigia eram muitas e o custo para isso não poderia ser suportado pelas instituições privadas, uma vez que a elas era dado a liberdade de escolha para trabalhar com a educação especializada ou não, conforme a lei de nº 9.394/96, que estabelece as diretrizes e bases da educação no Brasil.

Nesse mesmo sentido, a CONFENEN estabeleceu uma distinção entre a obrigação da prestação do serviço da educação inclusiva entre a educação pública e a educação privada, indicando que os custos do direito à educação inclusiva deveriam ser suportados e prestados pelo poder público e não pelas escolas de ensino privado, sob o fundamento de que exercem serviço educacional, muito embora com fins econômicos, sob concessão do Poder Público.

Levando em conta o direito à livre iniciativa, a CONFENEN alegou inconstitucionalidade da lei 13.146/2015, a partir da prescrição do art. 28, § 1º, que determina que a escola privada, especializada ou não, tem que aceitar a matrícula de qualquer pessoa com deficiência. O argumento da Confederação foi no sentido de que a prestação de serviço educacional pela escola particular se dá por um contrato civil, firmado entre escola e o aluno ou seu responsável,²⁰⁹ e que, neste sentido as disposições da lei em questão seriam inaplicáveis por se tratar de relações jurídicas de Direito Privado, o que reduziria o escopo da tutela protetiva da lei impugnada.

Ainda, foram desenvolvidos argumentos de cunho emocional, no sentido de que a educação inclusiva, sem o devido preparo para tal, provocaria aos professores, aos funcionários e aos outros alunos desequilíbrio emocional,

²⁰⁹ Trecho da petição inicial da CONFENEN na ADI 5357/DF. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5357**. Tribunal Pleno. Rel. Min. Edson Fachin, publicado em 07.03.2017;

de modo que essa integração poderia representar violação aos direitos humanos dos alunos sem deficiência.²¹⁰

Pois bem, a nosso sentir, a linha argumentativa adotada pela CONFENEN, buscou restringir o conceito de educação inclusiva com fundamento em princípios e valores próprios do Direito Privado, tais como a propriedade privada e a liberdade econômica.

Além disso, ficou evidenciado uma tentativa de conferir à dignidade da pessoa humana uma interpretação de caráter finalista, resultando na limitação do compartilhamento do ambiente educacional, tendo em conta a menor expectativa de desempenho do aluno com deficiência e os riscos que a estruturação de um ambiente adequado à sua inclusão poderia impactar a legítima expectativa de lucro inerente à atividade empresarial.

Antes de proceder à análise do pedido cautelar de suspensão dos efeitos da lei, no curso da tramitação processual, o relator, Ministro Edson Fachin, admitiu a intervenção de diversas entidades representativas de pessoas com deficiência na qualidade de *amicus curiae*. Essas entidades, abrangendo uma ampla diversidade de manifestações e perspectivas sobre a matéria, contribuíram para o debate judicial ao apresentar argumentos relevantes que foram considerados no julgamento da causa.

Em resumo, todos os pareceres dos *amicus curiae* seguiram um mesmo fio condutor, apontando para a constitucionalidade dos artigos impugnados da lei, destacando razões diversas pelas quais defendiam, em essência, a educação inclusiva como continuidade da política pública do direito à educação no Brasil.

Nos pareceres, o que chamou atenção foi a força argumentativa que apontava para a natureza de norma constitucional da CDPD e sua consequente posição hierárquica em relação às normas de regência dos direitos das pessoas com deficiência.

²¹⁰ Cfr.: “frustram e desequilibram emocionalmente professores e pessoal da escola comum, regular, por não possuírem a capacitação e especialização para lidar com todo e qualquer portador de necessidade e a inumerável variação de cada deficiência; causarão o desemprego e o fechamento de escolas particulares; lançam sobre a iniciativa privada encargos e custos de responsabilidade exclusiva dos poderes públicos”. Trecho da petição inicial da CONFENEN na ADI 5357/DF. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5357**. Tribunal Pleno. Rel. Min. Edson Fachin, publicado em 07.03.2017;

Ponto nodal das alegações girou na defesa da constitucionalidade da lei 13.146/2015, destacando o espírito da CDPD estampado no preâmbulo que refere que *discriminar a pessoa com deficiência, especialmente em razão de sua deficiência, é uma violação à dignidade humana*²¹¹.

Dessa forma, a Convenção²¹² estabelece, como dever fundamental do Estado, a adoção de todas as medidas necessárias, inclusive de natureza legislativa, com o propósito de modificar ou revogar normas, regulamentos, costumes e práticas que perpetuem qualquer forma de discriminação contra pessoas com deficiência, pelo que reforça o compromisso dos Estados signatários da Convenção em erradicar barreiras atitudinais, normativas e socioculturais.

Disto, seguiram as alegações dos *amicus curiae*, defendendo a constitucionalidade da lei supra, apontando razões diversas, a fim de combater os argumentos da Autora, pelo que separamos as mais importantes para a análise.

Primeiro, merece destaque o condão argumentativo da Organização Nacional dos Cegos, quando aborda a barreira atitudinal²¹³ como sendo um dos maiores desafios no combate ao preconceito e discriminação das pessoas com deficiência.

Esse tipo de barreira não pode mais ser suportado em um Estado comprometido com a causa da inclusão efetiva, porque há muito tempo já passamos da fase da integração para a inclusão da pessoa com deficiência²¹⁴.

²¹¹ Cfr.: “Reconhecendo também que a discriminação contra qualquer pessoa com base na deficiência é uma violação da dignidade e valor inerente à pessoa humana”. BRASIL. Dec. Legislativo nº 186 de 09 de julho de 2008. Aprova o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007. Diário Oficial da União de 10 de julho de 2008;

²¹² BRASIL. Dec. Legislativo nº 186 de 09 de julho de 2008. Aprova o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007. Diário Oficial da União de 10 de julho de 2008;

²¹³ Cfr.: “O convívio diário em coletividade provoca a ruptura de barreiras atitudinais (atitude das pessoas) e se desenrola na necessidade de superação das barreiras ambientais (hostilidade no ambiente do entorno para necessidades específicas da pessoa).” Trecho do parecer do Amicus Curiae da ORGANIZAÇÃO NACIONAL DE CEGOS DO BRASIL – ONCB na ADI 5357/DF. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5357**. Tribunal Pleno. Rel. Min. Edson Fachin, publicado em 07.03.2017;

²¹⁴ Cfr.: “A proposta remete aos anos 70 e 80, na fase denominada de integração social, pela qual a responsabilidade pela deficiência era apenas da família e de sua família, não da sociedade e do Estado, de forma que se a criança ou adolescente com deficiência quisesse participar da escola regular e ser incluída socialmente, ela e sua família que pagassem pelas adaptações físicas, de material didático e demais custos da educação, ou o aluno que se adaptasse com o que já existia ou continuava segregado. Isso quando era aceito no colégio.

O modelo que concentrava a responsabilidade pela deficiência apenas na família e no indivíduo já é há muito tempo superado.

Esse argumento claramente ataca a posicionamento das escolas particulares, estabelecendo que a mudança de atitude para incluir as pessoas com deficiência deve ser de todos. A barreira atitudinal, portanto, é um caminho necessário a ser percorrido e o Estado signatário da Convenção deve estar comprometido em superar esse obstáculo.

Segundo, de acordo com ORGANIZAÇÃO NACIONAL DE CEGOS DO BRASIL (ONCB), o espaço da escolar, microsistema social, é o ambiente próprio para o florescer do potencial das pessoas com deficiência, o que permite uma projeção de futuro alicerçada na verdadeira inclusão e participação da pessoa com deficiência no tecido social e no mercado de trabalho²¹⁵ de forma autônoma e produtiva.

Nesse mesmo sentido, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo quando afirma que a segregação na educação não se restringe apenas ao nível de instrução, mas também traz graves reflexos ao acesso ao trabalho, à possibilidade de uma vida independente e autônoma das pessoas com deficiência.

O parecer da entidade “MAIS” (Movimento de Ação e Inovação Social – Movimento Down), em resposta à alegação da COFENEN sobre a obrigação legal de ter que suportar os custos da educação inclusiva sem repassar para as pessoas com deficiência, alegando ser injusto partilhar os custos com os demais alunos, defende que os esforços para efetivar a educação inclusiva deve ser de todos, conforme prescreve o art. 205 da Constituição Federal Brasileira²¹⁶.

Esse cenário violava todos os direitos vinculados à dignidade da pessoa humana.” Trecho do parecer do Amicus Curiae da ORGANIZAÇÃO NACIONAL DE CEGOS DO BRASIL – ONCB na ADI 5357/DF. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5357**. Tribunal Pleno. Rel. Min. Edson Fachin, publicado em 07.03.2017;

²¹⁵ Sobre o tema também se posiciona a DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO em seu parecer na condição de *Amicus Curiae*. Cfr.: “É certo, ainda, que a discriminação no ensino não se restringe ao nível de instrução, também trazendo graves reflexos no acesso ao mundo do trabalho e, por consequência, possibilidade de uma vida independente e com autonomia, pois geralmente as oportunidades de trabalho que exigem menor nível de instrução são aquelas que oferecem menor rendimento”. Trecho do parecer do Amicus Curiae DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO BRASIL, na ADI 5357/DF. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5357**. Tribunal Pleno. Rel. Min. Edson Fachin, publicado em 07.03.2017;

²¹⁶ “A educação é direito de todos e dever do Estado e da família, sendo promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, e

Disto, revela-se que o compromisso pela educação tem natureza de responsabilidade social, pelo que os esforços para promoção da educação inclusiva não devem ser suportados unilateralmente. Nem somente pelo Estado, mas também pelas entidades privadas e seus usuários.²¹⁷

Sobre a vinculação dos entes privados ao regime internacional e constitucional de proteção aos direitos humanos das pessoas com deficiência, bem se posicionou a Defensoria Pública do Estado de São Paulo apontando que a própria Convenção estabelece como dever dos Estados signatários a efetivação de mecanismos apropriados para que os direitos nela previstos sejam igualmente assegurados e cumpridos pelas entidades privadas.

Considerando que, no Brasil, a matéria em questão encontra-se inserida no próprio texto constitucional em sua forma emendada, não subsiste espaço para a linha argumentativa delineada na petição inicial da COFENEN. Posto que tal argumentação fundamenta-se em uma alegada diferenciação de obrigações entre o Estado e os particulares, distinção esta que se revela inconciliável com o regime de tutela dos direitos humanos nos âmbitos global, regional e nacional.²¹⁸

O ordenamento jurídico pátrio, em harmonia com os compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro, impõe tanto ao poder público quanto aos entes privados deveres inafastáveis no que tange à promoção da igualdade e à garantia da inclusão, de modo que qualquer tentativa de mitigar tais obrigações configura afronta aos princípios estruturantes da ordem constitucional e dos tratados internacionais de direitos humanos incorporados ao sistema jurídico nacional.

seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.” BRASIL. Constituição de 1988. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988;

²¹⁷ Cfr.: “Por sua vez, o art. 205, caput, da Constituição Federal elege a educação como “direito de todos” que será promovida “com a colaboração da sociedade, visando o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para a cidadania e sua qualificação para o trabalho”. Trecho do parecer do Amicus Curiae da entidade “MAIS” (movimento de ação e inovação social- “movimento down”), na ADI 5357/DF. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5357**. Tribunal Pleno. Rel. Min. Edson Fachin, publicado em 07.03.2017;

²¹⁸ Parecer da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, na ADI 5357/DF. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5357**. Tribunal Pleno. Rel. Min. Edson Fachin, publicado em 07.03.2017;

Ante o cenário, impõe-se a reflexão sobre se a pretensão deduzida na Ação Direta de Inconstitucionalidade em exame não configuraria, em última instância, a reivindicação de um pretense "direito de discriminar".

A possibilidade revela-se manifestamente incompatível com os compromissos internacionais e constitucionais assumidos pelo Estado brasileiro, os quais impõem a observância do princípio da igualdade e da não discriminação, especialmente no que se refere à tutela dos direitos das pessoas com deficiência.

Assim, à luz dos imperativos normativos que regem o ordenamento jurídico brasileiro, mostra-se inadmissível qualquer interpretação que, sob a justificativa de liberdade econômica ou autonomia privada, legitime a exclusão ou segregação de indivíduos em razão de sua condição.

Por fim, ao examinar a questão, o Supremo Tribunal Federal decidiu enfrentar diretamente o mérito da Ação Direta de Inconstitucionalidade, promovendo a análise definitiva da controvérsia. Ao término das deliberações, a Corte concluiu pela improcedência da ação, reafirmando a constitucionalidade da Lei nº 13.146/2015, especialmente no que tange à sua aplicabilidade às instituições de ensino da rede privada.

O Ministro Relator inicia seu voto invocando o princípio da solidariedade e referindo a importância da pluralidade e da diversidade na construção social e sua centralidade da construção democrática. Segundo o Ministro Fachin, decorre da construção de uma sociedade plural e solidária a exigência de uma igualdade material que demanda a concretização de ações que efetivem mecanismos para que todos os grupos que formam o tecido social tenham verdadeiro acesso a todos os ativos sociais.²¹⁹

Partindo da compreensão da Convenção como norma constitucional, o relator fundamenta que o direito à educação inclusiva é imperativo

²¹⁹ Cfr.: “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.” Trecho do Voto do Ministro Luís Edson Fachin na ADI 5357/DF. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5357**. Tribunal Pleno. Rel. Min. Edson Fachin, publicado em 07.03.2017;

constitucional que estabelece inclusão plena e veda qualquer medida de exclusão de qualquer pessoa em razão da deficiência.

Outrossim, consoante demonstrado pelo voto condutor, para além da CDPD, a Constituição é pródiga em dispositivos protetivos da pessoa com deficiência, fazendo especificamente menção, dentre outros, ao art. 208, III que trata da educação especializada preferencialmente na rede regular de ensino.

Ao assinar a CDPD e internalizá-la como norma constitucional, o Estado brasileiro firma o compromisso de concretização da dignidade da pessoa humana mediante ações de proteção ao pleno e equitativo acesso a todos os direitos e liberdades fundamentais, nomeadamente a educação que se dá de forma inclusiva.

Neste particular, refere o Min. Fachin que decorre do compromisso do Estado em viabilizar o acesso igualitário ao sistema de ensino e à vida comunitária e do fato de o ensino ser compulsório a impossibilidade de existirem óbices ao acesso das pessoas com deficiência à educação na rede regular seja na rede pública, seja na rede privada.

A lei nº 13.146/2015, ao estabelecer que tanto as escolas públicas, quanto privadas são responsáveis pela inclusão das pessoas com deficiência devendo realizar todas as adaptações necessárias sem repassar os custos às famílias representa o cumprimento por parte do Estado brasileiro do compromisso constitucional assumido quando da assinatura da CDPD.

As disposições da referida lei nº 13.146/2015, reforça o Min. Fachin, estão em linha com o sistema de educação inclusivo previsto no art. 24 da CDPD, especificamente a dignidade da pessoa humana e desenvolvimento dos talentos e habilidades físicas e intelectuais e efetivação de meios para participação efetiva na sociedade.

Prossegue o voto destacando que educação é um serviço público e que o fato de poder ser prestado por agentes econômicos em nada implica a ausência de responsabilidade e limites legais aos empreendedores da educação que se submetem aos dispositivos constitucionais, à LDB e a qualquer outro diploma normativo aplicável.

Os argumentos suscitados pelos autores da ADI, com base em liberdades públicas como a livre iniciativa e a função social da propriedade,

resultam, segundo o voto, na obstaculização da normatividade dos direitos fundamentais sociais e esta não é a correta interpretação constitucional.

Afasta ainda argumentos de que as imposições previstas na lei nº 13.146/2015 representariam uma ofensa à dignidade dos professores e dos demais alunos sem necessidades especiais que estariam suscetíveis de grave abalo e sofrimento psíquico, decorrentes dos novos encargos a serem suportados.

A CDPD e, conseqüente a lei nº 13.146/2015, são reflexo de uma perspectiva de interação positiva do Estado na concretização de direitos fundamentais, inerentes ao Estado Social e representam a concretização dos compromissos internacionais assumidos no âmbito da educação como meio de materialização da igualdade substancial.²²⁰

O objeto da ação, ao final, resumia-se não em determinar se o Estado deveria intervir normativamente criando obrigações de inclusão às Instituições de Ensino, mas de determinar o nível de intensidade da referida intervenção à luz da relevância da educação inclusiva enquanto direito constante do bloco de fundamentalidade.

Sobre essa determinação de graus de intervenção, Paulo Gilberto Cogo Leivas²²¹, refere que podem ser leves, médias e graves, a depender de como o Estado age para garantir o exercício de um determinado direito fundamental em oposição a outro, tomando como parâmetro qual deles representa uma demanda mais urgente para a comunidade.

Fica claro para nós que, tomando como elemento norteador a dignidade da pessoa humana de um grupo minoritário de alta vulnerabilidade, a abordagem do Supremo Tribunal Federal foi uma intervenção grave que se consubstanciou na criação de deveres dirigidos às Instituições de Ensino, mas

²²⁰ Sobre o tema cfr.: “Nos Estados Democráticos, porém, é na esfera política que são reconhecidos os valores comuns e estabelecidos os princípios fundamentais. O direito constitucional representa o conjunto de valores sobre os quais se constrói, na atualidade, o pacto da convivência coletiva, função outrora exercida pelos códigos civis. (...)O Direito é justamente isto, uma força de transformação da realidade. É essa função civilizatória, reconhecida através de uma intrínseca função promocional, a par da tradicional função repressiva, mantenedora do status quo”. MORAES, Maria Celina Bodin de. **O Conceito de Dignidade Humana: Substrato Axiológico e Conteúdo Normativo**. In. Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. 3ª ed. Ingo Wolfgang Sarlet (org.) Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, págs.: 111-144 (113);

²²¹ Confira-se: LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, pág.: 51;

que encontram sua justificativa na construção do pluralismo social e distribuição equitativa dos ativos sociais.

Observa-se que a decisão do Supremo Tribunal Federal toma como parâmetro uma concepção da dignidade humana em um viés ativo, para além das medidas protetivas em face do Estado, mas como uma exigência de tutela do Estado orientada ao desenvolvimento pessoal e social do indivíduo.²²²

Prossegue o Min. Edson Fachin, referindo que a lei nº 13.516/2015 representa a materialização de um compromisso ético de acolhimento de todos os grupos que formam o tecido social, em uma clara referência ao pluralismo social e a forma como tal encontro e exposição ao diferente reverbera na construção de uma sociedade igualitária e democrática.²²³

O Min. Edson Fachin ainda afasta o argumento de inaplicabilidade da lei 13.146/2015 às escolas privadas concluindo que o ensino inclusivo é um direito constitucionalmente consagrado e que deve ser densificado tanto no âmbito das relações com o Poder público quanto entre particulares.

Arremata referindo que o ensino público inclusivo é uma política estável amparada pela CFRB e aplicável aos agentes econômicos e com tais ponderações nega provimento à ação ajuizada pela entidade de representação das instituições de ensino particular para determinar a constitucionalidade da lei 13.146/2015 igualmente às instituições privadas e consolidar o entendimento normativo de que o Brasil impõe, por seu aparato jurídico, o acesso da pessoa com deficiência ao ambiente regular de ensino.

Sobre esse aspecto, recorreremos às lições de Ingo Sarlet quando destaca que tentativas de fragilização de direitos fundamentais nas relações de Direito Privado é uma característica de países como Brasil, ainda na periferia do

²²² Neste sentido, Cfr.: DE MORAIS, Maria Celina Bodin. O Conceito de Dignidade Humana: Substrato Axiológico e Conteúdo Normativo. In. Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. 3ª ed. Ingo Wolfgang Sarlet (org.) Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, págs.: 111-144 (118);

²²³ Cfr.: “Ademais, o enclausuramento em face do diferente furta o colorido da vivência cotidiana, privando-nos da estepefação diante do que se coloca como novo, como diferente. Esse estranhamento “não pode nos imobilizar em face dos problemas que enfrentamos relativamente aos direitos humanos, isto é, ao direito a ter direitos, ao contrário, o estranhamento deve ser o fio condutor de uma atitude que a partir da vulnerabilidade assume a única posição ética possível, a do acolhimento.” (CHUEIRI, Vera Karam de; CÂMARA, H. Direitos Humanos em movimento: migração, refúgio, saúde e hospitalidade, Revista Direito, Estado e Sociedade (PUC-RJ), Vol. 45, 2014. p. 174).” Trecho do Voto do Ministro Luis Edson Fachin. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5357**. Tribunal Pleno. Rel. Min. Edson Fachin, publicado em 07.03.2017;

desenvolvimento humano e que não há qualquer espaço para questionamentos sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais na medida em que se trata de decorrência da eficácia da Constituição sobre os atos normativos que dela decorrem e que devem ser garantidos pela atuação do Poder Judiciário.²²⁴

Disto, ressalta a importância do Judiciário na garantia de concretização dos direitos fundamentais nas relações privadas a partir da consagração de que também os agentes privados são responsáveis pela realização de tais direitos.

A transferência da realização de direitos fundamentais de índole social para agentes econômicos traz consigo a problemática da dicotomia entre a necessidade de maximização da efetividade dos direitos sociais, da qual decorre o aumento dos gastos, e a justa expectativa de lucros pelos empresários, da qual é inerente o dever de economizar e conter gastos, do que decorre fragilização de direitos.

Como se viu do escopo do processo em causa, a atuação do particular na realização de direitos prestacionais é uma porta aberta à precarização de direitos sociais e demanda uma constante atuação do Poder Público através do seu dever de proteção.

Sobre a teoria do dever de proteção, Iuri Bolesina e Tamiris Gervasoni²²⁵, apoiados em Jürgen Schwabe, apontam sua origem no Direito Constitucional alemão, a partir do julgamento do caso *Luth* e que se refere ao dever do Estado de proteger a efetividade e fruição dos direitos fundamentais contra qualquer ato de violação praticado tanto pelo próprio Estado, quanto por particulares.²²⁶

²²⁴ SARLET, Ingo. **Neoconstitucionalismo e Influência dos Direitos Fundamentais no Direito Privado: Algumas Notas Sobre a Evolução Brasileira**. In. Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. 3ª ed. Ingo Sarlet (org.), Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, págs.: 13-37 (21);

²²⁵ Reconheceu-se, portanto, expressamente o dever de proteção (Schutzpflicht) do Estado perante os direitos fundamentais, estabelece-se a necessária proteção independentemente daquele que esteja interferindo em seu pleno exercício ou proteção, ou seja, ainda que tal violação ao direito fundamental tenha origem em ato realizado pelo próprio Estado ou por atores particulares, pois, em face da amplitude do dever de proteção, “ele não só proíbe – evidentemente – intervenções diretas do Estado na vida em desenvolvimento, como também ordena ao Estado posicionar-se de maneira protetora e incentivadora (...) dos direitos fundamentais”. BOLESINA, Iuri; GERVASONI, Tamiris Alessandra. **O Dever de Proteção aos Direitos Fundamentais no Direito Privado: Análise Concreta**. In. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 33, n. 2, jun./dez. 2017, pág.: 172-189(180);

²²⁶ Neste mesmo sentido, Ingo Sarlet: “os deveres de proteção decorrentes das normas definidoras de direitos fundamentais impõem aos órgãos estatais [...] um dever de proteção dos

Consoante pudemos abordar no tópico 1.3, a eficácia das normas de direito fundamental nas relações privadas é tema já exaustivamente debatido e amplamente reconhecido pelo Poder Judiciário na realização do dever de proteção.

A própria Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência tem previsão específica com relação à necessidade de proteção dos direitos dela decorrentes nas relações entre particulares, especificando um compromisso do Estado na adoção de medidas orientadas à eliminação de discriminações baseadas na deficiência, igualmente quando praticada por empresas privadas.²²⁷

Como já mencionado exaustivamente ao longo do trabalho, trata-se de dispositivo constante do bloco de constitucionalidade pelo que se pode concluir que a Constituição Brasileira expressamente refere que os direitos fundamentais, nomeadamente aqueles aplicáveis aos portadores de deficiência, devem ser resguardados contra fragilizações praticadas por entidades privadas.

Por mais que a entidade autora da ADI tenha fundamentado sua arguição de inconstitucionalidade em direitos fundamentais relativos a liberdades públicas, tentando conduzir o julgamento a um juízo de ponderação entre os princípios, a Corte foi expressa ao referir que os argumentos suscitados não conduziam a uma redução do conteúdo protegido de tais direitos.

Isto porque o fiel da balança reside, consoante vimos expondo ao longo do trabalho, na concretização da dignidade da pessoa humana e onde está o maior grau de sua vulnerabilidade e, com base nesses critérios, o STF negou

particulares contra agressões aos bens jurídicos fundamentais constitucionalmente assegurados, inclusive quando estas agressões forem oriundas de outros particulares” SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Fundamentais e Direito Privado: Algumas Considerações em torno da Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais.** In. A constituição concretizada: construindo as pontes com o público e o privado. Ingo Sarlet (org.) Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. pág. 107-163(126);

²²⁷ Cfr.: “1. Os Estados Partes se comprometem a assegurar e promover o pleno exercício de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência, sem qualquer tipo de discriminação por causa de sua deficiência. Para tanto, os Estados Partes se comprometem a:

e) Tomar todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação baseada em deficiência, por parte de qualquer pessoa, organização ou empresa privada” BRASIL. Dec. Legislativo nº 186 de 09 de julho de 2008. Aprova o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007. Diário Oficial da União de 10 de julho de 2008;

provimento à ação movida pela CONFENEN e manteve a constitucionalidade da lei Nº 13.146/2015 também nas relações com pessoas de Direito Privado.

5.1.2 Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6590/DF

Em 30 de setembro de 2020, o Poder Executivo publicou o Decreto nº 10.502/2020 com o objetivo de instituir a Política Nacional de Educação Especial (PNEE): Equitativa, Inclusiva e com Aprendizado ao Longo da Vida.

Dispunha o referido decreto que a União, em colaboração com os demais entes federativos, implementaria programas e ações com vistas à garantia dos direitos à educação e ao atendimento educacional especializado aos alunos com deficiências, transtornos e com superdotação.²²⁸

Chamou a atenção da comunidade especializada o fato de que o referido decreto prever a adoção de centros de educação e/ou salas de aula especializadas para o atendimento de alunos com deficiência em um ambiente destacado dos demais alunos o que, vai de encontro com os princípios de inclusão introduzidos pela CDPD.

O art. 2º do Decreto estabelecia definições atreladas à educação especial que remetiam à ambientes especializados ao longo de seus incisos e estabelecia a criação de escolas ou mesmo de salas especializadas para atendimento exclusivo aos alunos com deficiência especiais que não se beneficiam do ambiente regular.

Neste sentido, um determinado partido político ingressou com uma Ação Direta de Inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal questionando a validade do referido decreto que recebeu o nº 6590 e foi distribuída ao Ministro Dias Toffoli.

Em sua petição inicial, o autor da ADI refere, em síntese, que o Decreto 10.502/2020 implica em segregação dos alunos com deficiência do

²²⁸ “Art. 1º Fica instituída a Política Nacional de Educação Especial: Equitativa, Inclusiva e com Aprendizado ao Longo da Vida, por meio da qual a União, em colaboração com os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, implementará programas e ações com vistas à garantia dos direitos à educação e ao atendimento educacional especializado aos educandos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação.” 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 Publicado no Diário Oficial da União em 01.10.2020;

ambiente escolar, o que implicaria em manifesta discriminação e, portanto, afronta à CDPD e Lei 13.146/2015.

Ainda estabelece que o PNEE de 2020, previsto no referido Decreto 10.502/2020, implicaria em retrocesso em relação ao PNEE anterior, instituído em 2008 que priorizava a educação inclusiva e teria provocado uma grande desmobilização das escolas especiais para alocação dos estudantes com necessidades especiais no ambiente inclusivo das escolas regulares.

Em suas alegações, a petição da ADI faz referência ao Comentário Geral nº 4 do Comitê da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que trata especificamente do direito à educação inclusiva previsto no art. 24 da CDPD.

O referido Comentário Geral nº 4²²⁹ começa destacando a mudança de estatuto das pessoas com deficiência, desde uma posição passiva de destinatários de políticas de bem-estar social para uma concepção ativa de titulares de direitos, dentre eles a educação sem discriminação e igualdade de oportunidades.

Reforça que, em linha com diversos documentos internacionais e estudos desenvolvimentos por vários anos, especificamente com a CDPD, o primeiro com força jurídica vinculante, compreende-se que a educação inclusiva é elemento fundamental para a educação de qualidade de todos os alunos e para o desenvolvimento de sociedades mais justas, pacíficas e inclusivas, na medida em que a educação inclusiva é a ferramenta para obtenção de universidade e não discriminação no direito à educação.

Ainda segundo o referido Comentário²³⁰, deve-se ter em mente a distinção entre exclusão, segregação, integração e inclusão. A primeira distinção

²²⁹ United Nations. Committee on the Rights of Persons with Disabilities. General Comment Nº 4 (2016) on the Right to Inclusive Education. 25.11.2016. Disponível em <https://docs.un.org/en/CRPD/C/GC/4>, Último acesso em 02.03.2025.

²³⁰ Cfr.: “The Committee highlights the importance of recognizing the differences between exclusion, segregation, integration and inclusion. Exclusion occurs when students are directly or indirectly prevented from or denied access to education in any form. Segregation occurs when the education of students with disabilities is provided in separate environments designed or used to respond to a particular impairment or to various impairments, in isolation from students without disabilities. Integration is the process of placing persons with disabilities in existing mainstream educational institutions with the understanding that they can adjust to the standardized requirements of such institutions.4 Inclusion involves a process of systemic reform embodying changes and modifications in content, teaching methods, approaches, structures and strategies in education to overcome barriers with a vision serving to provide all students of the relevant age range with an equitable and participatory learning experience and the environment that best

ocorre quando há negação do direito à educação à pessoa com deficiência. A segunda ocorre justamente pela adoção de escolas e salas de aula diferenciadas e isoladas em total apartamento dos demais alunos. A terceira quando o aluno com deficiência é introduzido no ambiente regular, mas com o entendimento de que tais alunos com deficiência se adaptem ao ambiente e às práticas educacionais.

Enquanto a inclusão tem lugar quando se desenvolve um processo de reforma estruturante, com mudanças no conteúdo, na metodologia, nas estratégias e abordagens de ensino, orientadas à superação das barreiras decorrentes da deficiência, de forma a proporcionar uma experiência de aprendizagem equitativa e participativa no ambiente que melhor corresponda às suas necessidades e preferências. Reitera-se que a educação inclusiva só ocorre diante de todas as adaptações supra referidas.

Refere ainda a petição inicial da ADI que toda a construção normativa decorrente da interpretação do aparato legislativo²³¹ sobre direito à educação da pessoa com deficiência é norteado pela CDPD, justamente por compor o bloco de constitucionalidade e, por que razão, o princípio da educação inclusiva é inafastável.

Além dos argumentos jurídicos, inerentes às vedações constitucionais ao enfraquecimento da educação inclusiva, a petição de declaração de inconstitucionalidade ainda aportou argumentos de ordem científica, referindo-se a estudos técnicos que demonstram a eficiência do modelo inclusivo e os ganhos educacionais aos alunos.

Segundo a pesquisa referida pela petição inicial da ADI, realizada pela Abt Global²³² e comandada pelos pesquisadores Thomas Hehir, Silvana e

corresponds to their requirements and preferences. Placing students with disabilities within mainstream classes without accompanying structural changes to, for example, organization, curriculum and teaching and learning strategies, does not constitute inclusion. Furthermore, integration does not automatically guarantee the transition from segregation to inclusion.” United Nations. Committee on the Rights of Persons with Disabilities. General Comment N° 4 (2016) on the Right to Inclusive Education. 25.11.2016, Disponível em <https://docs.un.org/en/CRPD/C/GC/4>, último acesso em 02.03.2025;

²³¹ Art. 58 da LDB e art. 27 da lei 13.146/2015, ambos já comentados ao longo do presente trabalho;

²³² HEHIR, Thomas; PASCUCCI, Silvana; PASCUCCI, Christopher. **Os Benefícios da Educação Inclusiva para Estudantes Com e Sem Deficiência**. Cambridge: Abt Associates, 2016. Disponível em <https://alana.org.br/wp-content/uploads/2019/10/os-beneficios-da-educacao-inclusiva.pdf>;

Christopher Pascucci da *Havard Graduate School of Education*, após a análise de mais de 280 estudos realizados em 25 países, foram identificadas *evidências consistentes de que configurações inclusivas de ensino — em que as crianças com deficiência são escolarizadas ao lado de seus colegas sem deficiência — podem conferir benefícios substanciais, a curto e longo prazo, para o desenvolvimento cognitivo e social da criança.*

Diversas instituições solicitaram sua inclusão nos autos do processo na condição de *amicus curiae*, tanto organizações voltadas ao direito da pessoa com deficiência, quanto entidades ligadas ao setor de educação, bem como ramificações das Defensoria Pública e do Ministério Público e a Ordem dos Advogados do Brasil.

Diversas entidades ligadas às Pessoas com Deficiência apresentaram requerimento para contribuir com o julgamento na condição de *amicus curiae* e algumas delas chegaram a antecipar suas razões antes mesmo de ter seu pedido de adesão apreciado pelo Relator.

Um desses casos foi o da Federação Nacional de Educação e Integração Dos Surdos –Feneis e a Confederação Brasileira de Desportos de Surdos que ressaltou a importância das escolas bilíngues e a necessidade de manutenção de escolas especializadas para pessoas com deficiência auditiva, reforçando que o encerramento do referido modelo de ensino com a inclusão dos alunos em salas regulares, ainda que acompanhados por tradutores, implicaria em retrocesso no desenvolvimento educacional deste público.

Outro dado relevante foi trazido pela Federação das APAES que destaca sua contribuição com o MEC no desenvolvimento de políticas públicas para o acesso à educação das pessoas com deficiência e a atualização do PNEE de 2008, mas deixa claro sua posição crítica à Meta 4 do referido programa que refere justamente às estratégias de desenvolvimento de educação inclusiva.

Refere que, muito embora se possa perceber que desde 2018, tenha se verificado um aumento numérico de matrículas de pessoas com deficiência na rede regular de ensino é importante uma análise mais criteriosa sobre a retenção desses alunos na escola e uma maior investigação sobre a evasão escolar e a qualidade da formação oferecida.

Refere, a entidade, a existência de obstáculos estruturais à implementação da educação efetivamente inclusiva, a saber, a ausência de

qualificação de professores, insuficiência de recursos especializados, falta de acessibilidade e escassez de recursos multifuncionais.

Destaca, ainda, que há níveis de deficiência ou de transtornos com gravidade mais importante que não permitem o bom desenvolvimento educacional no ambiente regular e que o Decreto nº 10.520/2020 teria o mérito de permitir uma escolha às famílias de crianças portadoras de deficiência entre o modelo que melhor atendesse suas necessidades específicas.

Argumentos semelhantes são apontados pela Associação dos Amigos dos Deficientes Visuais, pelo Instituto de Promoção das Pessoas com Deficiência Visual e Movimento Orgulho Autista Brasil que, em petição única referem que a existência de escolhas especializadas não são espaços de segregação, mas de desenvolvimento das pessoas com deficiência, com mais proteção em face de sua vulnerabilidade.

Referem que a CF/88, ao dispor no art. 208, III, que o atendimento educacional especializado se dará *preferencialmente* na rede regular de ensino não utilizou a expressão *exclusivamente*, de forma que não há vedação constitucional a um modelo que atenda às peculiares dos alunos com deficiência.

Em síntese, os *amicus curiae* que se posicionaram em defesa da constitucionalidade do Decreto 10.520/2020 fundamentavam seus argumentos na incapacidade técnica da rede de ensino regular em atender plenamente as necessidades de toda a gama de demandas dos alunos com deficiência, razão pela qual, representantes de distintas classes de pessoas com deficiência, como deficientes auditivo e visual, bem como uma representação de pessoas com Espectro Autista, apontavam a necessidade de manutenção do modelo especializado, de atendimento exclusivo, ainda que de forma complementar.

Um contraponto importante é identificado na contribuição do *amicus curiae* Associação de Pais e Amigos dos Excepcionais de São Paulo que estabelece claro posicionamento sobre a educação especializada prevista no art. 208 da CF/88.

Para tanto, apoia-se nas prescrições do Decreto nº. 7.611/2011 que dispõe sobre o atendimento educacional especializado, referindo que se trata de uma atividade complementar para estudantes com deficiências e transtornos, e suplementar para estudantes com altas habilidades e superdotação.

Refere que o Atendimento Especializado não pode ser um substitutivo do ensino regular, exigindo-se uma simbiose entre os responsáveis por ambos os contextos.

Segundo os argumentos lançados pelo referido *amicus curiae*, essa relação de complementariedade e não de substituição fica evidenciada pela estratégia 4.8 da Meta 4²³³ do Plano Nacional de Educação de forma que deve haver uma articulação pedagógica entre o ensino regular e o atendimento especializado.

Após colher os inúmeros argumentos de todos os *amicus curiae* que se manifestaram nos autos, a maioria deles argumentando pela inconstitucionalidade do Decreto nº 10.502/2020, o Ministro Dias Toffoli deferiu medida liminar suspendendo os efeitos da referida norma e teve sua decisão referendada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal.

O Min. Toffoli começa fundamentando sua decisão no fato de que o Brasil é signatário da CDPD que prescreve em seu art. 24 o modelo de educação inclusiva.

Segundo as razões do Ministro Toffoli, o Dec. 10.520/2020, ao prever a existência de escolas e salas de aprendizagem específicas, resulta *em contexto de aprendizagem separado dos demais educandos*.²³⁴

Prossegue, referindo que a Constituição brasileira encarta uma preocupação do Estado com as pessoas com deficiência e com a inserção nos mais diversos aspectos da sociedade, como o trabalho, o serviço público e a educação.

No que concerne justamente à educação, segundo a decisão proferida, tem-se que a Constituição garantiu o atendimento especializado aos deficientes preferencialmente na rede regular de ensino e que a CDPD refere especificamente ao direito da pessoa com deficiência à *educação livre de discriminação e com base na igualdade de oportunidades, pelo que determina a*

²³³ “4.8) garantir a oferta de educação inclusiva, vedada a exclusão do ensino regular sob alegação de deficiência e promovida a articulação pedagógica entre o ensino regular e o atendimento educacional especializado”. Plano Nacional de Educação estabelecido pela lei 13.005/2014, inicialmente com previsão de vigência até junho de 2024, teve sua vigência prorrogada até 31 de dezembro de 2025.” Brasil. Lei nº 13.005, de 25 de junho de 2014. Aprova o Plano Nacional de Educação - PNE e dá outras providências. Publicada no Diário Oficial em 26.06.2024;

²³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6590**. Tribunal Pleno. Relator Ministro Dias Toffoli. Decisão Liminar publicada em 01.12.2020;

obrigação dos Estados-parte de assegurar um sistema educacional inclusivo em todos os níveis.

A decisão faz referência expressa ao julgamento proferido na ADI nº 5357/DF de relatoria do Min. Edson Fachin em que o STF afirmou a obrigatoriedade das escolas públicas e privadas de implementação de atendimento educacional adequado e inclusivo nos termos da lei 13.146/2015 e destacou o status de norma constitucional da CDPD para fundamentar a vedação da exclusão de pessoas com deficiência do sistema de ensino regular.

Prossegue o Ministro Toffoli que a Lei de Diretrizes e Bases, ao versar sobre o atendimento educacional direcionado às pessoas com deficiência, estabeleceu que o serviço especializado tem natureza subsidiária, aplicável apenas às situações de impossibilidade do regime geral, de forma que a primeira hipótese deve ser sempre a matrícula nas escolas e salas convencionais.

Aponta ainda que a educação inclusiva resulta de um processo histórico de conquista social que se baseia na inadmissibilidade de políticas de segregação e que a existência de ambientes especializados deve ser a exceção e não a regra.

Após essas considerações, o Ministro refere que o modelo introduzido pelo Dec. 10.502/2020 parece *ir de encontro ao paradigma descrito, ao deixar de enfatizar a absoluta prioridade da matrícula dos educandos com deficiência ou necessidades especiais no sistema educacional geral, ainda que demande adaptações por parte das escolas.*

Arremata referindo que uma política de educação inclusiva não deve pautar-se pela criação de novas instituições especializadas, partindo-se de uma falsa premissa da existência de escolas inclusivas e não inclusivas, mas exige a adaptação do sistema de ensino regular como um todo para que faça frente às demandas dos alunos com e sem deficiência.²³⁵

²³⁵ Trecho do voto já referido: “Salta aos olhos o fato de que o dispositivo trata as escolas regulares inclusivas como uma categoria específica dentro do universo da educação especial, como se houvesse a possibilidade de existirem escolas regulares não-inclusivas. Ocorre que a educação inclusiva não significa a implementação de uma nova instituição, mas a adaptação de todo o sistema de educação regular, no intuito de congrega alunos com e sem deficiência no âmbito de uma mesma proposta de ensino, na medida de suas especificidades.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6590**. Tribunal Pleno. Relator Ministro Dias Toffoli. Decisão Liminar publicada em 01.12.2020;

A decisão liminar proferida centrou suas atenções e fundamentos no estatuto de norma constitucional da CDPD, no ordenamento brasileiro, e a possibilidade do Dec. 10.502/2020 implicar na fragilização do modelo inclusivo, que ficaria relegado a segundo plano com a elevação das escolas especializadas como modelo prioritário.

Observa-se, inclusive, que o Ministro não nega a possibilidade de existência de escolas e salas especializadas, mas refere que seu papel é subsidiário e é em torno dessa concepção que o modelo de ensino aplicável às pessoas com deficiência deve se pautar.

Todavia, a decisão liminar não enfrenta os relevantes argumentos suscitados pelas partes, relativamente à incapacidade do Estado brasileiro de prover os meios necessários à concretização da educação inclusiva.

Os desafios apontados pelas instituições que contribuíram com o julgamento, como a baixa qualificação dos professores da rede regular de ensino, a ausência de material de multimeios e infraestrutura não foram objeto de análise.

A nosso sentir, os argumentos suscitados pelos diversos atores envolvidos com a educação das pessoas com deficiência, algumas delas inclusive relativas às pessoas com TEA, precisam ser levados em consideração quando alertam para as dificuldades do Estado brasileiro em levar a efeito, de forma concreta, um modelo de educação inclusivo, alertando para uma realidade normativa muito mais simbólica do que efetiva e que disso decorre justamente o efeito contrário do que aquele pretendido pelo autor da ADI nº 6590/DF.

O referido contexto implica em situação de Estado de Coisas²³⁶ Inconstitucional, tal qual o mesmo STF, inspirado no Tribunal Constitucional colombiano, reconheceu por ocasião da ADPF 347/DF.

Naquela oportunidade, versando a discussão sobre direitos da população carcerária, o STF entendeu haver um contexto de Estado de Coisas

²³⁶ Por Estado de coisas inconstitucional compreende-se uma técnica de decisão através do qual o Tribunal Constitucional reconhece a existência de um contexto fático de persistentes violações a direitos fundamentais decorrente da incapacidade estatal de provê-los ou assegurá-los. Sua adoção pela jurisprudência do STF, de inspiração colombiana, deu-se na ADPF 347/DF;

Inconstitucional em razão de violação em massa de direitos dos presos relacionados à integridade física, higiene, saúde etc.²³⁷

Na oportunidade, o STF determinou a confecção de planos de trabalho para o enfrentamento do problema, com a participação do CNJ e que foram posteriormente homologados pela Corte.

Os argumentos elencados pelos *amici curiae* no sentido da incapacidade estrutural do Estado em implementar as medidas previstas na CDPD e nas leis 13.146/2015 e na lei 12.764/2012 relativamente à educação inclusiva nos parece conduzir a uma conclusão semelhante da que o STF tomou na ADPF 347/DF, no sentido de que no Brasil se forma um Estado de Coisas Inconstitucional no que se refere à concretização da educação inclusiva para as Pessoas com Deficiência, notadamente as pessoa com TEA.

Enquanto não se vislumbra uma solução efetiva de política pública que, à despeito da previsão legal, concretize o enunciado normativo em fruição efetiva de direitos, continuaremos a ver o Judiciário sendo palco de disputas judiciais para satisfação das demandas por educação inclusiva e a ação do referido Poder como instrumento de garantia de efetividade do mencionado direito social.

5.2 Desdobramentos do Posicionamento do STF no que Concerne ao Direito à Educação Inclusiva em Relação à Pessoa com Transtorno do Espectro Autista

Como mencionado ao longo do presente trabalho, a pessoa com TEA é, nos termos da lei 12.764/2012, pessoa com deficiência e o posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre educação inclusiva reverbera diretamente no acesso dessa parcela da população a todos os meios e recursos necessários à concretização do direito fundamental à educação inclusiva.

²³⁷ Confira-se a partir do resumo do julgado “No sistema prisional brasileiro, há uma situação de violação em massa de direitos fundamentais dos presos, a exemplo dos direitos à integridade física, alimentação, higiene, saúde, estudo e trabalho. Esse cenário está em desacordo com as normas previstas na Constituição Federal de 1988 (art. 3º, III, e art. 5º, incs. XLVII, XLVIII e XLIX), nos tratados internacionais de direitos humanos de que o Brasil é parte e nas demais leis aplicáveis ao tema (entre elas, a Lei de Execução Penal).” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/DF**. Tribunal Pleno. Relato: Min. Marco Aurélio Melo. Julgamento: 19.12.2024;

Neste sentido, a inclusão efetiva da pessoa com TEA demanda o empenho de todos os esforços necessários à sua integração no ambiente social.

A peculiaridade é que, em se tratando da figura do Assistente Terapêutico, a abordagem feita é a de que se trata de um profissional de saúde, com atribuições inerentes ao seu tratamento, sob a ótica de que também o ambiente escolar é um espaço terapêutico. Isto deslocou o polo passivo da obrigação de disponibilizar o assistente terapêutico das instituições de ensino para os planos de saúde.

O Judiciário tem sido constantemente demandado a enfrentar problemas envolvendo custeio de Atendimentos Terapêuticos no âmbito escolar, em uma perspectiva de garantia da eficácia de direitos fundamentais que, neste particular, se irradia sob a perspectiva do direito à educação e da promoção da saúde.

5.2.1 Incidente de Assunção de Competência nº 0018952-81.2019.8.17.9000 – Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco

Um caso paradigmático é o do Tribunal de Justiça de Pernambuco, cuja Seção Cível, em sede de Incidente de Assunção de Competência, fixou teses com força vinculante no âmbito de jurisdição daquela Corte, estabelecendo a obrigatoriedade de as operadoras de planos de saúde custearem tratamentos e terapias relativas ao TEA, tanto no ambiente domiciliar quanto no ambiente escolar, consoante enunciado 1.0 do elenco de teses fixado por ocasião do julgamento.²³⁸

O voto do relator parte do pressuposto que a lei 12.764/2012 estabelece tratamento jurídico à pessoa com TEA que o considera pessoa com deficiência para, na sequência, fundamentar-se na Convenção Internacional

²³⁸ Cfr.: “TESE 1.0. Para a cobertura dos procedimentos que envolvam o tratamento/manejo dos beneficiários com o Transtorno do Espectro Autista, a operadora deverá oferecer atendimento por prestador apto a executar o método ou técnica indicados pelo médico ou dentista assistente para tratar a doença ou agravo do paciente, nos termos da Resolução Normativa da ANS n. 465/2021, (com a redação dada pela Resolução da ANS n. 539/2022), inclusive em ambiente escolar e domiciliar, à luz do disposto na Lei n. 12.764/2012 art. 3º, I, III e parágrafo único.” PERNAMBUCO. Tribunal de Justiça de Pernambuco. Seção de Direito Cível. **Incidente de Assunção de Competência nº 0018952-81.2019.8.17.9000**. Rel. Des. Alberto Nogueira Virgínio. Julgamento. 09.08.2022;

sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, sendo certo que tais dispositivos devem nortear a construção desenvolvida ao longo da decisão.

O primeiro tópico do julgamento diz respeito à possibilidade de coberturas multidisciplinares, de forma que restou decidido que as operadoras de planos de Saúde devem, não apenas custear referidos tratamentos, mas igualmente ofertá-los no ambiente doméstico e escolar.

Especificamente sobre a continuidade da terapia no ambiente escolar, o voto refere ao disposto na lei 12.764/2012, cujo art. 3º, parágrafo único, expressamente determina a inclusão da pessoa com Transtorno de Espectro Autista em salas de aula regular com acompanhante especializado, sempre que comprovada a necessidade.

Foram colhidas análises de profissionais especializados acerca da aplicação das terapias multidisciplinares no ambiente domiciliar e escolar através da exposição de duas pesquisadoras sobre o assunto.

Uma delas, médica neurologista, aborda a análise aplicada de comportamento para referir a necessidade de seu desenvolvimento por profissional especializado com vistas a construir o caminho para que o paciente tenha um comportamento normal e esse objetivo demanda que a terapia seja realizada ao longo de todo o dia da criança, inclusive na escola, distinguindo a referida terapia do processo pedagógico realizado pelos profissionais já existentes na escola²³⁹.

Outra explicação técnica referiu ao conceito de escola parceira da saúde e ressalta a influência no desenvolvimento para a fase adulta e para o acesso ao mercado de trabalho.²⁴⁰

²³⁹ Cfr.: “A análise aplicada de comportamento é necessária que tenha especialista capacitado, e para que a gente possa ensinar um comportamento normal, esse comportamento tem que ser ensinado ao longo do dia da criança, em todos os ambientes em que a criança vive. Então trabalhar com comportamento dentro da escola faz parte, sim, do processo de reabilitação da criança, e não do processo pedagógico.” Depoimento da Médica Msc. Vanessa Van Der Linden, extraído do voto Condutor proferido no IAC nº 0018952-81.2019.8.17.9000. PERNAMBUCO. Tribunal de Justiça de Pernambuco. Seção de Direito Cível. **Incidente de Assunção de Competência nº 0018952-81.2019.8.17.9000**. Rel. Des. Alberto Nogueira Virgínio. Julgamento. 09.08.2022;

²⁴⁰ Cfr.: “Quando a gente fala escola parceira da saúde, assim como assistência social tem que ser parceira da saúde, assim como mais para frente na vida adulta, a gente está falando de relações de trabalho, a saúde tem que ser parceira e mais ainda nós temos a família tendo que ser parceira” Depoimento da Médica Dra. Rosane Lowenthal, extraído do voto Condutor proferido no IAC nº 0018952-81.2019.8.17.9000. PERNAMBUCO. Tribunal de Justiça de Pernambuco. Seção de Direito Cível. **Incidente de Assunção de Competência nº 0018952-81.2019.8.17.9000**. Rel. Des. Alberto Nogueira Virgínio. Julgamento. 09.08.2022;

Com base no suporte técnico indicado pelos profissionais especializados, o voto arremata pela obrigatoriedade de aplicação dos métodos de análise do comportamento, como o ABA, no ambiente domiciliar e escolar.²⁴¹

A decisão trata de outros aspectos como quais são os requisitos técnicos do profissional para poder desenvolver as terapias e normas sobre reembolso, mas que fogem ao escopo de nossa investigação.

O que nos interessa aqui é a demonstração de que as terapias devem ser custeadas também no ambiente escolar, o que revela a importância do desenvolvimento de meios e instrumentos para garantir o acesso da pessoa com Deficiência, notadamente a pessoa com Transtorno de Espectro Autista à educação inclusiva efetiva.

Outrossim, à despeito de haver no Tribunal de Justiça de Pernambuco um julgamento em sede de IAC, o que torna o resultado um precedente vinculante, ainda observamos uma infinidade de demandas judiciais contra operadoras de planos de saúde tratando da mesma matéria, o que demonstra a relevância e importância da atuação do Poder Judiciário como elemento de concretização de direitos fundamentais.

5.2.2 Decisões Judiciais Relativas à Determinação do Custeio do Assistente Terapêutico

Questão central na discussão que estamos desenvolvendo, diz respeito a obrigatoriedade de custeio de terapias e ações inclusivas não previstas em lei, no ambiente escolar, citando como exemplo o Assistente Terapêutico.

Como demonstramos ao longo do trabalho, a lei nº 12.761/2012 prevê a figura do acompanhante especializado, profissional que deve estar presente nas instituições de ensino como elemento nuclear para efetivação da educação inclusiva.

²⁴¹ “Nesse contexto, não há como excluir a cobertura da terapia ABA em ambiente escolar e domiciliar sob o argumento de que esta teria caráter educacional e não de saúde, uma vez que já restou comprovado que se cuida de tratamento de saúde aplicado por profissional também da área de saúde, e, portanto, sua cobertura é obrigatória pelos planos de saúde.” do voto Condutor proferido no IAC nº 0018952-81.2019.8.17.9000. PERNAMBUCO. Tribunal de Justiça de Pernambuco. Seção de Direito Cível. **Incidente de Assunção de Competência nº 0018952-81.2019.8.17.9000**. Rel. Des. Alberto Nogueira Virgínio. Julgamento. 09.08.2022;

Entretanto, a pessoa com TEA demanda atenção e terapias em tempo integral, em todos os ambientes em que esteja e, neste sentido, surge a figura do Assistente Terapêutico, profissional componente da equipe de tratamento multidisciplinar, especializado na aplicação dos métodos e terapias de desenvolvimento inerentes às pessoas com TEA.

Quando o assunto é a figura do Assistente Terapêutico, o tópico ganha alguma complexidade adicional, na medida em que o referido profissional não está expressamente previsto na legislação como um custo obrigatório aos planos de saúde.

No âmbito do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, o assunto ganha certa estabilidade jurídica na medida em que a referida Corte estadual fixou, no âmbito do IAC nº 0018952-81.2019.8.17.9000, referido no tópico precedente, o dever de as empresas operadoras de planos de saúde custearem as despesas com tratamentos e terapias multidisciplinares tanto no âmbito doméstico, quanto escolar o que, claramente, engloba o Assistente Terapêutico.

Neste sentido, foi o julgamento proferido nos autos do processo nº 0008835-55.2024.8.17.9000²⁴², agravo de instrumento em que o Desembargador Relator proferiu decisão concessiva de tutela de urgência para

²⁴² “DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PLANO DE SAÚDE. TRANSTORNO DO ESPECTRO AUTISTA. TRATAMENTO MULTIDISCIPLINAR. ASSISTENTE TERAPÊUTICO ESCOLAR. DEVER DE COBERTURA. PRECEDENTE VINCULANTE DO TJPE. 1. A Seção Cível, no julgamento do IAC na apelação cível nº 0018952-81.2019.8.17.9000, assegurou, em caráter vinculante, ao portador do Transtorno do Espectro Autista – TEA, beneficiário de contrato de assistência à saúde, com vigência anterior ou posterior à Lei nº 9.656/98 e independentemente do contrato ser adaptado ou não, cobertura integral, multidisciplinar e contínua, incluindo as chamadas terapias especiais (terapia ocupacional por integração sensorial, fonoaudiologia, psicomotricidade, musicoterapia, hidroterapia/fisioterapia aquática, equoterapia, psicopedagogia), sem restrições quanto aos métodos terapêuticos (ABA, BOBATH, HANEN, PECS, PROMPT, TEACCH e INTEGRAÇÃO SENSORIAL), seja no ambiente domiciliar e escolar, tudo conforme laudo do médico assistente. 2. Quanto à cobertura no ambiente escolar, afigura-se relevante destacar que a responsabilidade do plano de saúde restringe-se ao assistente terapêutico, integrante da equipe multiprofissional e responsável pela aplicação da intervenção ABA. Valendo dizer, que o assistente terapêutico não se confunde com o acompanhante especializado em sala de aula a que alude o parágrafo único do art. 3º da Lei nº 12.764, de 2012. Em outros termos, o acompanhante especializado em sala de aula é profissional de educação, atuando junto às crianças especiais introduzidas no contexto escolar, enquanto que o acompanhante terapêutico, na condição de aplicador da ciência ABA, é profissional de saúde, integrante da equipe multiprofissional, responsável pelo acompanhamento diário do tratamento clínico/terapêutico da criança, em todos os ambientes, inclusive na escola. 3. Agravo de instrumento improvido e agravo interno prejudicado.” PERNAMBUCO.TJPE. **Agravo de Instrumento nº 0008835-55.2024.8.17.9000**. 1ª Câmara Cível. Relator. Des. Fábio Eugênio Dantas de Oliveira Lima, Julgamento em 09.10.2024;

determinar que a operadora de saúde custeie o Assistente Terapêutico no âmbito escolar, por compreendê-lo como profissional responsável pela realização de terapia multidisciplinar que deve ter natureza contínua.

Observa-se do acórdão a delimitação da responsabilidade da operadora de plano de saúde no que concerne exclusivamente ao Assistente Terapêutico (AT) e a exclusão do dever de custear o Acompanhante Especializado (AE), sob o fundamento de que apenas o primeiro se relaciona aos objetivos terapêuticos demandados pela pessoa com TEA, enquanto o segundo é profissional ligado à educação e que deve ser de responsabilidade da instituição de ensino.

Muito embora compreendamos a lógica da decisão neste aspecto de divisão de responsabilidades financeiras, não podemos deixar de referir que, a nosso sentir, o pleno desenvolvimento de uma pessoa com TEA demanda uma compreensão integrativa de todas as suas necessidades, seja no que se refere à educação inclusiva, seja no que se refere ao acesso a todas as terapias e tratamentos necessários ao seu desenvolvimento.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, de forma diferente da Corte Pernambucana, tem histórico jurisprudencial no sentido da negativa ao custeio do Assistente Terapêutico no ambiente escolar.

Como se pode verificar da ementa da decisão proferida nos autos do processo nº 1013689-68.2022.8.26.0020²⁴³, a posição prevalente no Tribunal paulista é de que a obrigação de custeio por parte das operadoras de planos de saúde se restringe aos tratamentos, não se estende ao ambiente escolar por ter, no entendimento daquela Corte, natureza nitidamente pedagógica e não terapêutica.

Outro tópico importante do julgado foi no sentido de que a extensão da cobertura terapêutica ao ambiente escolar provocaria um desequilíbrio econômico-financeiro no contrato trazendo prejuízos aos demais usuários. Um

²⁴³ Ação de obrigação de fazer c.c. tutela provisória de urgência c.c. danos morais Paciente com epilepsia e Deficiência intelectual (TEA) - Prescrição médica de atendimento terapêutico em âmbito escolar - Negativa de cobertura pelo plano de saúde - Sentença de improcedência - Insurgência da parte autora - Descabimento - O tratamento terapêutico em ambiente escolar, embora recomendado por profissionais de saúde, possui caráter predominantemente pedagógico, extrapolando os limites do contrato de assistência à saúde - Precedente REsp: 2064964 SP 2023/0123582-0 - Recurso desprovido. SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação nº 1013689-68.2022.8.26.0020**. 6ª Câmara de Direito Privado. Relator. Des. Ramon Mateo Júnior. Julgado em 06.03.2025;

argumento de ordem econômica que tangencia a reserva do possível, de forma a tentar estabelecer um limite de razoabilidade na delimitação material da cobertura ofertada pela operadora de planos de saúde.

O entendimento supra referido no sentido de indeferir o tratamento no âmbito escolar com o Assistente Terapêutico goza de relativa pacificação no âmbito do TJSP, sob o fundamento de que, por se realizar no âmbito escolar, tratar-se-ia de uma atividade de natureza pedagógica e não terapêutica. O outro argumento relevante para negativa do custeio do AT, pelo plano de saúde, é simplesmente ausência de previsão contratual.²⁴⁴

No mesmo sentido do Tribunal de São Paulo é o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que tem firme jurisprudência no sentido de desobrigar a cobertura do Acompanhante Terapêutico no ambiente domiciliar e escolar, restringindo a obrigação de custeio às terapias realizadas em ambiente clínico, por falta de previsão contratual, como é o caso do processo nº 0085913-08.2024.8.19.0000²⁴⁵.

Estas decisões dos Tribunais de São Paulo e do Rio de Janeiro baseiam-se em duas decisões recentes do Superior Tribunal de Justiça que,

²⁴⁴ Neste sentido, por todos, confira-se trecho do acórdão proferido no processo nº 2252526-86.2024.8.26.0000: “Contudo, impossível a condenação da Agravante ao custeio dos tratamentos comacompanhante terapêutico em ambiente escolar ou domiciliar, em razão de sua natureza, que não é abrangida pelo contrato do plano de saúde. Decisão reformada. RECURSO PARCIALMENTE PROVID”. SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Agravo de Instrumento nº 2252526-86.2024.8.26.0000**. 7ª Câmara Cível. Relator Des. Lia Porto, Julgamento: 18.10.2024;

²⁴⁵ Confira-se, por todos: “PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. PLANO DE SAÚDE. ANTECIPAÇÃO DA TUTELA. DEFERIMENTO. AUTOR QUE CONTA COM 06 (SEIS) ANOS DE IDADE, SENDO DIAGNOSTICADO COM TRANSTORNO DO ESPECTRO AUTISTA. LAUDO DO MÉDICO ASSISTENTE QUE SOLICITA INTERVENÇÃO PELO MÉTODO ABA APLICADO POR PSICÓLOGO E ASSISTENTE TERAPÊUTICO. (...) POR FIM, EM RECENTÍSSIMA DECISÃO O C. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA DECIDIU QUE AS OPERADORAS DE PLANO DE SAÚDE NÃO SÃO OBRIGADAS A COBRIR SESSÕES DE PSICOPEDAGOGIA PARA PESSOAS COM TRANSTORNO DO ESPECTRO AUTISTA (TEA) REALIZADAS EM AMBIENTE ESCOLAR OU DOMICILIAR. VALE RESSALTAR, POR SIMILARIDADE, QUE SEGUNDO O COLEGIADO, A PSICOPEDAGOGIA SÓ SE ENQUADRA NO CONCEITO DE SERVIÇO DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE QUANDO REALIZADA EM AMBIENTE CLÍNICO E CONDUZIDA POR PROFISSIONAIS DE SAÚDE. NESSE CONTEXTO, TEM-SE PELA IMPOSSIBILIDADE DE OBRIGAR À OPERADORA DE SAÚDE A FORNECER/CUSTEAR AUXILIAR/ATENDENTE TERAPÊUTICO EM CASA E/OU NA ESCOLA, DEVENDO TAL ASSISTÊNCIA SER CUSTEADA PELA FAMÍLIA OU PELO ESTADO. PRAZO DO CUMPRIMENTO DA DECISÃO E VALOR DA MULTA QUE EVIDENCIAM-SE DENTRO DOS PARÂMETROS DA RAZOABILIDADE. MANUTENÇÃO. PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO. ARTIGO 932, INCISO IV, LETRA "A" DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.” Rio de Janeiro. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Agravo de Instrumento nº 0085913-08.2024.8.19.0000**. 15ª Câmara de Direito Privado. Relator: Desª Marília de Castro Neves Vieira. Julgamento: 28.01.2025;

muito embora reconheça a obrigatoriedade de custeio por parte das operadoras de planos de saúde das sessões de psicopedagogia, realizadas através do método ABA, levadas a efeito pelo Assistente Terapêutico, de forma ilimitada, tal tratamento só deve ser custeado no ambiente escolar ou domiciliar apenas se houver previsão contratual expressa.

A primeira oportunidade em que o Superior Tribunal de Justiça tratou do tema foi no Recurso Especial nº 2064964/SP²⁴⁶ de relatoria da Ministra Nancy Andrighi que fundamenta a restrição exclusivamente na análise da previsão contratual.

No curso do julgamento, a Ministra Relatora identifica o Acompanhante Terapêutico com o profissional de psicopedagogia e refere que, a princípio, tal profissional deve ser custeado pelas operadoras de planos de saúde, a despeito de previsão contratual, por se tratar de um regente de medidas terapêuticas.

Entretanto, refere o voto que a psicopedagogia, nos termos do que disciplinado pelo Ministério do Trabalho e pelo Conselho Federal de Psicologia, é uma especialização da psicologia e que atua tanto no espaço clínico quanto no ambiente educacional e, portanto, na zona de intersecção entre as áreas do conhecimento de saúde e educação.²⁴⁷

Prossegue afirmando que as sessões de psicopedagogia podem ocorrer tanto no ambiente clínico, avaliando funções cognitivas, motoras e de interação social dos clientes e promovendo a reabilitação das funções, situação

²⁴⁶ Cfr.: “RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚM. 284/STF. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚM. 282/STF. VIOLAÇÃO DE DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. NÃO CABIMENTO. PLANO DE SAÚDE. BENEFICIÁRIO PORTADOR DE TRANSTORNO DO ESPECTRO AUTISTA. PRESCRIÇÃO DE TERAPIAS MULTIDISCIPLINARES. PSICOPEDAGOGIA EM AMBIENTE ESCOLAR E DOMICILIAR. OBRIGAÇÃO DE COBERTURA AFASTADA. EQUOTRAPIA E MUSICOTERAPIA. COBERTURA DEVIDA. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. ANÁLISE PREJUDICADA. (...)8. A psicopedagogia há de ser considerada como contemplada nas sessões de psicologia, as quais, de acordo com a ANS, são de cobertura obrigatória e ilimitada pelas operadoras de planos de saúde, especialmente no tratamento multidisciplinar do beneficiário portador de transtorno do espectro autista, obrigação essa, todavia, que, salvo previsão contratual expressa, não se estende ao acompanhamento em ambiente escolar e/ou domiciliar ou realizado por profissional do ensino.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 2064964/SP**. 3ª Turma. Relator: Min^a Nancy Andrighi. Julgamento: 20.02.2024;

²⁴⁷ Cfr.: “Constata-se, a partir das informações disponibilizadas pelo Ministério do Trabalho e pelo Conselho Federal de Psicologia, que a atuação do psicopedagogo se localiza na interseção de duas áreas do conhecimento, intimamente relacionadas: a saúde e a educação.” Trecho do voto condutor do Resp 2064964/SP.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 2064964/SP**. 3ª Turma. Relator: Min^a Nancy Andrighi. Julgamento: 20.02.2024;

em que se prepondera o viés da saúde, quanto no ambiente educacional, acompanhando e avaliando os processos educacionais, quando prepondera a vertente da educação.

Nesse sentido, conclui que o serviço de psicopedagogia apenas quando prestado em ambiente clínico, é considerado como sessão de psicologia, pelo que deve ser custeado pelas operadoras de planos de saúde, o que afasta a obrigatoriedade em relação ao Assistente Terapêutico no âmbito escolar.²⁴⁸

A nosso sentir, a decisão do Superior Tribunal de Justiça é passível de críticas, justamente por confundir o papel do Assistente Terapêutico quando atua no âmbito escolar com as atribuições do Acompanhante Especializado previsto na lei nº 12.761/2012.

O Acompanhante Terapêutico, seja ele um psicopedagogo ou não, tem atribuições eminentemente terapêuticas, concentrando suas atribuições no desenvolvimento de habilidades cognitivas e comportamentais de forma personalizada.²⁴⁹

Neste sentido, as atividades terapêuticas desempenhadas pelo referido profissional podem ser realizadas em qualquer lugar, orientadas a suprir os déficits de comportamento ocasionados pelo transtorno e devem ter lugar em qualquer ambiente em que o paciente apresente alterações de comportamento, o que inclui, por óbvio, o ambiente escolar.²⁵⁰

²⁴⁸ Cfr.: “Assim, a psicopedagogia há de ser considerada como contemplada nas sessões de psicologia, as quais, de acordo com a ANS, são de cobertura obrigatória e ilimitada pelas operadoras de planos de saúde, especialmente no tratamento multidisciplinar do beneficiário portador de transtorno do espectro autista, obrigação essa, todavia, que, salvo previsão contratual expressa, não se estende ao acompanhamento em ambiente escolar e/ou domiciliar ou realizado por profissional do ensino.” Trecho do voto condutor do Resp 2064964/SP.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 2064964/SP**. 3ª Turma. Relator: Min^a Nancy Andrighi. Julgamento: 20.02.2024;

²⁴⁹ Neste sentido, cfr.: “O papel do Acompanhante Terapêutico (AT) no contexto escolar desempenha uma função crucial na promoção do bem-estar e no suporte às necessidades individuais dos alunos, este profissional atua como um elo entre o ambiente escolar e as demandas terapêuticas, proporcionando um suporte personalizado para crianças e adolescentes com diferentes desafios emocionais, cognitivos ou comportamentais.” MOREIRA, Ana Beatriz Rocha, et ali. **O papel do Acompanhante Terapêutico (AT) dentro do ambiente escolar e seu suporte especializado**: Apontamentos bibliográficos. *In*. Research, Society and Development, v. 12, n. 14, 2023, pág. 7;

²⁵⁰ Cfr.: “Em Análise do Comportamento, pode-se definir Acompanhamento Terapêutico como uma prática de intervenção clínica em casos de pacientes que apresentam déficits importantes em repertórios comportamentais, necessitando de medidas interventivas mais intensas, sendo estas realizadas no ambiente natural em que o cliente vive (Guerrelhas, 2007). Portanto, neste sentido, o profissional acompanhante terapêutico, compondo uma equipe multidisciplinar ou como auxiliar de um terapeuta, trabalha no ambiente em que as contingências mantenedoras dos comportamentos a serem alteradas operam.” CARNEIRO, Francisco Anderson Gongalves.

Partindo da premissa científica, consoante demonstrado nos estudos sobre o tema mencionados acima, de que as atribuições do Acompanhante Terapêutico em nada se confundem com o Assistente Especializado e, diferente deste último, trata-se de um profissional com escopo eminentemente terapêutico, sua negativa, com base em ausência de previsão contratual, revela uma interpretação das cláusulas contratuais em total desprezo ao conceito de justiça comutativa, no sentido em que nos ensina André Franco Montoro, como abordamos no capítulo específico.

A nosso sentir, o critério de decisão para negativa da cobertura do AT no ambiente escolar não pode ser reduzido à previsão contratual, mas deve ser levado em conta a razoabilidade da prestação.

Nesse sentido, entendemos que o AT é continuidade do tratamento, assim, seja no ambiente clínico, seja no domiciliar ou escolar, precisa estar disponível para o beneficiário ao tempo e à hora em que precisar. É como um tratamento medicamentoso de horário, que tem que estar disponível onde o paciente estiver.

Como referimos linhas acima, trata-se de uma prestação que, a nosso sentir, embora orientada à saúde, tem íntima conexão com a educação inclusiva, e sua negativa implica na fragilização das potencialidades educacionais da pessoa com TEA, na medida em que o desenvolvimento das habilidades comportamentais é um requisito indispensável ao bom desempenho escolar.

5.2.3 Iterativa Jurisprudencial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo Sobre o Acompanhante Especializado na Escola

O TJSP tem sido prolífico em decisões no sentido de impor às Instituições de Ensino a obrigação de contratação de Atendente Especializado para o devido acompanhamento do aluno com deficiência, seja ele pessoa com TEA, TDAH, Síndrome de Down ou qualquer outra condição que imponha uma necessidade especial.

Isto nos revela um constante estado de descumprimento, tanto das instituições privadas, quanto do Poder Público, do disposto no já referido art. 3º, parágrafo único da lei 12.764/2012 que determina a presença de um acompanhante especializado, sempre que comprovadamente necessário.

Inúmeras são as ações judiciais movidas por representantes de alunos com o objetivo de efetivar o direito já previsto na lei, mas que esbarra em diversos ob, sempre de natureza operacional e financeira.

Um exemplo, é a Apelação Cível nº 1001636-89.2023.8.26.054, em que a família de uma criança moveu ação contra uma escola privada, solicitando a contratação de um Professor Auxiliar, justamente para realizar a atividade de acompanhante especializado, nos termos da mencionada lei nº 12.764/2012, bem como do art. 59, III da LDB e arts. 27 e 28 da lei 13.146/2015, todos já referidos ao longo deste trabalho.

No caso destes autos, especificamente, a escola havia disponibilizado um estagiário, um estudante ainda em fase de aprendizagem profissional e que, portanto, não detinha os conhecimentos específicos e o nível de especialização suficiente para atender as demandas do aluno autista.

Ao apreciar a questão, o Desembargador Relator entendeu pela procedência dos argumentos autorais, justamente por entender que a escola não cumpria os requisitos legais apenas com a disponibilização de um estagiário, mas a efetividade da inclusão do aluno só ocorreria através da disponibilização de um profissional comprovadamente especializado. Outro aspecto levado em consideração é a indicação, nos autos, de a decisão não se fundamentar apenas no fato de ser TEA e TDAH, mas nos laudos médicos que dão suporte à demonstração da necessidade.²⁵¹

²⁵¹ Cfr.: “Saliente-se que o professor auxiliar deverá ter formação específica em nível médio ou superior, para indicar aptidão no atendimento do autor, nas tarefas diárias de natureza pedagógica, assegurando-lhe igualdade de condições no acesso à educação e sua relação com os demais alunos, bem assim sua inclusão social (art. 59, III, da Lei nº. 9.394/96). (...) No caso fluente, os relatórios médicos, comprovam que o autor recebeu diagnóstico de Transtorno do Espectro Autista (TEA) e de déficit de atenção e hiperatividade (TDHA), laudo médico, CID F840 e F90, com recomendação de acompanhamento profissional (fls. 25/33). Portanto, o estabelecimento de ensino deve estar estruturado com pessoal adequado a prestar o efetivo direito à educação de seus alunos portadores de deficiência. Não há dúvidas de que o estudante com necessidades especiais deve ter atendimento diferenciado nos serviços de educação, através de professor auxiliar, na sala de aula, garantindo-lhe acesso ao sistema educacional inclusivo. Dessa forma, de rigor o acolhimento da pretensão de acompanhamento especializado durante as atividades realizadas no ambiente escolar, considerando que o professor auxiliar não se confunde com a singela figura do cuidador, profissional de apoio ou

A comprovação da necessidade é tópico de extrema importância, pois nos autos do processo nº 2103067-10.2024.8.26.0000, em curso no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferiu-se decisão de indeferimento da tutela de urgência requerida para obrigar uma Instituição de Ensino a custear um professor auxiliar especialista em TEA pela ausência de comprovação da defasagem de aprendizagem, sobretudo considerando o lapso de tempo entre o início da frequência do aluno na referida escola e a data do pedido judicial.²⁵²

A fundamentação adotada pelo Relator para indeferir a liminar, no sentido de não haver comprovação de defasagem escolar do aluno, nos parece indicar uma névoa no que se refere ao escopo de atribuições do profissional em questão, que, no Estado de São Paulo, ganha a denominação de Professor Auxiliar e ocasiona alguma ambiguidade.

Isto porque, consoante já referido anteriormente, as atribuições do acompanhante especializado previstas na lei nº 12.764/2012 não são apenas pedagógicas, no sentido de inerentes ao aprendizado do conteúdo escolar, pois vai além do seu papel de auxílio ao professor regente na adaptação das atividades curriculares, pelo que deve, também, atuar para viabilizar meios de desenvolvimento do aluno no plano social, com estratégias de interação com os colegas e promoção da autonomia.²⁵³

Sobre isso, registre-se que há críticas doutrinárias de autores especializados em educação,²⁵⁴ no sentido de que a pluralidade de

estagiário.” SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível nº 1001636-89.2023.8.26.0547**. Relator: Des. Carlos Dias Motta. Julgado em 14.02.2025;

²⁵² TUTELA DE URGÊNCIA. Obrigação de fazer. Menor portador de TEA. Pretensão voltada a impor à instituição de ensino particular a obrigação de a ele disponibilizar, de modo exclusivo, professor auxiliar especialista no espectro autista para acompanhá-lo nas atividades regulares, dentro da sala de aula. Descabimento em sede de cognição sumária e antes do contraditório. Ausentes os requisitos do art. 300 do CPC. Hipótese em que o autor frequenta referido colégio desde 03.10.2023, mas o pedido administrativo data de 08.03.2024. Defasagem escolar, por ora, não identificada na espécie. Concessão da liminar, neste passo, a evidenciar periculum in mora reverso. Causa de pedir, ademais, que apresenta motivos dissociados do debate que propõe. Recurso desprovido. SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Agravo de Instrumento nº 2103067-10.2024.8.26.0000**. 28ª Câmara de Direito Privado. Relator: Des. Ferreira da Cruz. Julgado dia 24.05.2024;

²⁵³ OSÓRIO, Regina Ribeiro de Paulo, *et. Alii*. **O Papel do Auxiliar Pedagógico Especializado na Inclusão Do Autista**. In. Revista Diálogos Interdisciplinares – GEPIFIP. v. 1 n. 3 (2016);

²⁵⁴ Neste sentido, Cfr. MAYER, Paulo César Machado, *et. Alii*. **Professor auxiliar e a inclusão de alunos com Transtorno do Espectro Autista**. In. Revista Educação Especial, 32, e74/ 1–20; OSÓRIO, Regina Ribeiro de Paulo, *et. Alii*. **O Papel do Auxiliar Pedagógico Especializado na Inclusão Do Autista**. In. Revista Diálogos Interdisciplinares – GEPIFIP. v. 1 n. 3 (2016);

denominações que o assistente especializado recebe na estrutura funcional dos diversos entes federativos, bem como a ausência de uma definição comum de seu escopo de atribuições, cria embaraços para efetivação do acesso aos referidos serviços. A decisão mencionada acima nos parece um caso desses.

Disto resulta a importância da efetiva inclusão das pessoas com TEA em uma ambiência escolar preparada para sua interação com a comunidade, de forma a fazer do espaço pedagógico a primeira oportunidade de aceitação recíproca.

Este tema foi abordado no processo nº 2289015-25.2024.8.26.0000 em que um dos fundamentos do pedido de concessão do assistente especializado estava assentado em razão da prática de *bullying* contra o aluno, o que impossibilitava sua interação social.²⁵⁵

Também neste caso, ao dar provimento ao pedido formulado pelos responsáveis pelo aluno, o desembargador, expressamente determinou que o profissional fosse detentor de formação específica e não um professor generalista ou um estagiário.²⁵⁶

Outro tópico que merece grande reflexão é o fato de a jurisprudência do TJSP estar já consolidada no sentido de que não é razoável a exigência de um profissional específico e individualizado por aluno, pois, neste caso, o custo de contratação de diversos assistentes especializados, um exclusivo para cada aluno, implicaria em ônus desarrazoado ao Estado ou à entidade privada.

É o que se verifica nos processos nº 2289015-25.2024.8.26.0000, 1001526-88.2023.8.26.0483, 1022023-93.2019.8.26.0506 e 1001636-89.2023.8.26.0547, quando os julgamentos são no sentido de permitir, em nome

²⁵⁵ “O agravante sustenta que, em razão de seu estado clínico, necessita de um acompanhante especializado no ambiente escolar, que, seguindo as orientações da professora e de outros especialistas, possa auxiliá-lo na socialização e no cumprimento das atividades educacionais, prevenindo, inclusive, que seja alvo de *bullying* ou outros tipos de abuso por parte de seus colegas.” SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Agravo de Instrumento nº 2289015-25.2024.8.26.0000**. 10ª Câmara de Direito Público. Julgamento em 03.10.2024;

²⁵⁶ “Como se vê, a priori, ficou comprovada a necessidade de atendimento educacional especializado, devendo ser garantido ao agravante não apenas o direito à assistência de um profissional de apoio escolar (art. 28, XVII, da Lei nº 13.146/2015), mas também à assistência de um professor com formação específica para o atendimento educacional especializado (art. 28, X e XI, da Lei nº 13.146/2015).”

da fixação de um nível razoável de onerosidade na prestação, que o profissional seja compartilhado entre vários alunos com TEA e não de forma exclusiva.²⁵⁷

A nosso sentir, vê-se uma clara limitação de ordem orçamentária, revelando, ao menos no âmbito dos argumentos suscitados nos autos, a fronteira do parâmetro de razoabilidade fixada pelo Judiciário para concretizar a delimitação do direito em causa.

6 DIREITO À EDUCAÇÃO INCLUSIVA SOB A PERSPECTIVA DE PORTUGAL E DO DIREITO INTERNACIONAL EUROPEU

As modificações exigidas pela CDPD impõem vários desafios aos países signatários, de forma que a consequência é a necessidade de operarem reformas legislativas no direito interno com a finalidade de atingir o comando normativo do artigo 4º, item 1, alíneas “A” e “B” da própria Convenção.²⁵⁸

Para estudar tais mudanças, foi escolhida uma abordagem de direito comparado. Com o intuito de realizar a análise comparada, vamos verificar como o tema da Educação Inclusiva é tratado ao nível Europeu, verificando-se a forma como se efetivam as medidas relativas à educação inclusiva destinadas às pessoas com deficiência e o alcance dessas medidas às pessoas portadoras de Perturbações do Espectro Autista.

Vamos fazer uma análise da legislação portuguesa de regência sobre a matéria, comparando-a com o tratamento dado pela lei brasileira, de forma a

²⁵⁷ Neste sentido, por todos, confira-se trecho do julgado nº 1001636-89.2023.8.26.0547: “Não há que falar em concessão de profissional em regime de exclusividade, ficando autorizado o compartilhamento do referido profissional com outros alunos da mesma sala de aula e que também necessitem de atendimento pedagógico especializado, evitando a oneração excessiva da instituição de ensino. (...)” SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível nº 1001636-89.2023.8.26.0547**. Relator: Des. Carlos Dias Motta. Julgado em 14.02.2025;

²⁵⁸ Cfr.: “Os Estados-partes comprometem-se a assegurar e promover o pleno exercício de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais para todas as pessoas com deficiência sem qualquer discriminação com base na deficiência. Para este fim, os Estados-partes comprometem-se: a) Adotar todas as medidas legislativas, administrativas e de outra natureza apropriadas com vista à implementação dos direitos reconhecidos na presente Convenção; b) Tomar todas as medidas apropriadas, incluindo legislação, para modificar ou revogar as leis, normas, costumes e práticas existentes que constituam discriminação contra pessoas com deficiência”. PORTUGAL. Resolução da Assembleia da República n.º 56/2009, ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 71/2009. Introdz a Convenção dos Direitos da Pessoa com Deficiência no ordenamento jurídico português;

compreender o nível de concretização da educação inclusiva em ambos os países.

Depois analisaremos um julgado do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, sobre um caso na Itália e na Turquia que trata da Educação Inclusiva para pessoas com TEA, para, igualmente, compará-lo com a realidade brasileira.

Tendo isso em vista, considera-se que a realização desta investigação é importante para contribuir com a experiência brasileira no que tange à adequação ao disposto no artigo 24 da CDPD.

Busca-se, com a presente análise, entender qual é o melhor desenho possível, dentro da realidade factual de cada país, para efetivação da educação inclusiva nos moldes da Convenção.

O objetivo da comparação não visa estabelecer qual modelo jurídico é o melhor, mas analisar de forma crítica com cada ordenamento incorporou o dispositivo convencional referente à educação inclusiva. Não há, por óbvio, transplante legislativo bem-sucedido que ignore as peculiaridades do contexto em que se insere, sendo evidente que a realidade normativa e institucional do Brasil e de Portugal apresenta diferenças, pelo que a presente comparação não se destina a eleger o modelo mais eficiente, mas a identificar equívocos e acertos em cada experiência.

6.1 Educação Inclusiva em Portugal – CRP e Decreto-Lei nº 54/2018

Portugal assinou a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência em 2007, sendo aprovada pela resolução da Assembleia da República n.º 56/2009 e ratificada pelo decreto do Presidente da República n.º 71/2009 e o Estado português implementou um órgão de controle e monitorização dos direitos previstos na convenção, o Mecanismo Nacional de Monitorização da Implementação da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (Me-CDPD).

A Convenção, portanto, entrou em vigor na ordem jurídica portuguesa em 23 de outubro de 2009. Nesse sentido, Portugal passa a ser signatário da CDPD, o que representa a assunção do compromisso internacional pelo Estado Português de reconhecimento e efetivação dos direitos das pessoas com deficiência.

Nesse sentido, questão fundamental é analisar a posição do Direito Internacional Convencional na estrutura hierárquica do ordenamento jurídico português.

Conforme Maria Luísa Duarte²⁵⁹, uma norma internacional de fonte convencional, no Estado Português, tem valor infraconstitucional e valor supralegal, sendo, respectivamente, encarada como um degrau abaixo da Constituição e, por outro lado, um degrau acima do direito interno ordinário. Essa é a posição adotada não só pela autora supra, mas também por Jorge Miranda²⁶⁰.

É a mesma relação existente no direito brasileiro para a regra geral das Convenções Internacionais, salvo, como mencionado no capítulo específico, aqueles que versem sobre direitos humanos e tenham sido aprovados pelo rito do art. 5º, § 3º que assumem estatuto constitucional, regra esta inexistente em Portugal. Assim, diferentemente do Brasil, em Portugal a CDPD não compõe o bloco de constitucionalidade.

A despeito de sua natureza infraconstitucional, a interpretação das normas constitucionais não é alheia às disposições previstas nos Tratados internacionais firmados pelo Governo português.

Isto porque um tratado internacional representa um compromisso assumido pelo Estado perante seus pares no cenário internacional e representa a manifestação do livre consentimento em cumprir os objetivos previstos na convenção, projetando-se os efeitos do *pacta sunt servanda*.²⁶¹

Assim, um tratado deve servir de parâmetro interpretativo das normas constitucionais, um vetor hermenêutico no sentido de que, entre interpretações possíveis da norma constitucional, deve-se adotar aquela que esteja alinhada com a convenção em causa.

Apenas em caso de sentidos contraditórios é que a norma constitucional deve prevalecer em detrimento da inconstitucionalidade da

²⁵⁹ DUARTE, Maria Luísa. **Direito Internacional Público e a Ordem Jurídica Global do século XXI**. Lisboa: AAFDL, 2020, pág.: 326;

²⁶⁰ MIRANDA, Jorge. **Curso de Direito Internacional Público**. Cascais: Principia, 2021, pág.: 162-163;

²⁶¹ DUARTE, Maria Luísa. **Direito Internacional Público e a Ordem Jurídica Global do século XXI**. Lisboa: AAFDL, 2020, pág.: 327;

convenção, ao passo que em caso de harmonia, a norma constitucional deve ter seu sentido construído de forma a dar máxima efetividade à convenção.²⁶²

Disto decorre uma compreensão dos efeitos decorrentes do diálogo normativo entre os dois instrumentos, no sentido de determinar que a CDPD se apresenta como *efeito aditivo*, no sentido de reforço, densificando o sentido, o alcance e o conteúdo dos direitos fundamentais reconhecidos na Constituição Portuguesa.²⁶³

Para tal fim, impõe-se observar a redação do art. 16, nº1 e nº 2 da CRP que estabelecem que os direitos fundamentais previstos na Constituição “*não excluem outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional*” e que “*os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem*”.

Sobre esse aspecto Filipe Venade de Souza²⁶⁴ defende que a CDPD e a CRP se *interdisciplinam* a respeito dos direitos das pessoas com deficiência, permitindo atualização do catálogo constitucional dos direitos fundamentais da Constituição Portuguesa.

Especificamente sobre os direitos das pessoas com deficiência, determina o art. 71, nº 1 que os cidadãos portugueses portadores de deficiência gozam dos mesmos direitos e são destinatários dos mesmos deveres que os demais cidadãos, salvo aqueles deveres incompatíveis com sua limitação.

Este princípio é reforçado pela CPDP através dos arts. 5º e 12º da referida convenção que tratam da igualdade e não discriminação e igual reconhecimento perante a lei.

Especificamente no que toca ao art. 5º, nº 3, a CDPD, prescreve que os Estados devem tomar as medidas necessárias à realização das adaptações razoáveis necessárias à promoção da igualdade, que, no que toca ao nosso trabalho, se traduz na necessidade de implantação, no ambiente escolar, de medidas de apoio, tais como professores especiais, adaptações de

²⁶² DUARTE, Maria Luísa. **Direito Internacional Público e a Ordem Jurídica Global do século XXI**. Lisboa: AAFDL, 2020, pág.: 327;

²⁶³ SOUZA, Filipe Venade de. **Direitos Fundamentais das Pessoas com Deficiência e Jurisprudência Multinível**. Lisboa: Universidade Católica, 2021, pág.: 79;

²⁶⁴ SOUZA, Filipe Venade de. **Direitos Fundamentais das Pessoas com Deficiência e Jurisprudência Multinível**. Lisboa: Universidade Católica, 2021, pág.: 79;

infraestrutura, currículos adaptados, dentre outros aspectos que, inclusive estão previstos na lei de regência que será analisada mais adiante.

O art. 13º da CRP, ao dispor sobre o princípio da igualdade, determina, de forma exemplificativa, ser vedado o tratamento diferenciado em razão de raça, sexo, religião e toda uma sorte fatores, mas nada dispondo sobre deficiência. O referido artigo deve ter seu conteúdo semântico complementado, tanto pelo art. 71 da própria CRP, quanto pelo art. 2º da CDPD que proíbe aos Estados contratantes a prática de discriminação com base na deficiência, o que inclui, segundo a convenção, a proibição de realização das adaptações razoáveis, necessárias ao acesso aos ativos sociais.

Sobre a igualdade, o Tribunal Constitucional – TC, no acórdão nº 359/2011²⁶⁵, refere ao seu viés de proibição de discriminação para determinar a ilicitude de qualquer distinção de tratamento baseados em critérios subjetivos.²⁶⁶

Prossegue o TC que a vedação de discriminação atua delimitando a liberdade de atuação dos poderes públicos que devem atuar sempre norteados pela igualdade.

Esta atuação dos poderes públicos, norteadada pela igualdade, refere o acórdão, não proíbe a adoção de medidas de conformação por parte do legislador, na medida em que o papel conformador e qualificados das posições e relações jurídicas que servirão de parâmetro de referência para a adoção de medidas em direção à igualdade. A vedação consiste na adoção de medidas de conformação jurídica quando não estejam amparadas por um contexto fático que demande reequilíbrio.

O acórdão ainda destaca o desdobramento do princípio da igualdade na CRP em relação às pessoas com deficiência que, além da norma geral, prevista no art. 13, possui um dispositivo específico relacionado ao referido grupo de pessoas, previsto no art. 71, outorgando-os os mesmos direitos e deveres inerentes aos demais cidadãos e, por tal razão, conclui a decisão que qualquer

²⁶⁵ PORTUGAL. Tribunal Constitucional. 2ª Secção. Proc. Nº 58/2011. Acórdão 359/2011. Relator.: Cons. João Cura Mariano. Julgamento: 12.06.2011;

²⁶⁶ Na oportunidade, estava em causa a constitucionalidade de proibição de uma vítima prestar depoimento válido exclusivamente em razão de ser portador de uma anomalia psíquica. À luz do contexto desenvolvido nos autos, o TC considerou inconstitucional a interpretação do art. 131º, n 1 do Código de Processo Penal que conduza à conclusão de que uma pessoa com anomalia psíquica seria incapaz de prestar informações em depoimento, sob a égide do princípio da igualdade;

medida de restrição de direitos dirigidas às pessoas com deficiência devem ter seu parâmetro de constitucionalidade apreciado à luz do art. 18, nº 2 e 3 da CRP, especificamente no que concerne à sua proporcionalidade, reforçando o dever do legislador em escolher sempre medidas condizentes com o princípio de que pessoas com deficiência gozam de todos os direitos previstos na Constituição.

Ainda no plano constitucional, observa-se um diálogo entre o nº 2 do art. 71 que determina a implantação de políticas públicas orientadas ao desenvolvimento, reabilitação e integração dos cidadãos portugueses com deficiência e o art. 74, nº 2, “g” da CRP que estabelece ser dever do Estado a promoção e o apoio das pessoas com deficiência ao ensino especial.

Neste sentido, é decorrência lógica que, ao falar sobre direito à educação para todos, a CRP impõe que o Estado forneça educação de qualidade também aos alunos com deficiência, como exigência de realização do princípio da isonomia.

Como já visto ao longo do trabalho, a exigência de tratamento isonômico demanda que o Estado adote medidas de equalização através de ações que retirem os obstáculos que impeçam a inclusão educacional das pessoas com deficiência, através de um sistema de educação inclusiva.

Neste contexto, outra influência da CDPD na delimitação semântica da CRP se verifica na relação entre o mesmo art. 74, nº 2, “g” da norma constitucional e o art. 24, nº 1 da CDPD.

O texto constitucional português refere à implantação de um modelo de ensino especial, quando necessário, o que deve ser interpretado com o reforço do mencionado dispositivo da CDPD que determina um modelo de educação inclusivo, o que resulta na mesma exigência destinada ao Brasil, no sentido de que as atividades especializadas destinadas à educação das pessoas com deficiência devem ser realizadas no ambiente escolar regular, promovendo a inserção da pessoa com deficiência na sociedade, desde a escola.

Em termos legislativos, atualmente a matéria é regulada pelo Decreto-lei nº 54/2018²⁶⁷ que expressamente refere ser uma prioridade do governo a educação inclusiva de forma que qualquer aluno, independentemente de sua

²⁶⁷ Na redação atual, já com as alterações realizadas pela lei nº 116/2019 e pelo Dec.-Lei nº 62/2023;

condição social e pessoal, possa acessar um nível de formação que possibilite sua plena inclusão social.

Logo a princípio chama atenção, no artigo segundo que trata das definições legais, o enunciado relativo às barreiras à aprendizagem, definidas como as *circunstâncias de natureza física, sensorial, cognitiva, socioemocional, organizacional ou logística resultantes da interação criança ou aluno e ambiente que constituem obstáculos à aprendizagem*.

Isto nos remete à compreensão da responsabilidade social para remodelamento das estruturas sociais com vistas à eliminação dos obstáculos sociais à plena inclusão das pessoas com deficiência na sociedade, o que inclui, de forma especial, o ambiente escolar.

Outro elemento de imenso relevo, ainda no campo das definições, é o do plano de desenvolvimento individual que estabelece um *programa concebido para cada aluno, resultante de uma planificação centrada na sua pessoa, em que se identificam as medidas de suporte à aprendizagem que promovem o acesso e a participação em contextos inclusivos*.

De logo, temos duas percepções, a de que o aluno português com deficiência, tem o direito de frequentar o mesmo ambiente educacional que os demais alunos, mas que isso não se dá sem que haja um acompanhamento personalizado através de um programa individualizado que se oriente a atender suas necessidades individuais de aprendizagem e acesso ao ambiente coletivo.

Já no que se refere aos princípios orientadores, o artigo terceiro, alínea “a” refere à educabilidade universal como o axioma de que todas as crianças e alunos são capazes de aprender e se desenvolverem no aspecto educacional, bem como o princípio da inclusão, no sentido de que todos os alunos devem ter acesso aos mesmos espaços educacionais.

A lei portuguesa ainda prevê a ampla participação da família, não apenas a título de um direito, mas como um dever que lhe é imposto, o que revela, a nosso sentir, uma preocupação estatal com a inclusão do aluno com deficiência e toda sua família, o que revela uma medida orientada à quebra de barreiras e superação de obstáculos à integração de forma efetiva, justamente pelo fato de que o envolvimento do entorno familiar permite a adoção de medidas com mais índice de acurácia, pois os responsáveis devem, inclusive, contribuir para a elaboração do programa educativo individual.

Outro ponto de destaque no Decreto-lei nº 54/2018 é previsão de medidas de suporte à aprendizagem que são classificadas em universais, seletivas e adicionais.

Como o nome já refere, as medidas universais envolvem a participação de todos os alunos, através de ações orientadas à promoção da melhoria da educação e da participação e devem ser as medidas de natureza preferencial.

Apenas na insuficiência das medidas universais é que a instituição de ensino deve recorrer ao que a lei denominou de medidas seletivas e, por fim, de forma extremamente residual, às medidas adicionais.

Como medidas seletivas, a lei dispõe, exemplificativamente, a reforço de aprendizagem, apoio psicopedagógico e percurso curricular diferenciado e a adaptações curriculares desde que não significativas.

Apenas na constatação de insuficiência das medidas seletivas, a escola pode intervir através do que a lei chamou de medidas adicionais, mas o que nos chama a atenção é a previsão legal de sua realização preferencial no contexto de sala de aula.

Disto nos permite um paralelo com a lei nº 13.146/2015, vigente no Brasil, que igualmente prescreve o direito à educação inclusiva no ambiente escolar comum aos demais alunos, prescrevendo, para isso, a responsabilidade da escola pela efetivação de todas as adaptações necessárias à presença e ao desenvolvimento do aluno com deficiência.

Mais detidamente sobre o cerne do trabalho que estamos levando a efeito, relativamente à presença de profissionais habilitados à efetivação da educação inclusiva, o art. 12º da lei portuguesa determina a presença de equipe profissional multidisciplinar composto por um professor que assiste o diretor da turma, um professor especial, três coordenadores pedagógicos, psicólogo, além de membros variáveis que podem ser o próprio diretor da turma e outros docentes do aluno.

Veja-se que, tal qual ocorre no Brasil e em diversos outros Estados, Portugal adota um modelo inclusivo, a partir da compreensão de que o ambiente escolar é a primeira oportunidade de inclusão da pessoa com deficiência, exercendo papel determinante para participação na comunidade.

Ainda sob a égide do Decreto-lei nº 3/2008, diploma legal que antecedeu o DL nº 54/2018, a Direção Geral de Inovação e de Desenvolvimento Curricular, promoveu a publicação do volume denominado “Educação Inclusiva e Educação Especial. Indicadores-chaves para o Desenvolvimento das Escolas: Um guia para Directores”²⁶⁸ através do qual refere a centralidade da educação inclusiva no desenvolvimento dos direitos humanos, consubstanciado em diversas declarações de direitos, como é o caso da Declaração dos Direitos da Criança de 1959, da Declaração de Salamanca de 1994 e na CDPD.

Refere especificamente como o modelo inclusivo produziu uma melhora nas respostas educativas e no ensino, melhora essa constatada através de avaliação externa pautada pela verificação de indicadores de qualidade.

O referido guia traz uma ponderação importante sobre como a educação especial deve ser levada a efeito no âmbito da educação inclusiva. Segundo o documento, o modelo de escola inclusiva parte justamente da concepção de que os alunos devem aprender juntos, independentemente de suas dificuldades ou diferenças, sendo papel da escola a realização das modificações organizacionais necessárias ao acolhimento de todos os alunos, com ou sem deficiência.

O Guia para gestores educacionais adota a nomenclatura “Alunos com Necessidades Educativas Educacionais” e refere às medidas adicionais de concretização da educação que podem ser consubstanciadas, dentre outros, na adaptação curricular, no apoio pedagógico e no apoio terapêutico.

Sobre estas medidas educacionais nos chama a atenção o apoio terapêutico na medida em que, como já referimos em capítulo precedente, a concretização da educação inclusiva de forma plena e eficaz reclama uma ação conjunta e coordenada com os agentes terapêuticos de forma a tornar o espaço educacional mais acessível e amigável sobretudo aos alunos com necessidades especiais relacionadas aos aspectos sensoriais e comportamentais.

Após uma pesquisa jurisprudencial, identificou-se um baixíssimo índice de litigiosidade sobre a matéria, de forma que nossa pesquisa analisará

²⁶⁸ PORTUGAL. Educação Inclusiva e Educação Especial. Indicadores-chaves para o Desenvolvimento das Escolas: Um guia para Directores. DGIDC. Direção Geral de Inovação e de Desenvolvimento Curricular, Lisboa, 2011;

os poucos acórdãos do TCA Norte sobre as questões relativas à educação das pessoas com PEA.

Em consulta à forma como os Tribunais Portugueses enfrentam o tema da Educação inclusiva para as pessoas com perturbações do espectro autista, pode-se analisar o Processo nº 01822/19.4BEBRG, julgado pelo Tribunal Central Administrativo Norte em que se julgou uma punição a uma gestora de educação que havia negado acesso a uma criança com autismo sob a alegação de ausência de vagas.²⁶⁹

No curso do processo consta manifestação de professoras lotadas no agrupamento escolar de responsabilidade da gestora, referindo que, além da ausência de vaga, existiam importantes limitações de ordem material e humana que implicariam na impossibilidade de uma resposta educacional positiva à criança.

O aluno chegou a realizar uma avaliação que findou em um relatório técnico-pedagógico e que acompanhou um boletim de transferência para o Agrupamento de Escolas gerido pela respectiva diretora, mas o retorno recebido pela família da criança foi, novamente, a ausência de vagas.

Estava em causa a aplicação do Despacho Normativo nº 1-B/2017 que determinava um número máximo de 20 (vinte) alunos e um total de 2 (dois) alunos com necessidades educativas especiais por turma nos Agrupamentos Escolares dotados de ensino estruturado para alunos com Perturbações do Espectro Autista.

Após o decurso de cinco meses, o aluno foi integrado a uma Unidade de Ensino Estruturada para Alunos com Perturbações do Espectro Autista do referido Agrupamento Escolar apenas em face de laudo que constata a desnecessidade de sua inclusão em turma reduzida.

²⁶⁹ Cfr.: “A Autora, na qualidade de Diretora do Agrupamento de Escolas ..., em ..., não assegurou que o aluno BB, matriculado no Agrupamento de Escolas de ..., desde 24 de novembro de 2017, fls. 44, 46, do P.D., pudesse ser transferido para o seu Agrupamento, a fim de ser apoiado numa das unidades de ensino estruturado para alunos com perturbações do espectro do autismo (UEEA) que funcionam nas EB1 de G... e SP..., por se tratar de um aluno com necessidades educativas especiais de caráter permanente, que sofre de perturbação do espetro do autismo e beneficia das medidas educativas previstas no Decreto-Lei n.º 3/2008, de 7 de janeiro, fls. 28, 34, do P.D. A Autora não informou a mãe do BB, a tutela, e o AE de ..., dos constrangimentos existentes, caso aceitasse a transferência do BB, tendo-se sempre limitado a considerar que não havia vagas ao abrigo do disposto no ponto 5, do art.º 19.º, do Despacho Normativo n.º 1-B/2017”. PORTUGAL. Tribunal Central Administrativo Norte. 1ª Seção. Proc. nº 01822/19.4BEBRG. Relator. Luis Migueis Garcia. Julgamento:30.09.2022;

O TCA não corroborou a posição do Tribunal *a quo* por não entender falha na condução dos deveres funcionais por parte da gestora de ensino e anulou as penalidades administrativas aplicadas.

Veja-se que novamente neste caso, vieram à tona questões relacionadas ao custo de realização dos direitos inerentes à realização da educação inclusiva, o que se depreende dos comentários das professoras que formam o referido agrupamento, sempre mencionando as limitações estruturais que enfrentavam, referindo as dificuldades em prestar um bom atendimento ao aluno em causa, tendo sido este o fundamento das ações da gestora de ensino.

Tal qual ocorre no Brasil, muitas vezes o grau de efetivação de um direito fundamental não pode ser auferido apenas pela atividade legislativa, mas sobretudo diante da capacidade orçamentária do Estado em realizar ações em direção aos destinatários do referido direito.

Consta da decisão a existência de limitações de ordem material que influenciaram a decisão da gestora que só efetivou a matrícula do aluno, satisfazendo assim seu direito à educação especializada e inclusiva quando da constatação de que as condições específicas do aluno permitiam um índice menos elevado de satisfação, a saber, poderia ser incluído em uma turma com mais alunos.

Para além do Decreto-Lei nº 03/2008, substituído posteriormente pelo Decreto-Lei nº 54/2018, vigora em Portugal a lei nº 46/86²⁷⁰ que disciplina as bases do sistema educacional e que, nos artigos 20 e 21 dispõe sobre os objetivos da educação especial e organização da educação especial, respectivamente.

Entre os objetivos da educação está a disposição prevista no art. 20, nº 3, “e”, no sentido de promover o apoio na inserção familiar, escolar e social de crianças e jovens deficientes.

Da redação do citado enunciado, extrai-se o comando normativo de garantir ao aluno com deficiência, o devido apoio escolar, através dos meios necessários à sua efetiva inserção.

Outrossim, o art. 21, ao dispor sobre a organização da educação especial, dispõe que *a educação especial organiza-se preferencialmente*

²⁷⁰

Com alterações promovidas pelas leis 115/97, 49/2005, 85/2009 e 16/2023;

segundo modelos diversificados de integração em estabelecimentos regulares de ensino, tendo em conta as necessidades de atendimento específico, e com apoios de educadores especializados.

Da leitura do acórdão, infere-se uma postura passiva da Administração Pública, limitando-se a constatação de inviabilidade de matrícula do aluno no referido agrupamento escolar em virtude de uma normativa (Despacho Normativo nº 1-B/2017), sem qualquer demonstração de efetiva alocação do referido aluno em outra unidade que atenda sua necessidade.

Outrossim, o direito à educação inclusiva é, como visto, previsto em lei, bem como decorre de Convenção da ONU da qual Portugal é signatário e, em homenagem ao princípio da legalidade, não nos parece haver espaço de legitimidade para as disposições do referido Despacho Normativo nº 1-B/2017 quando estabelecem limite de alunos com deficiência por turma.

Ao menos no caso concreto, pode-se argumentar, e a nosso ver com razão, que a referida norma infralegal extrapolou de seu papel regulamentar e restringiu direito legalmente previsto. Mas essa questão não foi ventilada no acórdão.

Outro julgado sobre a matéria que teve lugar no TCA Norte, foi o processo nº 00053/17.2BEAVR que apreciou uma pretensão de uma família de um aluno com Perturbação do Espectro Autista que teve negada uma solicitação de um assistente operacional (tarefeiro) para acompanhar o aluno diariamente e em todo o período escolar, isto é, na sala de aula, no intervalo, durante as refeições, desde a entrada no estabelecimento de ensino até seu regresso para casa.

Consta dos autos que, ao receber o Plano Educativo Individual relativo ao aluno, o encarregado pela Educação do aluno discordou do referido plano e negou-se a assiná-lo, justamente pela ausência de um assistente operacional que, segundo o responsável pelo aluno, era estritamente necessário consoante laudo médico.

A despeito da ausência de previsão do referido profissional no Plano Educativo Individual, consta da decisão relato de que o aluno, nos momentos de intervalo, lanche e almoço era assistido por uma assistente operacional da escola, mas que essa assistência desfalcava outros setores da instituição, como a biblioteca, a limpeza, o apoio às salas e a vigilância.

Diante da necessidade do aluno em ter uma assistente ao longo de sua jornada escolar e a necessidade de dar uma resposta aos desfalques de pessoal provocados para tentar atender essa demanda específico, o Agrupamento Escolar solicitou à DGeTE, a contratação de um assistente operacional para atender especificamente o aluno, o que foi negado por entender que as necessidades escolares do aluno estavam sendo atendidas.

A decisão denegatória da DGeTE assentou-se na demonstração de que o aluno estava inserido em uma turma reduzida com apenas 8 (oito) alunos, sentava-se à frente da professora, era assistido por professora especial, tinha boa interação com os colegas e submetia-se ao mesmo conteúdo programático e critérios de avaliação dos demais colegas.

Ao apreciar o caso, o Judiciário entendeu pela impossibilidade de enveredar pelo mérito administrativo em homenagem à separação dos poderes. Segundo o TCA Norte, não havia nos autos, qualquer ilegalidade cometida nos fundamentos da decisão que levou em conta a interpretação dos dispositivos da legislação de regência e considerou, à luz da factualidade provada, que o aluno tinha seu direito fundamental à educação inclusiva atendida em níveis que lhe garantiam isonomia em relação aos demais.

A decisão pela não contratação da tarefa fundamentou-se no Plano Educativo Individual e na constatação de que o aluno estava sendo plenamente assistido, bem como no sentido de que os desafios enfrentados pelo Agrupamento Escolar seriam administrados internamente com os meios que eles já dispunham e que o caso demandava uma gestão racional dos recursos.

Assim, entendeu-se que o mérito da decisão não estaria na margem de apreciação do Judiciário, no sentido de que não se verificava qualquer erro ou omissão de justificação legal.

A nosso sentir, como já referido no capítulo específico, a atuação do Judiciário deve ser sempre no sentido de promoção dos maiores índices possíveis dos direitos fundamentais. Diante de um caso concreto, como o processo nº 00053/17.2BEAVR, entendemos não haver barreiras à atuação do Judiciário quando o bem tutelado for um direito fundamental e a decisão administrativa, ainda que fundamentada, estabeleça um *déficit* de proteção.

Não nos parece que seria um caso de fragilização da separação de poderes, mas de exercício da função Jurisdicional como guardião da Constituição e preservação de sua cogência e efetividade.

A legislação de regência em Portugal, a nosso sentir, estabelece um nível de proteção no âmbito das normas gerais e abstratas, de elevada proteção das pessoas com deficiência, garantindo-lhes uma posição de isonomia e acesso ao desenvolvimento humano.

Mas, igualmente como ocorre no Brasil, as pressões orçamentárias são imensas e, muitas vezes, a concreta efetivação das prestações estatais esbarram em limites orçamentários e na necessidade de distribuição dos recursos para outros atores sociais dignatários da mesma proteção jurídica. Também enfrentam dificuldades, tal qual no Brasil, de ordem de preparo com o corpo de profissionais especializados para atender aos alunos com deficiência.

Ante a exposição das principais modificações atinentes à educação inclusiva das pessoas com deficiência efetuadas na ordem jurídica de Portugal, devidas em função da CDPD, importa apresentar as considerações da ONU acerca de seus conteúdos.

Em virtude do artigo 35 da Convenção, os Estados signatários assumem o compromisso de submeter relatórios periódicos detalhados das medidas adotadas para cumprir as obrigações contidas no documento internacional e sobre o processo alcançado.

O relatório inicial sobre aplicação da CDPD em Portugal foi apresentado em 2012, sendo analisado pelo Comitê em 2016.

Em resposta ao relatório apresentado por Portugal, o Comitê dos direitos das pessoas com deficiência apresentou suas observações finais sobre a efetivação da Convenção no Estado Português, indicando as áreas de preocupação relacionadas a cada artigo da Convenção. Entretanto, para os fins desse trabalho, vamos analisar as considerações sobre o direito à educação inclusiva e a (in) existência de obstáculos a sua efetivação em Portugal.

O Comitê reconheceu que ainda que a maioria dos estudantes com deficiência estejam inseridos no ensino regular no Estado Português, faltam-lhes

recursos humanos e materiais, o que coloca em risco o direito e a oportunidade de uma educação inclusiva de qualidade.²⁷¹

O Comitê constatou, ainda, que Portugal criou um tipo de segregação, quando estabeleceu escolas modelos especializadas para alunos surdos, cegos, bem como para estudantes com autismo, pelo que recomenda que essa prática está em desacordo com a CDPD.²⁷²

Naquela altura, o Comitê dos Direitos da Pessoas com deficiência ainda recomendou que Portugal buscasse aprimorar os meios para garantir o acesso a todos os níveis de educação e formação profissional, bem como a melhoria da infraestrutura dos estabelecimentos de ensino, nomeadamente no que se refere às adaptações para acessibilidade.

Além disso, ressaltou que, a despeito de Portugal possuir um sistema acesso ao ensino superior através de um regime de quotas, tal regime não possuía regulamentação, sobretudo no que pertine às modalidades de apoio que as universidades deveriam ofertar aos estudantes com deficiência. Manifestou ainda preocupação com o fato de não haver um amplo acesso dos estudantes com deficiência a todas as possibilidades de qualificação profissional, identificando ainda obstáculos ao acesso a determinadas formações.

Por fim, recomendou-se que Portugal regulamentasse, por lei, o acesso dos estudantes com deficiência ao ensino superior e à formação profissional com igualdade de condições, através de todas possíveis adaptações razoáveis e serviços de apoio.

Como já mencionado, o número 2 do artigo 35 prevê que devem ser submetidos relatórios subsequentes, pelo menos a cada quatro anos, para atualizar, de maneira transparente, as medidas efetivadas nos ordenamentos jurídicos em prol do cumprimento das obrigações internacionais. Em Portugal, até o momento, única submissão refere-se ao Relatório Inicial, analisado pelo Comitê em 2016.

²⁷¹ ONU. Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. **Observações Finais sobre o Relatório Inicial de Portugal.** 20.05.2016. Disponível em <https://dcjri.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/pdf/co-crpd-1rel.pdf>, último acesso em 23.03.2025;

²⁷² ONU. Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. **Observações Finais sobre o Relatório Inicial de Portugal.** 20.05.2016. Disponível em <https://dcjri.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/pdf/co-crpd-1rel.pdf>, último acesso em 23.03.2025;

Desse modo, as observações da ONU foram publicadas antes da promulgação do Decreto Lei de nº 54/2018 e do Despacho Normativo nº 1-B/2017, o que significa que as reformas deles decorrentes ainda não foram objeto de apreciação pelo Comitê da ONU.

Entretanto, o Observatório da Deficiência e Direitos Humanos (ODDH), organismo ligado à Universidade de Lisboa, realiza um acompanhamento da efetividade das medidas implementadas em Portugal e elabora relatórios onde divulga os resultados de sua apreciação.

Em 2019, o ODDH, produziu Relatório “Pessoas com Deficiência em Portugal - Indicadores de Direitos Humanos” através do qual avalia o impacto da CDPD em Portugal, sobretudo no desenvolvimento das medidas orientadas às pessoas com deficiência em áreas como educação, emprego, saúde e todos os direitos da CDPD, destacando os desafios ainda existentes à concretização dos direitos fundamentais das pessoas com deficiência no país.

Especificamente sobre educação inclusiva, o relatório destaca um incremento do número de matrículas de pessoas com deficiência na rede regular de ensino na ordem de 92%, enquanto foi reduzido em mais de 1/3 o número daqueles que frequentaram escolas com ensino especial entre os períodos de 2010/2011 e 2017/2018.²⁷³

Em relação à frequência das escolas da rede pública, registra-se um aumento acentuado, na ordem de 67% do número total de estudantes com necessidades educativas especiais.²⁷⁴

A despeito do aumento de matrículas, refere um descompasso entre a adesão ao modelo inclusivo e os investimentos públicos necessários à sua efetivação, notadamente relacionado a apoios disponibilizados a esses estudantes. Aqui o dado é bem menos expressivo, de modo que o aumento do número de especialistas foi reforçado em apenas 8%, proporção que demonstra

²⁷³ ODDH. Observatório da Deficiência e Direitos Humanos. **Pessoas com Deficiência em Portugal – Indicadores de Direitos Humanos em 2019**. ISCSP – Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas. Universidade de Lisboa. 16.01.2020

²⁷⁴ ODDH. Observatório da Deficiência e Direitos Humanos. **Pessoas com Deficiência em Portugal – Indicadores de Direitos Humanos em 2019**. ISCSP – Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas. Universidade de Lisboa. 16.01.2020;

um grande contraste entre o ingresso de alunos com deficiência nas escolas públicas e a disponibilização de professores especializados.²⁷⁵

A reflexão que é feita aqui, e no próprio relatório, é a de que embora tenha havido um aumento do ingresso de pessoas com deficiência nas escolas regulares, mudança que aponta para uma educação inclusiva em termos quantitativos, esse avanço ainda precisa ser mais bem desenhado ante a disponibilização de meios para que efetivamente haja inclusão das pessoas com deficiência no âmbito escolar.²⁷⁶

Do ponto de vista qualitativo, não ter profissionais habilitados disponíveis é um dos grandes obstáculos à efetivação do direito à educação inclusiva. Vale destacar que o modelo proposto pela CDPD vai mais além do que integrar. Incluir é, sobretudo, oferecer igual oportunidade das pessoas com deficiência frente às demais, com vistas a providenciar as necessárias adaptações razoáveis.

No relatório de 2023, o ODDH²⁷⁷ indica que os índices de evasão escolar entre os alunos com deficiência são muito superiores aos índices dos alunos sem deficiência (22,1% contra 8,5%) e os números são, inclusive, superiores à verificação feita em 2015, o que revela uma incapacidade do Estado em reter os alunos com deficiência no sistema escolar regular.

Houve recolha de testemunhos e alunos e pais que referem às dificuldades do sistema ensino relativamente ao tratamento recebido pelos professores e equipas de apoio, o que, a nosso sentir, é revelador das dificuldades de contratar e treinar constantemente equipe para esta atividade.

Outrossim, um dado positivo foi o incremento do número de alunos com deficiência no ensino superior que, seguindo uma tendência verificada em anos anteriores, verificou-se um aumento de 35% no número de alunos em

²⁷⁵ ODDH. Observatório da Deficiência e Direitos Humanos. **Pessoas com Deficiência em Portugal – Indicadores de Direitos Humanos em 2023**. ISCSP – Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas. Universidade de Lisboa. 15.12.2023;

²⁷⁶ ODDH. Observatório da Deficiência e Direitos Humanos. **Pessoas com Deficiência em Portugal – Indicadores de Direitos Humanos em 2023**. ISCSP – Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas. Universidade de Lisboa. 15.12.2023;

²⁷⁷ ODDH. Observatório da Deficiência e Direitos Humanos. **Pessoas com Deficiência em Portugal – Indicadores de Direitos Humanos em 2023**. ISCSP – Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas. Universidade de Lisboa. 15.12.2023;

relação ao ano anterior. Entretanto, o relatório ainda refere uma grande evasão escolar, também no ensino superior.²⁷⁸

O processo de concretização de direitos fundamentais, nomeadamente relativo às pessoas com deficiência é um processo constante que demanda uma ação coordenada de todos os poderes na elaboração de políticas públicas, na deliberação e um suporte legislativo que densifique os direitos previstos na constituição e na convenção, a distribuição otimizada dos recursos públicos e, ainda, a atuação do Poder Judiciário no papel de garantidor.

6.2 Educação Inclusiva na perspectiva do TEDH

Para além de signatário da CDPD, Portugal é membro do Conselho da Europa, organização internacional no âmbito europeu que dentre suas atribuições possui a realização e proteção dos direitos humanos.

Trata-se de mais uma instância de efetivação da tutela dos direitos humanos, um reforço na proteção multinível dos referidos direitos a que Portugal se vincula.

Nesse sentido, Rui Guerra da Fonseca²⁷⁹ aponta que a proteção internacional dos direitos humanos é um nível extra ou até supraestatal de proteção desses direitos, de modo que os sistemas seja o das Nações Unidas, seja do Conselho da Europa – sistemas autônomos, mas com pontos de relação²⁸⁰ - constituem o último recurso para proteção de direitos humanos internacionalmente garantidos, quando da ingerência dos Estados em respeitarem os compromissos internacionais aos quais se vincularam.

No âmbito do referido Conselho da Europa, vigoram a Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH) e a Carta Social Europeia (CSE), tratados internacionais que prescrevem normas que reforçam a tutela dos direitos humanos, sobretudo proibindo medidas discriminatórias e possui, dentre

²⁷⁸ ODDH. Observatório da Deficiência e Direitos Humanos. **Pessoas com Deficiência em Portugal – Indicadores de Direitos Humanos em 2023**. ISCSP – Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas. Universidade de Lisboa. 15.12.2023;

²⁷⁹ FONSECA, Rui Guerra. **Proteção Internacional dos Direitos Humanos – Introdução à Disciplina, Sumários Desenvolvidos**. Lisboa: AAFDL, 2018, pág.: 17;

²⁸⁰ Cfr.: “Por exemplo, a inadmissibilidade de queixas, junto do TEDH, que sejam idênticas a outras já apresentadas a outras instâncias internacionais”. FONSECA, Rui Guerra. **Proteção Internacional dos Direitos Humanos – Introdução à Disciplina, Sumários Desenvolvidos**. Lisboa: AAFDL, 2018, pág.: 17;

seus órgãos, um Tribunal Internacional, o TEDH (Tribunal Europeu dos Direitos do Homem), que tem por finalidade determinar se os Estados partes estão garantindo os direitos previstos na Convenção, como é o caso do direito à educação, tutelado pela Convenção Europeia de Direitos Humanos em razão do que prescreve o art. 2º do protocolo nº 1.

A CEDH não exclui a adoção da CDPD na análise de negativa de acesso a direitos fundamentais no âmbito do Conselho da Europa, pelo contrário, as convenções representam pactos convergentes e que devem ser interpretados conjuntamente para determinação da maior efetividade possível dos seus destinatários.

No contexto das pessoas com deficiência, decorre da interpretação conjunta de ambos os tratados o reconhecimento pelo Conselho da Europa do direito à educação inclusiva como um compromisso firmado pelos Estados membros e o papel de seus órgãos, sobretudo o TEDH, de garantir que os Estados efetivem este compromisso social.

Isto decorre da previsão do art. 14 da CEDH que prevê o direito de não discriminação na fruição dos direitos decorrentes da mencionada Convenção, combinado com o art. 2º do Protocolo Adicional à Convenção de Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais que estabelece o direito à instrução, do qual se extrai a concepção de que o modelo de educação inclusiva, ou seja, em conjunto com os demais alunos, é que mais se alinha com os objetivos da convenção em uma perspectiva dialógica entre a CEDH e a CDPD.

A Carta Social Europeia Revista (CSER) possui redação que contempla direitos às pessoas com deficiência. A primeira menção a esses direitos se encontra no art. 9º e art. 10º que versam, respectivamente sobre obter orientação sobre a escolha de uma profissão ou ao aperfeiçoamento profissional e direito à formação profissional, indicando que esses são direitos de todos, inclusive das pessoas com deficiência.²⁸¹

²⁸¹ PORTUGAL. Resolução da Assembleia da República n.º 21/91, de 6 de agosto de 1991. Introduz a Carta Social Europeia no ordenamento jurídico português;

Em seu artigo 15 a CSER²⁸² garante o direito às pessoas com deficiência de autonomia, integração social e participação na vida da comunidade. Comprometida com a educação, valorizando as escolas com microssistemas de interações sociais, a CSER dá preferência pela matrícula das pessoas com deficiência em escolas regulares, sempre que possível.

No âmbito da efetividade da CEDH, o Tribunal Europeu é constantemente acionado para determinar se em algum caso concreto a resposta estatal à demanda de algum cidadão está adequada à maior concretização possível dos direitos fundamentais.

O direito de petição individual, expresso no artigo 34.º da CEDH, permite que qualquer pessoa possa acessar ao TEDH com o fito de ver sua pretensão apreciada, desde que estejam verificados os requisitos de admissibilidade que estão contidos no artigo 35.º.²⁸³

Relacionado aos critérios de admissibilidade, é de destacar a obrigatoriedade do requerente de esgotar precedentemente todas as vias de recurso internos conhecidos pelo TEDH. A esse respeito, a existência e possibilidade de acesso a um recurso interno efetivo no ordenamento jurídico de cada Estado é uma exigência do artigo 13.º da Convenção, tendo o requerente seis para apresentar a queixa a contar da data da decisão definitiva da última instância interna.²⁸⁴

A atuação do TEDH, portanto, é sempre subsidiária, isto é, tendo vez apenas quando o Estado-parte não for capaz de dar uma resposta satisfatória à violação de direitos de um residente que deve esgotar as vias internas, inclusive judiciais, antes de apresentar sua queixa ao Tribunal.

Na hipótese de o TEDH entender pela procedência do requerimento do particular, fica sob o juízo do tribunal declarar se houve violação à Convenção

²⁸² PORTUGAL. Resolução da Assembleia da República n.º 21/91, de 6 de agosto de 1991. Introduz a Carta Social Europeia no ordenamento jurídico português;

²⁸³ PORTUGAL. Lei n.º 65/78 de 13 de outubro de 1978. Introduz a Convenção para Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais no ordenamento jurídico português;

²⁸⁴ PORTUGAL. Lei n.º 65/78 de 13 de outubro de 1978. Introduz a Convenção para Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais no ordenamento jurídico português;

ou aos seus protocolos, podendo, ainda, condenar o respectivo Estado a uma reparação pecuniária à parte lesada.²⁸⁵

Vê-se que se trata de uma importante instância de controle de concretização dos direitos humanos, especificamente a educação inclusiva, pelo que temos como importante a análise de sua jurisprudência através de casos selecionados sobre nosso objeto de pesquisa.

6.2.1 Caso GL v. Itália²⁸⁶ – Apreciação pelo TEDH

O caso em questão revela uma queixa ao Tribunal Europeu de Direitos do Humanos no sentido de apreciar se houve violação ao artigo 14, lido em conjunto com o art. 2 do Protocolo nº 1 da Convenção Europeia de Direitos do Homem.

A queixa dá conta de que houve discriminação em razão da condição de autista, quando o requerente refere que lhe foi negado seu direito à educação na medida em que, no caso concreto, não lhe foi disponibilizado professor especializado durante sua estada na sala de aula regular, nos períodos de 2010/2011 e 2011/2012 (dois primeiros anos do ensino primário).

O Acórdão aponta como contexto fático da decisão que o recorrente era portador de Perturbações do Espectro Autista e não desenvolvia a habilidade da fala. Por tal razão, ao ingressar na escola primária, solicitou apoio especializado ao abrigo do art. 13 da lei 104/192 o que lhe foi deferido em um primeiro momento, mas após algum período o atendimento foi suspenso, tendo os seus pais custeado a referida assistência relativamente aos períodos de 2010/2011 e 2011/2012.

Em virtude da negativa de atendimento, os pais do aluno recorreram ao Judiciário no intuito de obter decisão que obrigasse a escola a fornecer o apoio especializado não obtendo sucesso em seu pleito formulado perante o Tribunal Administrativo da Campânia que entendeu ter o Estado efetuado todas as medidas possíveis para atender as demandas do menor, referindo inclusive

²⁸⁵ PORTUGAL. Lei n.º 65/78 de 13 de outubro de 1978. Introduz a Convenção para Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais no ordenamento jurídico português;

²⁸⁶ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. First Section. Case of G. L. vs. Italy. Application no. 59751/15. Strasbourg. 10.09.2020;

aos limites orçamentários que impunham um critério de racionalidade e distribuição dos recursos.

Da decisão denegatória foi apresentado recurso ao Conselho de Estado que manteve a decisão da instância inferior e negou provimento ao recurso dos pais do aluno sob o argumento de que o Município não poderia ser constrangido à efetivação da medida pleiteada tendo em vista a redução de recursos orçamentários experimentada no período.

Esgotas as instâncias internas, o caso foi levado ao TEDH, sob a alegação da família de que o estudante, com TEA, teria sofrido grave discriminação no seu direito de acesso à educação, motivada pela sua deficiência, indicando que sua pretensão estava amparada no Ar. 14 da CEDH, combinado com o Art. 2º, do Protocolo nº 1.

O recurso buscou apoio na jurisprudência do Tribunal através do caso *Velvo Velev c. Bulgária* (Proc. 16032/07) oportunidade em que o TEDH reforça que as garantias à educação não podem ser impedidas ou restringidas por razões econômicas ou orçamentárias.

Além disso, alegou que decorre da jurisprudência do Tribunal que a margem de apreciação de que gozam os Estados Contratantes para harmonizar o direito à educação com interesses outros, particularmente os financeiros, foi considerada reduzida, nomeadamente no caso de pessoas com deficiência e que o contexto em que se encontrava representava uma violação de direitos fundamentais, especificamente no que se refere à educação.

Em sua resposta, o Governo italiano refere justamente o corte de verbas no seu orçamento, bem como que, diante de escassez de recursos, as disponibilidades financeiras foram direcionadas para custeio de medidas relativas ao apoio domiciliar de pessoas com Esclerose Lateral Amiotrófica – ELA, que, segundo a decisão política tomada à época, representava um custo prioritário.

Ao apreciar o caso, a Corte firmou seu entendimento sob a premissa da fundamentalidade do direito à educação e seu protagonismo na promoção dos direitos humanos e que, à despeito de qualquer restrição orçamentária, a centralidade do direito à educação na condição de ativo social especificamente protegido pela CEDH deve conduzir à solução jurídica que privilegie a não discriminação e à máxima efetividade do referido direito.

Refere o Tribunal Europeu que, ao prever dispositivo sobre educação inclusiva, a lei italiana pretende promover igualdade de oportunidades reduzindo diferenças entre pessoas com e sem deficiência para que todos possam ter acesso à educação, sem qualquer obstáculo.

A decisão ainda destaca que está na margem de apreciação do legislador italiano a escolha de como promover o ensino inclusivo e quais as adaptações são consideradas razoáveis para promover a educação inclusiva, mas que, no caso concreto, a existência de limites orçamentários não representava uma justificativa válida para denegação do direito do aluno à assistência especializada, por representar uma privação ao direito previsto na legislação doméstica, incorrendo em manifesta discriminação.

Outro aspecto importante do caso é fato de o Estado italiano ter justificado a insuficiência de recursos para custeio do apoio especial, baseado em uma decisão política de deslocar os recursos para o atendimento de uma doença (ELA) que, naquele momento, foi entendida como merecedora de uma resposta prioritária em detrimento da necessidade do aluno recorrente.

Sobre este aspecto, o TEDH refere que, muito embora o art. 14 da CEDH não proíba tratamentos distintos para corrigir distinções fáticas, não se pode cogitar de tratamentos desiguais que não tenham a finalidade de corrigir desigualdades materiais.

Para o Tribunal, igualdade e não discriminação são princípios conectados sendo uma exigência do primeiro que as medidas de diferenciação sempre se pautem por razões direcionadas à eliminação de desigualdades materiais, sob pena de incorrerem justamente em discriminação.

No caso concreto, segundo a Corte, o governo italiano, ao direcionar os recursos orçamentários a um grupo de portadores de uma determinada enfermidade e, por isso, inibindo a fruição de direitos relativos a outro grupo igualmente vulnerável, incorreu em medida discriminatória, não justificável à luz da dignidade da pessoa humana e que, por isso, não estava compreendido na margem de apreciação.

A CEDH, como um compromisso internacional firmado pelos Estados Europeus, impacta diretamente na interpretação das normas sobre direitos fundamentais, constringendo os Estados-partes a adotar uma construção

normativa mais protetiva em relação aos direitos fundamentais, exigindo critérios de justificação mais robustos para denegação de tais direitos.

Nesse sentido, o TEDH entendeu que houve violação do artigo 14.º da Convenção, lido em conjunto com o artigo 2.º do Protocolo n.º 1, condenando o Estado Italiano a pagar EUR 2.520 (dois mil quinhentos e vinte euros), a título de danos patrimoniais; EUR 10.000 (dez mil euros), a título de danos não patrimoniais e EUR 4.175 (quatro mil cento e setenta e cinco euros), a título de custas e despesas, conforme prescreve o art. 44.º § 2.º da Convenção.

A nosso sentir, o TEDH adotou uma formulação do princípio da isonomia como princípio estruturante do Estado de Direito e sua intrínseca relação com a dignidade da pessoa humana determinando a cessação da medida discriminatória e garantindo o acesso aos meios necessários à educação inclusiva.

6.2.2 Caso *Ozan Baris Sanlisoy v. Turquia*²⁸⁷ – Apreciação pelo TEDH

Outro caso submetido à jurisdição do TEDH foi o caso *Ozan Baris SANLISOY* da Turquia. Na oportunidade, o Tribunal enfrentou a questão relativa à violação do art.14º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e seu o art. 2º do protocolo nº1.

Do acórdão, se extrai as seguintes informações dos fatos. O comitê de avaliação de educação especial afiliado ao Centro de Orientação e Pesquisa Beşiktaş (Istambul) preparou um plano educacional em nome do requerente, indicando que ele precisava desenvolver certas habilidades, dentre elas habilidade social, habilidade de imitação, habilidade de cuidado pessoal e outras, pelo se evidenciou a necessidade do requerente de receber educação especial individualizada por seis meses, sendo decidido que o aluno permaneceria com o programa de educação pré-escolar inclusiva.

Sob a orientação do diretor da escola pública em que o requerente era matriculado, justificando que faltava à presente escola a estrutura para

²⁸⁷ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Tenth Section. Case of Ozan Barış Sanlisoy. vs. Turkey. Application no. 77023/12. Strasbourg. 01.12.2016;

atender ao plano educacional, em 2011, os pais do requerente solicitaram a matrícula do filho no Jardim de Infância da Escola Işık, escola particular.

O aluno foi autorizado a passar algumas horas na instituição de ensino com a finalidade de conhecer os educadores antes de tomar uma decisão sobre a matrícula final.

Após esse período, em 14 de outubro de 2011, a direção da escola informou aos pais do requerente que, de acordo com a avaliação feita por especialistas na área, a escola não possuía a infraestrutura necessária para aceitar o aluno, negando sua matrícula.

Disto, a família do requerente apresentou uma queixa criminal ao Ministério Público de Istambul (Ministério Público) contra a Diretoria Geral da Escola Işık, com base em discriminação, consoante o que consta no art. 122, parágrafo 1, do Código Penal Turco.

Adicionalmente, o requerente declarou que, nos termos do artigo 24.º do Decreto-Lei n.º 573 sobre o Ensino Privado de 1997, as escolas privadas – tal como todas as escolas públicas – são obrigadas a prestar serviços de educação especial às crianças que vivem na sua vizinhança.

O Ministério Público, porém, ao colher depoimento dos profissionais da escola, decidiu não instaurar o processo, considerando que não havia provas que sustentassem as denúncias sobre os fatos alegados.

A família do requerente manifestou oposição, sustentando que o Ministério Público não apresentou fundamentação adequada para o arquivamento, reafirmando sua convicção de que a recusa de matrícula do filho ocorreu em razão de sua condição de autista.

Nesse período, o advogado do requente alegou que após a negativa da Escola Isik, os pais procuraram outras escolas particulares que, igualmente, o negaram a matrícula. Diante disso a criança não pôde frequentar a escola durante o ano letivo de 2011, “frequentando apenas duas sessões educacionais por semana no centro de reabilitação”. Em 2012, entretanto, os pais conseguiram matriculá-lo na escola pública Maçka Primary School, que por muita insistência da família, frequentou aulas durante meio período com um assistente cuja despesas foram cobertas pela família.

O Tribunal Penal Superior de Bakırköy rejeitou o recurso em 7 de maio de 2012, concluindo que a decisão de não ofertar denúncia do Ministério Público estava de acordo com a lei e o procedimento.

Diante disso, o caso foi levado ao TEDH, sob a alegação da família de que o estudante, com TEA, teria sofrido grave discriminação no seu direito de acesso à educação, em razão de ser autista, indicando que sua pretensão estava amparada no Art. 14 da CEDH, combinado com o Art. 2º, do Protocolo nº 1. O requerente ainda alegou, fundado no art.13²⁸⁸ da CEDH, que não conseguiu se beneficiar de um recurso eficaz para que as suas queixas fossem consideradas no ordenamento turco.

Considerando que não foram juntado aos autos provas das engativas das outras escolas referidas, ao apreciar o caso, o TEDH entendeu que a negativa de matrícula de uma única escola, fundamentada na inexistência de profissionais qualificados para atender o aluno com Autismo, não representa uma negação sistemática do direito à educação com base no fato de ser autista. Ademais, nem representa qualquer falha por parte do Estado no cumprimento das suas obrigações nos termos do artigo 2.º do Protocolo n.º 1, que incorpora o artigo 14.º da Convenção.

Fundamenta o TEDH, no sentido de que o aluno, ao final, conseguiu acesso à educação na rede pública, não havendo interrupção de sua educação, o que não o levou a prejuízos em seu desenvolvimento.

A nosso sentir, esse entendimento está em sentido contrário à iterativa jurisprudencial experimentada no Brasil, na medida em que nem os custos, nem a falta de preparo dos profissionais têm servido de argumento válido para afastar a obrigação de oferecer educação inclusiva, seja nas escolas privadas ou públicas, nos tribunais brasileiros.

Ao aceitar a recusa de admissão do aluno autista por parte da escola privada, fundada em falta de preparo dos profissionais e estrutura escolar, a

²⁸⁸ Cfr.: “Qualquer pessoa cujos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção tiverem sido violados tem direito a recurso perante uma instância nacional, mesmo quando a violação tiver sido cometida por pessoas que actuem no exercício das suas funções oficiais”. PORTUGAL. Resolução da Assembleia da República n.º 56/2009, ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 71/2009. Introduce a Convenção dos Direitos da Pessoa com Deficiência no ordenamento jurídico português;

nosso sentir a decisão pode ser interpretada como uma permissão para que instituições privadas não invistam em recursos para educação inclusiva.

Ademais, à luz da CDPD, a falta de preparo dos profissionais e infraestrutura escolar para acolher pessoas com autismo ou com outra deficiência, representa uma discriminação com base na deficiência. Ora, o artigo 2, em suas definições, ressalta que discriminação com base na deficiência inclui todas as formas de discriminação, nomeadamente a negação de adaptações razoáveis.

Assim, muito embora ao TEDH não caiba analisar qual é a melhor opção legislativa que visa efetivar o direito à educação inclusiva em cada país, fato indubitável é que uma vez adotadas políticas públicas intencionadas à realização do direito à educação inclusiva, as escolas públicas e privadas estão obrigadas a tomar todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação, conforme art. 4, nº1, “E” da CDPD.

Ao permitir que escolas privadas recusem alunos com base em limitações de recursos, a decisão pode perpetuar a segregação educacional, dificultando a plena inclusão social de pessoas com deficiência nos demais organismos sociais.

Nesse sentido, Filipe Venade²⁸⁹ nos ensina que o conceito *latu sensu* do direito à educação tem relação mútua com diversos direitos fundamentais, de modo que instrumentaliza o desenvolvimento da personalidade do indivíduo em vários contextos sociais.

A educação, conseqüentemente, é indispensável para o desenvolvimento de vários outros direitos tutelados na CDPD, notadamente facilitando o acesso ao emprego e à plena participação na vida pública e política. Razão pela qual não se pode, em matéria de direito à educação, principalmente no contexto das pessoas com deficiência, permitir uma “marcha atrás”.

Ao que nos parece, entretanto, o conteúdo dessa decisão não reflete a jurisprudência do Tribunal que em casos semelhantes tomou solução jurídica diversa, consoante se ver nos casos a seguir.

²⁸⁹ SOUSA, Filipe Venade de. **Direitos Fundamentais das Pessoas com Deficiência e jurisprudência Multinível**. Lisboa: Universidade Católica, 2021, pág. 551;

6.2.3 Caso Enver Sahin v. Turquia²⁹⁰ – Apreciação pelo TEDH

No caso Enver Sahin v. Turquia, o Tribunal entendeu como discriminatória uma decisão da Justiça turca que não acolheu pretensão de um estudante universitário que se tornou pessoa com deficiência após um acidente de carro.

O Requerente, Enver Sahin, alegou que diante de sua condição de cadeirante sem a mobilidade dos membros inferiores, precisava de adaptações na estrutura física da Universidade em que estudava e, tendo solicitado à referida instituição de ensino, as devidas adaptações, teve seu pedido negado sob o argumento de que obras civis de infraestrutura demandariam um gasto excessivo e que outras medidas poderiam ser tomadas.

Justificou a Universidade que as aulas práticas seriam realizadas no andar térreo e o deslocamento do aluno pelos demais pisos do prédio universitário poderiam ser facilitado com um profissional de apoio e que, por isso, não seriam necessárias intervenções através de obras.

O requerente fundamentou seu pedido no art. 42 da Constituição turca que trata do direito à educação e na Lei nº 5378 que regulamenta o referido direito e pediu ao Judiciário que condenasse a Universidade Turca ao pagamento de indenização por danos patrimoniais e não patrimoniais em razão de ter negado o direito à educação, na medida em que havia obstáculos físicos que não foram devidamente removidos.

O requerimento foi indeferido pelo Tribunal Administrativo de Elazig sob o fundamento de que o edifício onde funciona a Universidade havia sido construído em 1988, de acordo com as normas técnicas da época, anteriores à entrada em vigor das normas sobre acessibilidade. Asseverou que as medidas arquitetônicas a serem adotadas devem levar em conta as possibilidades orçamentárias e que, por isso, um profissional de apoio seria designado para o autor da ação.

A sentença foi mantida pelo Supremo Tribunal Administrativo Turco que negou provimento ao recurso da parte o que a motivou a recorrer ao TEDH

²⁹⁰ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Second Section. Case of Enver Şahin. vs. Turkey. Application no. 23065/12. Strasbourg. 30.01.2018;

sob o argumento de sido destinatária de medidas discriminatórias por parte da Universidade e do Governo.

Ao apreciar o caso, o TEDH concluiu ter havido violação ao art. 14 da CEDH, bem como ao art. 2º do Protocolo nº 1 e determinou uma condenação de EUR 12.952,00 a título de danos patrimoniais e não patrimoniais.

6.2.4 Caso ÇAM v. Turquia²⁹¹ – Apreciação pelo TEDH

No caso ÇAM v. Turquia, o Tribunal analisou o caso de uma estudante que teve sua matrícula negada na Escola de Música em virtude de deficiência visual. Após aprovada nos exames práticos iniciais, a estudante teve sua matrícula indeferida após laudo médico constatar que ela sofria de hipermetropia com nistagmo e ambliopia bilateral grave, o que acometia severamente sua visão. Destacando-se, que o referido laudo médico referiu que a condição da aluna não a impedia de executar o instrumento musical, tampouco de receber instrução e educação na referida escola.

Entretanto, a escola negou o direito de matrícula sob o argumento de que a referida instituição não tinha condições de receber a aluna e prestar o serviço de educação com as adaptações e especialização que ela necessitava já que não possuíam, dentre outras importantes adaptações, professores que fossem conhecedores de braile.

A aluna recorreu ao Judiciário, alegando ilegalidade da medida tomada pela Escola, fundamentando seu pleito no laudo médico que atesta sua aptidão para tocar o instrumento em que pretendia se desenvolver e ainda no fato de haver muitos instrumentistas cegos e requereu a suspensão da decisão da Escola que negou sua matrícula.

O pleito judicial foi indeferido sob o argumento de que a proibição para matrículas de alunos com deficiência na Escola Nacional de Música era amplamente conhecida, constava da ficha de matrícula e decorria das limitações orçamentárias e estruturantes para implementação das adaptações necessárias.

²⁹¹ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Second Section. Case of Çam vs. Turkey. Application no. 51500/2008. Strasbourg. 23.05.2013;

Como a referida decisão foi mantida nas instâncias superiores, a estudante recorreu ao TEDH que, a exemplo do caso SAHIN, entendeu ter havido grave violação ao seu direito fundamental à educação e que a negativa de matrícula implica em flagrante discriminação.

6.2.5 Caso Stoian v. Romênia²⁹² – Apreciação pelo TEDH

Por fim, no caso Stoian v. Romênia, o TEDH enfrentou um caso de um aluno portador de tetraplegia espástica, uma condição que afeta sua mobilidade, mas que não interfere em suas condições mentais.

Demonstrou-se que o aluno se deslocava com auxílio de cadeiras de rodas motorizada e demandava a assistência de profissional de apoio. Consta dos autos que o aluno passou por diversas instituições de ensino, tendo vindo a ser convidado a não prosseguir em uma creche sob o argumento que a referida instituição não aceitava deficientes.

Informa que, durante seu período como aluno da rede pública de ensino, os pais tiveram que providenciar, às suas custas, intervenções e adaptações na sala de aula e nos banheiros, para permitir a acessibilidade do filho, que a escola sequer possuía rampa de acesso, bem como inexistiam pessoal médico e instalações de atendimento médico. Que era constantemente privado das atividades extracurriculares, como passeios e aulas de músicas por razões de acessibilidade, o que levou seus pais a transferirem o aluno para uma escola privada.

Diante desse quadro, os pais do aluno realizaram diversos requerimentos às autoridades, no sentido de obter a efetivação dos meios de acessibilidade e garantir a matrícula em uma escola pública com todas as adaptações necessárias e ainda a conceder uma indenização aos requerentes.

Os requerentes obtiveram sucesso em seu pleito, tendo sido determinado que os órgãos responsáveis tomassem medidas para garantir a assistência e a segurança da criança na escola, por meio de professores, equipe auxiliar escolar, um assistente pessoal ou um cuidador qualificado.

²⁹² EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Fourth Section. Case of Stoian vs. Romania. Application no. 289/14. Strasbourg. 25.06.2019;

Em abril de 2013, a mãe do aluno foi expulsa da sala de aula de seu filho pela professora responsável que chamou as autoridades policiais que a conduziram à delegacia de polícia, tendo sido constatadas lesões corporais na mãe.

Em virtude do referido incidente, a mãe do aluno prestou uma queixa criminal sobre o ocorrido, que não foi provida, levando os pais a recorrerem ao TEDH.

Por entenderem que a resposta do Poder Público local não atendeu às necessidades de seu filho, os pais recorreram ao TEDH alegando que as medidas tomadas pelas autoridades eram insuficientes para garantir a integridade física e a dignidade do filho, em claro desrespeito à legislação local e à CEDH, nomeadamente aos Artigos 3, 8, 13 e 14 da Convenção, ao Artigo 2 do Protocolo n.º 1 à Convenção e ao Artigo 1 do Protocolo n.º 12 à Convenção.

Nesta oportunidade, diferentemente dos dois casos precedentes, o TEDH não acolheu a pretensão dos requerentes, mas assim decidiu por entender que a escola e Governo fizeram a devida comprovação de ter tomado as medidas necessárias para atender as necessidades do aluno, ainda que depois da ordem judicial neste sentido.

Verificou-se dos autos que o Judiciário, quanto instado, proferiu decisões favoráveis aos requerentes e determinou a realização de adaptações razoáveis na infraestrutura escolar e ainda a contratação de assistente especializado, o que foi feito. A controvérsia versava então sobre o descontentamento dos pais com as medidas que estavam sendo adotadas e seu nível de efetividade, o que fugia da margem de apreciação do Tribunal Europeu.

Mas neste caso, importante referir que o TEDH, muito embora não tenha acolhido o recurso o fez sob o pressuposto fático de que as medidas de adaptação razoáveis haviam sido determinadas pelo Judiciário e implementadas pelas autoridades, o que, a nosso, sentir, reitera a jurisprudência constante daquela corte.

Vê-se que a jurisprudência do TEDH é no sentido de que embora os Estados-parte disponham de uma margem de conformação político-legislativa, tendo que levar em conta o equilíbrio entre as necessidades educativas inclusivas e os recursos públicos disponíveis, é obrigação dos Estados-partes assegurar adaptações razoáveis de modo que não impliquem em um ônus

desproporcional, como meio de alcançar as finalidades perseguidas, especialmente no que se refere à inclusão no âmbito da educação, em virtude do art. 2º e 24º da CDPD.²⁹³

Esse fundamento é, inclusive, uma das razões de decidir mencionadas no acórdão do Tribunal²⁹⁴ no caso da Itália, recente julgado sobre o tema de educação inclusiva para pessoas com TEA.

Outro aspecto importante, também visto no recente acórdão, é que o Tribunal argumenta que o art. 14 da CEDH deve ser interpretado, especialmente, à luz da CDPD. Nesse sentido, Filipe Venade²⁹⁵ nos ajuda a compreender que a CEDH, como instrumento de proteção internacional de direitos humanos, exige que suas normas sejam interpretadas de modo a tornar seus direitos práticos e eficazes, pelo que a Convenção Europeia deve acompanhar a evolução do Direito internacional em matéria de educação para as pessoas com deficiência, sendo consenso internacional que se deve respeitar os princípios da universalidade e da não discriminação ao acesso à educação.

²⁹³ SOUSA, Filipe Venade de. **Direitos Fundamentais das Pessoas com Deficiência e Jurisprudência Multinível**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2021, pág.:551;

²⁹⁴ Cfr.: “O Tribunal considera, portanto, que o Artigo 14 da Convenção deve ser interpretado à luz dos requisitos estabelecidos nos textos acima mencionados, particularmente a CDPD (ver parágrafo 26 acima). Este último instrumento prevê que a 'adaptação razoável' que as pessoas com deficiência têm o direito de esperar são 'modificações e ajustes necessários e apropriados que não imponham um ônus desproporcional ou indevido, quando necessário em um caso particular, para garantir às pessoas com deficiência o gozo ou exercício em igualdade de condições com os demais de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais' (Artigo 2, ver parágrafo 26 acima), e a discriminação com base na deficiência 'inclui todas as formas de discriminação, incluindo a negação de acomodação razoável'.” HUDOC. European Court of Human Rights. First Section. Case of G. L. vs. Italy. Application no. 59751/15. Strasbourg. 10.09.2020;

²⁹⁵ SOUSA, Filipe Venade de. **Direitos Fundamentais das Pessoas com Deficiência e Jurisprudência Multinível**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2021, pág.:551;

CONCLUSÃO

Ao fim de nossa pesquisa chegamos à conclusão de que ainda há inúmeros obstáculos à concretização efetiva dos direitos à pessoa com deficiência, especialmente das pessoas com TEA, nomeadamente no que se refere à educação inclusiva.

Muito embora o Brasil seja signatário da Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e a tenha recepcionado com estatuto de norma constitucional, a realização do direito à educação inclusiva ainda está longe de uma realização plena.

Sendo um direito fundamental social, o direito à educação exige um nível de prestação estatal orientada ao desenvolvimento do indivíduo como requisito de satisfação do princípio da dignidade humana.

Em Portugal, diferentemente do Brasil, a CDPD não possui estatuto de norma constitucional, mas ocupa uma posição jurídica supralegal e, em atenção ao *pacta sunt servanda*, toda convenção que tenha adequação constitucional deve servir como vetor hermenêutico das normas constitucionais de forma a que a interpretação constitucional priorize sempre o sentido que dê maior efetividade ao compromisso internacional firmado através do tratado.

De todo modo, seja como norma constitucional, como na realidade jurídica brasileira, seja como norma convencional, nos termos de Portugal, ambos os países firmam o dever legal de garantir a concretização do direito à educação das pessoas com deficiência através de um modelo inclusivo. Isto significa dizer que, em termos de exigência de realização do direito fundamental à educação, em se tratando de pessoa com deficiência, há se de falar sempre em educação inclusiva.

Consoante vimos no capítulo específico, quando falamos em pessoa com deficiência, por expressa disposição legal no Direito brasileiro, referimos também às pessoas com TEA, de forma que estes últimos gozam dos mesmos direitos e prerrogativas que os primeiros, em uma relação, ao menos no plano normativo, de gênero e espécie.

Muito embora, Portugal não tenha uma disposição expressa referindo às pessoas com autismo como pessoas com deficiência, este é o entendimento

corrente do país consoante observamos da jurisprudência do Tribunal Central Administrativo.

Seja na realidade brasileira ou portuguesa, a CDPD tem total força cogente, servindo de instrumento normativo apto a irradiar efeitos jurídicos tendentes a criar relações obrigacionais entre o Estado e as pessoas com deficiência, nomeadamente, com TEA, na medida em que passam se tornar sujeitos de direito e credores da tutela estatal.

Mesmo compreendendo-se a educação inclusiva como um direito fundamental de toda pessoa com deficiência, mais especificamente das pessoas com TEA, o ponto nuclear é a constatação de que a verdadeira efetivação do referido direito não ocorre apenas com a previsão constitucional ou com a publicação de leis sobre o assunto, mas com a realização de políticas públicas que ponham em prática os comandos normativos em causa.

Isto porque, concretizar um direito, nomeadamente um direito social, implica na mobilização de recursos e na gestão orçamentária. Como os recursos são escassos e as necessidades são sempre crescentes, uma decisão pela concretização de um determinado direito pode, frequentemente, implicar na decisão por diminuição ou mesmo densificação em menor escala, de outro direito.

Assim, o direito à educação inclusiva concorre com outras demandas estatais, no mais das vezes datadas da mesma natureza de direitos fundamentais e a escolha política pela realização de gastos em uma direção pode implicar na impossibilidade de realizar gastos em outra direção.

Nisto, a delimitação do que se entende por um gasto razoavelmente aceitável em termos de realização dos direitos fundamentais, como é o caso da educação inclusiva, tem imenso relevo, não apenas para fixar o padrão mínimo de ação estatal, mas igualmente o padrão máximo.

O estabelecimento desse padrão de concretização leva em conta que todos os direitos fundamentais devem ser compreendidos como uma exigência de realização da dignidade humana e que, estando localizados no texto constitucional todos gozam do mesmo patamar de supremacia forma e força vinculativa.

Assim, é evidente que, em muitos casos, direitos de mesma fundamentalidade concorrem pelos mesmos recursos e estrutura, de forma que a realização de um inibe o desenvolvimento do outro.

Todo direito fundamental possui uma reserva imanente de ponderação, de forma que no embate com outro direito, é preciso estabelecer um juízo de determinação dos limites materiais de cada um dos direitos em causa, tomando com critério a dignidade da pessoa humana.

Assim, o direito à educação inclusiva muitas vezes concorre com as necessidades de satisfação de outras demandas sociais, seja no âmbito da saúde, da educação ou de qualquer outro compromisso estatal.

Nestes casos, consoante decisão do TEDH, no caso G.L v. Itália, a Corte ressaltou a exigência decorrente do princípio da igualdade de que qualquer medida de afetação de um direito no sentido de incrementar a atuação estatal em outra direção, deve assentar na imperiosa necessidade de suavizar desigualdades fático-materiais relevantes que impeçam igual acesso aos ativos sociais, sob pena de se caracterizar como uma medida discriminatória, consoante aconteceu quando o Estado Italiano negou educação inclusiva a um autista, retirando dele a assistente pessoal, alegando que houve alocação dos recursos para atendimento domiciliar às pessoas com ELA.

No caso Stoian v. Romênia, o TEDH proferiu decisão entendendo que o Estado parte não teria agido com discriminação em relação particular, na medida em que, atendendo a determinação judicial, o Governo tomou as medidas previstas na legislação para efetivar as adaptações na infraestrutura escolar com o objetivo de atender às necessidades do aluno. Ainda naquele caso, os pais do aluno entenderam que as medidas não eram suficientes, demandando o Tribunal Internacional sob o argumento de que o padrão de resposta estatal havia sido insuficiente. Para além dos limites da margem de apreciação do Tribunal, importa o tópico em que a Corte refere que ficou demonstrado ter o Governo da Romênia agido no máximo possível dentro de suas possibilidades orçamentárias, estabelecendo as adaptações razoáveis.

Nesse mesmo sentido, da jurisprudência selecionada do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, registrou-se igual preocupação em delimitação material do nível de concretização do direito à educação inclusiva pautado em um critério de razoabilidade centrado na dignidade da pessoa humana.

É o caso do entendimento firmado no sentido de que as escolas não são obrigadas a contratar professores especiais individualizados para cada aluno com TEA, sendo razoável, à luz dos custos envolvidos na atividade, que a escola providencie um professor por grupo de alunos.

Nesse sentido, seja o Assistente Terapêutico, seja o Atendente Especializado, na realidade do Brasil, ou, ainda, a figura do Assistente Operacional em Portugal, ponto de convergência entre a legislação brasileira e portuguesa, reside no fato de que nenhum dos ordenamentos garante o direito ao assistente de forma automática, mas apenas em caso de comprovada necessidade, o que em Portugal se dá através do plano educativo individual e no Brasil através do plano de desenvolvimento educacional especializado e, também, através do plano educacional individualizado.

É através do plano especializado ou mesmo de laudos médicos, como visto em julgados brasileiros, que o Judiciário examina o atendimento do requisito da necessidade, como forma gerir racionalmente os recursos públicos na concretização deste direito.

Neste particular, remetemos ao julgamento proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo que denegou o acesso ao profissional especializado sob o fundamento de que aluno tinha boas notas, desconsiderando as demais necessidades existentes no ambiente escolar, como o desenvolvimento da interação social. Mas o fato é que, mesmo merecedor de nossas críticas, a decisão pautou-se pelo critério da necessidade.

Outras preocupações nesta pesquisa dizem respeito à aplicabilidade ou não das normas referentes à educação inclusiva aos estabelecimentos particulares, na medida em que grande parte das instituições de ensino costuma criar óbices à matrícula de alunos com deficiência, sobretudo TEA, sob o argumento de que estes serviços são demasiadamente custosos e de que as instituições regulares não são preparadas para este atendimento.

Sobre este assunto, Supremo Tribunal Federal, por ocasião da ADI nº 5357/DF, apreciou pedido formulado por entidade de classe ligado às instituições de ensino particulares para declarar inconstitucional os arts. 28 e 30 da lei 13.046/2015 em relação aos estabelecimentos de ensino particular e afirmou a constitucionalidade da lei e de suas exigências a todos os atores envolvidos com educação, seja o ente público, seja o particular.

Isto porque os direitos fundamentais, inclusive os sociais, também são compreendidos em sua eficácia horizontal, ou seja, nas relações entre os particulares, o que representa a consagração de que a Constituição irradia suas normas igualmente sobre as relações de Direito Privado e que todo o ordenamento jurídico deve ser interpretado à luz da Constituição.

Neste sentido, é que a Constituição Brasileira tem como um de seus objetivos a construção de uma sociedade livre, justa e solidária de forma que a solidariedade é um princípio de grande influência na interpretação conforme a Constituição de todas as normas jurídicas, inclusive de Direito Privado.

A mesma coisa ocorre em Portugal, com o princípio da solidariedade estampado logo no art. 1º de sua Constituição como um objetivo do Estado. Ainda sobre a Constituição portuguesa, a aplicabilidade das normas de direitos sociais às relações de Direito Privado decorre da força direta e sua eficácia imediata, consoante vimos das lições de Catarina Santos Botelho.²⁹⁶

Para além disso, no caso brasileiro, considerando a CDPD como norma constitucional, decorre da própria convenção a sua aplicação às empresas privadas, consoante art. 4º, nº 1, “a” e “e” de forma que, qualquer ato tendente a não implantação dos direitos previstos na CDPD, nomeadamente a educação inclusiva, representa uma medida discriminatória na medida em que o seu art. 2º prescreve expressamente que qualquer ato que implique em exclusão ou restrição ao gozo ou exercício de direito com base em deficiência representa uma discriminação.

Por isso que escolas e universidades particulares estão abrangidas pela CPDP, pela lei 13.146/2015 e por qualquer outra norma infraconstitucional que preveja medidas de adaptação e inclusão de estudantes, sob pena incorrer em discriminação.

No Brasil, diferentemente de Portugal, o índice de litigiosidade relativamente à educação inclusiva e demais matérias relacionadas ao direito das pessoas com deficiência é extremamente alto, sempre com alegações de descumprimento das normas previstas na CDPD e na lei 13.146/2015.

Disto resultam questões acerca do papel do Poder Judiciário e sua legitimidade democrática para impor o cumprimento de uma política pública,

²⁹⁶ Vide nota 92;

neste caso a realização de gastos com educação inclusiva, quando esse tipo de decisão significa redistribuir recursos orçamentários que já haviam sido distribuídos pelo Executivo, isso quando se fala em ações movidas contra o Sistema de Saúde Pública.

A legitimidade do Judiciário de impor ao Executivo decisões que reconheçam um estado de precariedade do direito à educação inclusiva e determinem a realização do gasto público para sua efetivação decorre justamente do seu papel de garantidor dos direitos fundamentais.

Como referimos no capítulo específico, direitos fundamentais, nas lições de Jorge Novais, são compreendidos como trunfos contra a maioria e devem ser protegidos de ações que, muito embora atendam ao critério formal da maioria, não realizam o valor democrático por não garantir o acesso ao desenvolvimento humano de todos os atores sociais.

Cabe ao Judiciário, em situações como esta, averiguar se a ausência de uma disposição normativa acerca de um determinado direito fundamental, como é o caso do Assistente Terapêutico, representa uma lacuna normativa, uma omissão na lei acerca de um direito já preexistente, ou se decorre de uma decisão do Legislativo em não conceder o referido direito, ocasião em que ainda se pode investigar a existência de inconstitucionalidade por omissão.

No caso específico da educação inclusiva, o Poder Judiciário brasileiro tem assentado sua posição no sentido de que a CDPD, enquanto norma constitucional, prescreve o direito à educação inclusiva impondo-se ao Legislativo e ao Executivo, respectivamente a criação do aparato normativo e a adoção das medidas que garantam sua maior efetividade possível como uma exigência do Estado Democrático de Direito.

A Constituição portuguesa expressamente determina no art. 18, nº 2 que qualquer restrição a direitos fundamentais, só se justifica no sentido de salvaguardar outros direitos constitucionalmente protegido. Apesar da inexistência de dispositivo semelhante na Constituição Brasileira temos que igual regra existe no Brasil e decorre da máxima efetividade da Constituição e da unidade do texto constitucional. Entendemos que essa regra aplica-se igualmente aos direitos sociais, tendo como parâmetro os limites das possibilidades orçamentárias.

A concretização da educação inclusiva é uma exigência de realização da justiça social, uma das marcas do Estado Social Democrático de Direito e garantia de justiça participativa da qual decorre que as pessoas com deficiência são igualmente legitimados ao exercício dos mesmos direitos de participação da vida social que as pessoas sem deficiência.

Neste contexto, o Poder Judiciário exerce papel central na concretização dos direitos fundamentais relativos às pessoas com deficiência, especificamente no que se refere à educação inclusiva, sobretudo diante de omissões legislativas e escolhas políticas do Executivo que privilegiem outros interesses políticos.

Por fim, a concretização do direito à educação inclusiva das pessoas com deficiência, entre elas aquelas com TEA, seja no Brasil, seja em Portugal, demanda um esforço coletivo de todos os atores sociais e, sobretudo, dos Poderes Público, bem como dos organismos internacionais.

A análise da realidade portuguesa nos mostra desafios semelhantes relativamente às questões orçamentárias, mas um índice de concretização mais elevado a partir da articulação dos organismos de monitoramento, como é o caso da ODDH. Igualmente pensamos que da participação de Portugal no Conselho da Europa decorre uma proteção multinível dos direitos fundamentais como um reforço de sua efetividade.

Essa experiência pode representar um caminho promissor para o incremento da efetivação do direito à educação inclusiva no Brasil, mas é essencial um maior compromisso político e social orientado à construção dessa realidade para que deixe de ser um simples compromisso normativo e se torne uma realidade jurídica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Saraiva, 2008;

BARCELLOS, Gabriela Sant'anna. **O MODELO SOCIAL DE PESSOA COM DEFICIÊNCIA E O DIREITO À AUTOCURATELA COMO CONSEQUÊNCIA DAS MODIFICAÇÕES IMPLEMENTADAS NA TEORIA DA INCAPACIDADES E SEU PROCEDIMENTO**. *In*. Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação. São Paulo, v.9.n.10. out. 2023;

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993;

BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 9ª ed. Edição do Kindle. São Paulo: Saraiva Jur, 2022;

BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral do Direito**. 3ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010;

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa: Por um Direito Constitucional de Luta e Resistência, por uma Nova Hermenêutica, por uma Repolitização da Legitimidade**. São Paulo: Malheiros, 2001;

BOLESINA, Iuri; GERVASONI, Tamiris Alessandra. **O Dever de Proteção aos Direitos Fundamentais no Direito Privado: Análise Concreta**. *In*. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 33, n. 2, jun./dez. 2017

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 9ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009;

BOTELHO, Catarina Santos. **OS DIREITOS SOCIAIS NUM CONTEXTO DE AUSTERIDADE: UM ELOGIO FÚNEBRE AO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL?** *In*. Revista da Ordem dos Advogados, Vol. I/II, 2015, pág.: 259-294;

BRADDOCK, David; PARISH, Susan. **An Institutional History of Disability**. *In*. Handbook of Disability Studies. ALBRECHT, Gary; SEELMAN, Katherine; BURY, Michael (eds.) London: Sage Publications, 2001;

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 Publicado no Diário Oficial da União em 01.10.2020;

BRASIL. Lei nº 13.005, de 25 de junho de 2014. Aprova o Plano Nacional de Educação - PNE e dá outras providências. Publicada no Diário Oficial em 26.06.2024;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6590**. Tribunal Pleno. Relator Ministro Dias Toffoli. Decisão Liminar publicada em 01.12.2020;

BRASIL. Dec. Legislativo nº 186 de 09 de julho de 2008. Aprova o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007. Diário Oficial da União de 10 de julho de 2008;

BRASIL. Constituição de 1988. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988;

BRASIL. Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015. Publicado no Diário Oficial da União em 07.07.2015;

BRASIL. Lei nº 12.764 de 27 de dezembro de 2012. Publicado no Diário Oficial da União em 28.12.2012;

BRASIL. Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Publicado no Diário Oficial da União em 16.07.1990;

BRASIL. Dec. Legislativo nº 186 de 09 de julho de 2008. Aprova o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007. Publicado no Diário Oficial da União em 10 de julho de 2008;

BRASIL. Decreto Legislativo nº 678/1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Publicado no Diário Oficial da União em 09.11.1992;

BRASIL. Ministério da Educação. Conselho Nacional de Educação. Conselho Pleno. **PARECER CNE/CP nº 50**, publicado em 13.11.2024;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/DF**. Tribunal Pleno. Relato: Min. Marco Aurélio Melo. Julgamento: 19.12.2024;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 684612**. Tribunal Pleno. Relator. Min. Luís Roberto Barroso. Julgado: 03.07.2023;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 566471**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio Melo. Julgado: 26.08.2024;

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 2064964/SP**. 3ª Turma. Relator: Min^a Nancy Andrighi. Julgamento: 20.02.2024;

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 2064964/SP**. 3ª Turma. Relator: Min^a Nancy Andrighi. Julgamento: 20.02.2024;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5357**. Tribunal Pleno. Rel. Min. Edson Fachin, publicado em 07.03.2017;

BRITO, Anita. **Interação entre Genética e Fatores Ambientais no TEA**. *In.* Autismo: Legislação, Jurisprudência e Políticas Públicas. Coord. Marlla Mendes de Souza. Brasília: OAB editora, 2021;

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Trad. Ingo W. Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003;

CANOTILHO, Joaquim, José Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª Ed. Coimbra: Almedina, 1993;

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Dogmática de Direitos Fundamentais e Direito Privado**. *In.* Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. 3ª Ed., Ingo Sarlet (org.), 2006;

CARNEIRO, Francisco Anderson Gongalves. **Habilidades pré-requisitos indicadas para a atuação do acompanhante terapêutico na perspectiva analítico-comportamental**. *In.* Rev. Transformações em Psicologia, SÃO PAULO, VOL. 5 (N. 1), 2014;

CENTRO COLABORADOR DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE PARA A FAMÍLIA DE CLASSIFICAÇÕES INTERNACIONAIS EM PORTUGUÊS. Coordenação da tradução Cássia Maria Buchalla. **CIF: Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde** – 1. ed., São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2008;

COOLEY, Thomas M. **A Treatise on the Constitutional limitations which rest upon the legislative power of the States of the American Union**. 7th ed. Boston: Little, Brown & Co., 1903;

DEGENER, Theresia. **Disability in a Human Rights Context**. *Laws*, 2016. 5. 35;

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010;

DINIZ, Débora. **O que é deficiência**. São Paulo: Brasiliense, 2007;

DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. **Estado Social e Princípio da Solidariedade**. *In.* Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, Vitória, n. 3, jul./dez. 2008;

DUARTE, Maria Luísa. **União Europeia e Direitos Fundamentais: no Espaço da Internormatividade**. Lisboa: AAFDL, 2013;

DUARTE, Maria Luísa. **Direito Internacional Público e a Ordem Jurídica Global do século XXI**. Lisboa: AAFDL, 2020;

DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. Tradução Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001;

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. First Section. Case of G. L. vs. Italy. Application no. 59751/15. Strasbourg. 10.09.2020;

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Fourth Section. Case of Stoian vs. Romania. Application no. 289/14. Strasbourg. 25.06.2019;

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Second Section. Case of Çam vs. Turkey. Application no. 51500/2008. Strasbourg. 23.05.2013;

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Second Section. Case of Enver Şahin. vs. Turkey. Application no. 23065/12. Strasbourg. 30.01.2018;

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Tenth Section. Case of Ozan Barış Sanlısoy. vs. Turkey. Application no. 77023/12. Strasbourg. 01.12.2016;

FONSECA, Rui Guerra. **Proteção Internacional dos Direitos Humanos – Introdução à Disciplina, Sumários Desenvolvidos**. Lisboa: AAFDL, 2018;

FRIEDE, Roy Reis. **As Lacunas e seus Respectivos Mecanismos Supletivos**. *In*. Revista Interdisciplinar de Direito v. 18, n. 2, jul./dez, 2020;

GADIA, Carlos; CASTRO, Camila; RIESGO, Rudimar. **Transtorno do Espectro do Autismo uma Breve Visão Neurológica**. *In*. Autismo: Legislação, Jurisprudência e Políticas Públicas. Coord. Marlla Mendes de Souza. Brasília: OAB nacional, 2021;

GOMES, Joaquim Correia. **CONVENÇÃO SOBRE O DIREITO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA. COMENTÁRIO**. GOMES, Joaquim Correia; NETO, Luísa; VÍTOR, Paula Távora. (org.), Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2020;

GUIMARÃES, Luíza Resende. **A CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E O CONCEITO DE CAPACIDADE LEGAL: Uma comparação entre os sistemas jurídicos do Brasil e de Portugal**. Universidade Federal de Minas Gerais. Dissertação de Mestrado, 2021;

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia. Entre a Facticidade e Validade**. Vol. II. Trad. Flávio Beno Siebeneichler-Ugf. Rio de Janeiro: Tempo, 1997;

HEHIR, Thomas; PASCUCI, Silvana; PASCUCI, Christopher. **Os Benefícios da Educação Inclusiva para Estudantes Com e Sem Deficiência**. Cambridge: Abt Associates, 2016;

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1991;

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass, R. **O Custos dos Direitos. Porque a Liberdade Depende dos Impostos.** Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2020;

HOSNI, David. **O conceito de deficiência e sua assimilação legal: incompatibilidade entre a concepção não etiológica adotada no Estatuto da Pessoa com Deficiência e Fundamentação da Incapacidade na falta de discernimento.** *In.* A teoria das incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência. PEREIRA, Fabio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina Carvalho; LARA, Mariana (orgs.) Belo Horizonte: D'Plácido, 2018;

JÚNIOR, **Tércio Sampaio Ferraz. Direito e Cidadania na Constituição Federal.** *In.* Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. São Paulo: Procuradoria Geral do Estado, jan./dez., 1997;

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito.** 8ª Ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2019;

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006;

LIEBL, Helena; DEMARCHI, Clóvis. **A Efetividade da Dignidade da Pessoa Humana através dos Direitos Sociais.** REVISTADAESMESC, v.25, n.31, pág.: 85-106, 2018;

LOPES, Laís de Figueiredo. **PREFÁCIO.** *In.* Núcleo de Estudos Internacionais - Clínica de Direito Internacional e Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. **Comentários Gerais do Comitê de Direitos das Pessoas com Deficiência,** 2021;

MARTINS, Ana Maria Guerra. **Manual de Direito da União Europeia.** 2ª Ed. Coimbra: Almedina, 2019;

MAYER, Paulo César Machado, *et. Alii.* **Professor auxiliar e a inclusão de alunos com Transtorno do Espectro Autista.** *In.* Revista Educação Especial, 32, e74/ 1–20; OSÓRIO, Regina Ribeiro de Paulo, *et. Alii.* **O Papel do Auxiliar Pedagógico Especializado na Inclusão Do Autista.** *In.* Revista Diálogos Interdisciplinares – GEPFIP. v. 1 n. 3 (2016);

MELO, Thanyson Dornelas de. **O modelo médico e sua importância para a inclusão social da pessoa com deficiência no Brasil.** *Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento.* Ano 04, Ed. 07, Vol. 12;

MENEZES, Joyceane Bezerra de; MENEZES, Heryka Janaynna Bezerra de; MENEZES, Abraão Bezerra de. **A ABORDAGEM DA DEFICIÊNCIA EM FACE DA EXPANSÃO DOS DIREITOS HUMANOS** R. Dir. Gar. Fund., Vitória, v. 17, n. 2, jul./dez. 2016;

MIRANDA, Jorge. **Curso de Direito Internacional Público.** 6º ed. Cascais: Princípia, 2021;

MONTORO, André Franco. **Introdução à Ciência do Direito**. 28ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009;

MORAES, Maria Celina Bodin de. **O Conceito de Dignidade Humana: Substrato Axiológico e Conteúdo Normativo**. In. Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. 3ª ed. Ingo Wolfgang Sarlet (org.) Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010;

MORAIS, Indyara de Araújo; MERCHAN-HAMANN, Eduardo; RESENDE, Marineia de Crossara; Pereira, Evérton Luís. **Modelo biopsicossocial na avaliação da deficiência: Deficiência não é um código da CID**. In. Ciência e Saúde Coletiva. Revista da Associação Brasileira de Saúde Coletiva, 2024, edição virtual, disponível em <https://cienciaesaudecoletiva.com.br/artigos/modelo-biopsicossocial-na-avaliacao-dadeficiencia-deficiencia-nao-e-um-codigo-da-cid/19366?id=19366&id=19366>, último acesso em 30.06.2025;

MOREIRA, Ana Beatriz Rocha, et ali. **O papel do Acompanhante Terapêutico (AT) dentro do ambiente escolar e seu suporte especializado**: Apontamentos bibliográficos. In. Research, Society and Development, v. 12, n. 14, 2023;

NEVES, Ana Fernanda. **CONVENÇÃO SOBRE O DIREITO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA. COMENTÁRIO**. GOMES, Joaquim Correia; NETO, Luísa; VÍTOR, Paula Távora. (org.), Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2020;

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009;

NOVAIS, Jorge Reis. **Limites dos Direitos Fundamentais. Fundamento, Justificação e Controlo**. Coimbra: Almedina, 2021;

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais Enquanto Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010;

NOVAIS, Jorge Reis. **Princípios Estruturantes de Estado de Direito**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2022;

NUBILA, Heloisa di; BUCHALLA, Cássia. **O papel das Classificações da OMS - CID e CIF nas definições de deficiência e incapacidade**. In. Revista Brasileira de Epidemiologia. 2008; 11(2), pág.: 324-335;

CLÍNICA DE DIREITO INTERNACIONAL E DIREITOS HUMANOS DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. Núcleo de Estudos Internacionais - **Comentários Gerais do Comitê de Direitos das Pessoas com Deficiência**, 2021;

ODDH. Observatório da Deficiência e Direitos Humanos. **Pessoas com Deficiência em Portugal – Indicadores de Direitos Humanos em 2019**. ISCSP

– Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas. Universidade de Lisboa. 16.01.2020;

ODDH. Observatório da Deficiência e Direitos Humanos. **Pessoas com Deficiência em Portugal – Indicadores de Direitos Humanos em 2023**. ISCSP – Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas. Universidade de Lisboa. 15.12.2023;

OLIVER, Mike. **The Social Model in Action: if I had a hammer**. In. Chapter 2 (In 'Implementing the Social Model of Disability: Theory and Research' edited by Colin Barnes and Geof Mercer (2004); Leeds: The Disability Press, pág.: 18-31;

ONU. Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. **Observações Finais sobre o Relatório Inicial de Portugal**. 20.05.2016. Disponível em <https://dcjri.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/pdf/co-crpd-1rel.pdf>, último acesso em 23.03.2025;

ORTEGA, Francisco. **Deficiência, Autismo e Neurodiversidade**. Rio de Janeiro: Revista da Associação Brasileira de Saúde Coletiva, 14 (1), 2009;

OTERO, Paulo. **Instituições Políticas e Constitucionais**. Vol. 1. Coimbra: Almedina, 2019;

OSÓRIO, Regina Ribeiro de Paulo, *et. Alii*. **O Papel do Auxiliar Pedagógico Especializado na Inclusão Do Autista**. In. Revista Diálogos Interdisciplinares – GEPIFIP. v. 1, n. 3, 2016;

PAIXÃO, Leonardo André. **A Função Política do Supremo Tribunal Federal. Tese de Doutorado**. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007;

PALACIOS, Agustina; BARRIFFI, Francisco. **La discapacidad como una cuestión de derechos humanos**. Madrid: Cinca, 2007;

PEREIRA, Edgar de Gonçalves. **Autismo: do Conceito à Pessoa**. Lisboa: Secretariado Nacional de Reabilitação, 1996;

PEREIRA. Micheli. **Atuação do poder judiciário na defesa dos direitos fundamentais: uma tensão entre constitucionalismo e democracia**. Revista: Direitos Fundamentais e Democracia. Vol. 6, 2009;

PERNAMBUCO. Tribunal de Justiça de Pernambuco. Seção de Direito Cível. **Incidente de Assunção de Competência nº 0018952-81.2019.8.17.9000**. Rel. Des. Alberto Nogueira Virgínio. Julgamento. 09.08.2022;

PERNAMBUCO.TJPE. **Agravo de Instrumento nº 0008835-55.2024.8.17.9000**. 1ª Câmara Cível. Relator. Des. Fábio Eugênio Dantas de Oliveira Lima, Julgamento em 09.10.2024;

PORTUGAL. Tribunal Central Administrativo Norte. 1ª Seção. **Proc. nº 01822/19.4BEBRG**. Relator. Luis Migueis Garcia. Julgamento:30.09.2022;

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. 2ª Secção. **Proc. Nº 58/2011**. Acórdão 359/2011. Relator.: Cons. João Cura Mariano. Julgamento: 12.06.2011;

PORTUGAL. Educação Inclusiva e Educação Especial. Indicadores-chaves para o Desenvolvimento das Escolas: Um guia para Directores. DGIDC. Direção Geral de Inovação e de Desenvolvimento Curricular, Lisboa, 2011;

PORTUGAL. Resolução da Assembleia da República n.º 21/91, de 6 de agosto de 1991.Introduz a Carta Social Europeia no ordenamento jurídico português;

PORTUGAL. Lei n.º 65/78 de 13 de outubro de 1978. Introduz a Convenção para Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais no ordenamento jurídico português;

PORTUGAL. Resolução da Assembleia da República n.º 56/2009, ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 71/2009. Introduz a Convenção dos Direitos da Pessoa com Deficiência no ordenamento jurídico português;

PRESOTTO, Luiz Alberto Almeida. **O Diálogo entre a Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Supremo Tribunal Federal no Domínio dos Direitos Fundamentais**. *In*. Proteção Multinível dos Direitos Fundamentais. Estudos sobre Diálogo Judicial. Lisboa: AAFDL, 2019;

QUEIROZ, Cristina. **Direitos Fundamentais Sociais. Funções, Âmbito, Conteúdo, Questões Interpretativas e Problemas de Justiciabilidade**. 2ª Ed. Lisboa: Petrony, 2020;

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Trad. Almiro Piseta e Lenita Maria Rímoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002;

REMEDIO, José. **Os Direitos de Solidariedade, o Princípio da Solidariedade, a Solidariedade Social e a Filantropia como Instrumentos de Inclusão Social**. *In*. Argumenta Journal Law, n. 24, 2016;

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Agravo de Instrumento nº 0085913-08.2024.8.19.0000**. 15ª Câmara de Direito Privado. Relator: Desª Marília de Castro Neves Vieira. Julgamento: 28.01.2025;

RODRIGUES, David. **CONVENÇÃO SOBRE O DIREITO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA. COMENTÁRIO**. GOMES, Joaquim Correia; NETO, Luísa; VÍTOR, Paula Távora. (org.), Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2020;

SANTOS, Wederson; CUNHA, Olemar Guilherme da. **A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência como um novo paradigma para implementação de políticas sociais**. *In*. InSURgência: Revista de Direitos e Movimentos Sociais, Brasília, 2022;

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação nº 1013689-68.2022.8.26.0020**. 6ª Câmara de Direito Privado. Relator. Des. Ramon Mateo Júnior. Julgado em 06.03.2025;

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Agravo de Instrumento nº 2252526-86.2024.8.26.0000**. 7ª Câmara Cível. Relator Des. Lia Porto, Julgamento: 18.10.2024;

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível nº 1001636-89.2023.8.26.0547**. Relator: Des. Carlos Dias Motta. Julgado em 14.02.2025;

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Agravo de Instrumento nº 2103067-10.2024.8.26.0000**. 28ª Câmara de Direito Privado. Relator: Des. Ferreira da Cruz. Julgado dia 24.05.2024;

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Agravo de Instrumento nº 2289015-25.2024.8.26.0000**. 10ª Câmara de Direito Público. Julgamento em 03.10.2024;

SARLET, Ingo Wolfgang. **Neoconstitucionalismo e Influência dos direitos fundamentais no Direito Privado: Algumas notas sobre a evolução brasileira**. In. Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. 3ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010;

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 9ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008;

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006;

SCHIER, Paulo Ricardo. SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Direitos sociais, reserva do possível e o mínimo existencial: a aporia do meio adequado de satisfação** In. A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional. Belo Horizonte, ano 18, n. 74, out./dez. 2018;

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 3a ed. São Paulo: Malheiros, 1998;

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011;

SOUSA, Filipe Venade de. **Direitos Fundamentais das Pessoas com Deficiência e Jurisprudência Multinível**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2021;

UNITED NATIONS. Committee on the Rights of Persons with Disabilities. General Comment N° 4 (2016) on the Right to Inclusive Education. 25.11.2016.

UPIAS. Fundamental Principles of Disability. London: Union of the Physically Impaired Against Segregation, 1976;

WOODBURN, Hanna. Nothing about us without civil society: The role of civil society actors in the formation of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities. In. Political Perspectives 2013, volume 7 (1), pág.: 75-96;