



**Talita Santos Cruz**

**O ENSINO INCLUSIVO NO SUPREMO: A construção  
argumentativa da ADI 5.357/DF e o papel desempenhado pelo  
STF**

**Monografia apresentada  
à Escola de Formação da  
Sociedade Brasileira de  
Direito Público – SBDP,  
sob a orientação da  
Professora Mariana  
Vilella.**

**SÃO PAULO**

**2017**

**Resumo:** O presente trabalho aborda um tema extremamente importante para a consolidação dos direitos das pessoas com deficiência: o ensino inclusivo. Faço isso a partir da investigação de como se deu a construção argumentativa da ADI 5.357/DF, ação cujo objetivo principal era tornar inconstitucional a obrigação da educação inclusiva ser implementada pelas instituições privadas de ensino. Diante do contexto e da evidente diferença entre as manifestações ao longo do processo, questiono o que os ministros levaram em consideração ao decidirem pela improcedência. Procuo também entender qual o papel desempenhado pelo STF e por seus ministros com a decisão. Obtive como resultado a constatação de que o STF não decidiu de forma isolada, mas sim se relacionando com os demais atores envolvidos no processo. Houve, nesse sentido, uma grande participação das organizações em *amicus curiae* e das instituições públicas. Ao fim, entendo que o STF, assim como a maior parte de seus ministros, desempenhou um papel bastante amplo ao longo da decisão, devido ao amplo uso de argumentos não jurídicos ao longo dela.

**Palavras-chave:** Ensino inclusivo; pessoa com deficiência; instituições privadas; viabilidade; construção argumentativa; ADI 5.357/DF.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço à minha orientadora, Mariana Vilella, por todo o suporte ao longo desse processo. Obrigada por sempre me fazer questionar meus próprios pontos de vista e por sempre trazer contribuições tão significativas ao meu trabalho.

Agradeço e dedico essa monografia aos meus pais, por absolutamente tudo. Vocês são, ao mesmo tempo, meu exemplo, meu porto seguro e minha motivação. Espero um dia conseguir retribuir todo o amor que recebi ao longo de toda essa vida e ser ao menos metade das pessoas que vocês são. Obrigada por sempre apoiarem minhas escolhas.

Agradeço imensamente aos meus irmãos. À Jessica, por ter assumido, desde sempre e tão bem, o papel de irmã mais velha e sempre me socorrer nos momentos que mais preciso. Ao Eduardo, por cada empurrão rumo a algo que eu nem sonhava conquistar. Você sabe que é responsável por eu ter saído de cada zona de conforto e por todas as coisas que me orgulho de ter feito.

Agradeço à minha tutora, Juliana Chan, por ter me transmitido tanta calma e confiança durante todo esse ano. Não tenho palavras para agradecer o que você fez por mim e pela minha pesquisa. Obrigada por ter acreditado nela quando nem eu mesma acreditava, por ter sido essencial na sua estruturação e por todo o entusiasmo com o meu tema, que me fez acreditar que ele era, de fato, relevante.

Agradeço à coordenação da Escola de Formação de 2017, por toda a dedicação com cada um dos vinte e cinco alunos. Em especial, agradeço ao professor Guilherme Klafke, pelo empenho e amizade com cada um e com esse projeto, que fez com que esse ano fosse absolutamente incrível.

Agradeço aos meus colegas de Escola de Formação, por todo o crescimento proporcionado. É difícil entender quando ou como formamos um grupo tão forte, mas fico extremamente feliz por isso ter acontecido. De forma especial, agradeço ao Lucca e ao Hector, por terem sido um alívio nesse

ano tão difícil. Obrigada por cada conversa, risada ou desabafo, que tornaram esse ano tantas vezes mais suportável.

Agradeço à Alynne Nunes, arguidora da minha banca, por ter me proporcionado uma banca tão construtiva e enriquecedora à minha pesquisa. Obrigada pelas contribuições tão valiosas e pelas discussões essenciais à finalização desse trabalho.

Agradeço à Giovanna e à Amanda, por terem me feito acreditar que tudo ia ficar bem, mesmo quando eu tinha certeza do contrário. Tenho perfeita noção da sorte que tenho em ter a amizade de vocês. Agradeço por todos os abraços, por sempre me ouvirem e por sempre cuidarem de mim. Agradeço também à Mônica por ter me salvado de tantas formas diferentes ao longo desse ano e por ter tornado esse último semestre tão mais alegre.

Agradeço à Thainá, por nunca desistir de mim e entender minhas ausências cada vez mais frequentes. A certeza da nossa amizade tem sido constantemente um conforto para mim, principalmente em anos difíceis como esse. Acredito que você não tenha ideia do quanto sua presença me faz bem.

Agradeço à Gabriella, pela amizade e companheirismo. Obrigada por acreditar tanto em mim e me transmitir tanta confiança. Obrigada por compartilhar tantos sonhos comigo e por ter me feito crescer tanto. Eu te admiro muito e espero que um dia você consiga acreditar tanto em você mesma quanto eu acredito.

Por fim, agradeço ao Lucas, por todo o companheirismo, amizade e amor ao longo não só desse processo, mas de todos os outros que passamos juntos. Obrigada por me dar suporte e me ajudar a enfrentar todas as minhas crises, por todo o apoio e por nunca sair do meu lado. Que este tenha sido só mais um ano dentre todos que passaremos juntos.

## LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

<b>SIGLA/ABREVIATURA</b>	<b>DESCRIÇÃO</b>
ABRAÇA	Associação Brasileira para Ação por Direitos das Pessoas com Autismo
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
AGU	Advocacia-Geral da União
AMPID	Associação Nacional dos Membros do Ministério Público de Defesa dos Direitos dos Idosos e Pessoas com Deficiência
APABB	Associação de Pais, Amigos e Pessoas com Deficiência, de Funcionários do Banco do Brasil
CFOAB	Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil
CONFENEN	Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino
CONJUR	Consultoria-Geral da União
DFSP	Defensoria Pública do Estado de São Paulo
FBASD	Federação Brasileira das Associações de Síndrome de Down
FCD-BR	Federação das Fraternidades Cristãs de Pessoas com Deficiência do Brasil
FENAPAES	Federação Nacional das APAES
FNAP	Federação Nacional das Associações Pestalozzi
MAIS	Associação Movimento de Ação e Inovação Social
ONCB	Organização Nacional dos Cegos do Brasil
ONEDEF	Organização Nacional de Entidades de Deficientes Físicos no Brasil

PGR  
STF

Procuradoria-Geral da República  
Supremo Tribunal Federal

## SUMÁRIO

<b>1. Introdução.....</b>	<b>8</b>
<b>1.1 Considerações iniciais.....</b>	<b>8</b>
<b>1.2 O ensino inclusivo e a pessoa com deficiência.....</b>	<b>9</b>
<b>1.3 A ADI 5357/DF.....</b>	<b>11</b>
<b>1.3.1 O caso.....</b>	<b>12</b>
<b>1.3.2 Atores envolvidos.....</b>	<b>13</b>
<b>1.4 A construção argumentativa e a compreensão de motivos... 14</b>	<b>14</b>
<b>1.4.1 O papel do STF.....</b>	<b>16</b>
<b>1.5 Hipótese.....</b>	<b>16</b>
<b>1.6 Relevância do tema.....</b>	<b>17</b>
<b>2. Metodologia.....</b>	<b>19</b>
<b>2.1 Escolha do tema.....</b>	<b>19</b>
<b>2.2 Coleta dos dados.....</b>	<b>19</b>
<b>2.3 A análise dos dados.....</b>	<b>21</b>
<b>2.3.1 Categorização dos argumentos.....</b>	<b>22</b>
<b>2.3.2 Construção de relações.....</b>	<b>24</b>
<b>2.3.3 Compreensão do decidido.....</b>	<b>24</b>
<b>2.4 Determinação do papel desempenhado.....</b>	<b>25</b>
<b>3. A ADI 5.357/DF: dados obtidos.....</b>	<b>27</b>
<b>3.1 As demandas da Confenen.....</b>	<b>27</b>
<b>3.1.1 Violações criadas a partir da obrigação implementar. 28</b>	<b>28</b>
<b>3.1.2 Insegurança e dificuldade de implementação.....</b>	<b>30</b>
<b>3.2 Os <i>amici curiae</i> em proteção da pessoa com deficiência.....</b>	<b>31</b>
<b>3.3 Os pareceres.....</b>	<b>35</b>
<b>3.4 A decisão: considerações gerais.....</b>	<b>37</b>
<b>3.4.1 Argumentos utilizados na improcedência.....</b>	<b>38</b>
<b>3.4.2 Questões abordadas na divergência.....</b>	<b>41</b>

<b>4. A argumentação: análise dos dados.....</b>	<b>41</b>
<b>4.1 Considerações iniciais.....</b>	<b>41</b>
<b>4.2 Argumentação abstrata.....</b>	<b>43</b>
<b>4.2.1 Relações construídas por meio das subcategorias....</b>	<b>44</b>
<b>a. Direito de propriedade, função social e livre iniciativa.</b>	<b>44</b>
<b>b. Responsabilidade de garantir o direito à educação                 conflito público vs. Privado.....</b>	<b>47</b>
<b>i. Situando a Constituição Federal e a Convenção na                     situação.....</b>	<b>48</b>
<b>c. Diferentes abordagens para os direitos humanos e                 direitos fundamentais.....</b>	<b>50</b>
<b>d. As discussões acerca da deficiência, inclusão e                 pluralidade.....</b>	<b>52</b>
<b>e. A presença de precedentes.....</b>	<b>53</b>
<b>4.3 Argumentação concreta.....</b>	<b>54</b>
<b>4.3.1 Relações construídas por meio das subcategorias:                 diferentes formas de se analisar a mesma situação.</b>	<b>54</b>
<b>a. Viabilidade das exigências impostas pela lei.....</b>	<b>55</b>
<b>b. As implicações decorrentes das diferentes abordagens                 acerca dos efeitos da lei e da decisão.....</b>	<b>57</b>
<b>c. A coletivização dos custos e o Princípio da                 Solidariedade .....</b>	<b>58</b>
<b>4.4 Relações diretas.....</b>	<b>59</b>
<b>4.5 Compreensão do comportamento do STF.....</b>	<b>60</b>
<b>4.5.1 As relações estabelecidas pelos ministros.....</b>	<b>61</b>
<b>4.5.2 O tipo de argumentação utilizada pelos ministros.....</b>	<b>63</b>
<b>4.5.3 O papel desempenhado.....</b>	<b>66</b>
<b>a. O papel desempenhado pelos ministros.....</b>	<b>66</b>
<b>b. O papel desempenhado pelo STF.....</b>	<b>69</b>
<b>5. Conclusão.....</b>	<b>71</b>
<b>6. Referências.....</b>	<b>74</b>



## 1. Introdução

### 1.1 Considerações iniciais

(...) a atuação direta e coletiva das organizações e a sua aproximação da Corte tiveram inegável impacto no pronunciamento final sobre a matéria, em especial no sentido de reconhecer que à luz da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e, por consequência, da Constituição da República, o ensino inclusivo em todos os níveis de educação não é algo estranho ao nosso ordenamento jurídico, mas um imperativo que se põe de forma explícita.

Assim se manifestou Stella Reicher, advogada, em sua matéria "*O amigo da corte na construção de direitos: o caso da educação inclusiva*"<sup>1</sup>, na Folha de São Paulo, a respeito da decisão da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5.357 sobre o ensino inclusivo.

Nesse artigo, a autora procurou evidenciar a influência que a figura do *amicus curiae* exerceu no Supremo Tribunal Federal (STF) na decisão da ADI e, de forma específica, a influência exercida pelo Abraça (Associação Brasileira para a Ação por Direitos das Pessoas com Autismo), associação esta que, como advogada, ela representou.

Entretanto, antes de concordar ou aceitar tal afirmação, essa pesquisa possui como objetivo não necessariamente questionar se tal influência existe, devido à dificuldade prática dessa verificação, mas se é possível dizer que os ministros mantiveram relação com o que os outros atores envolvidos disseram no processo ao emitirem seus votos. Esse questionamento terá como base a análise da construção da ADI 5.357, desde a petição inicial até o voto do último ministro. Procurou-se analisar se, de fato, os ministros estabeleceram relações com o que já foi dito pelas outras partes ou se seus votos foram emitidos de forma isolada.

Com isso, pretendeu-se entender como o STF decidiu e como ocorreu a construção argumentativa de sua decisão, assim como o papel

---

<sup>1</sup> REICHER, Stella. O amigo da Corte na construção de direitos: o caso da educação inclusiva, *Folha de São Paulo*, 04 de maio de 2017. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/empreendedorsocial/colunas/2017/05/1881002-o-amigo-da-corte-na-construcao-de-direitos-o-caso-da-educacao-inclusiva.shtml>>. Acesso em 2 out. 2017

desempenhado por ele a partir da seguinte pergunta de pesquisa: “*Como se deu a construção argumentativa do STF em relação ao ensino inclusivo na ADI 5.357 e que papel a Corte assume com ela?*”

## **1.2 O ensino inclusivo e a pessoa com deficiência**

O ensino inclusivo é política pública estabelecida pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, lei 13.146 de 06 de julho de 2015. O referido estatuto tem por objetivo “assegurar e promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoas com deficiência, visando sua inclusão social e cidadania”. Dentre esses direitos, assegura às pessoas com deficiência, em seu capítulo IV, a igualdade de ingresso no sistema escolar, de forma a promover o desenvolvimento de seus talentos e habilidades físicas. Além de tornar o Estado obrigado a essa implementação, o Estatuto estende essa obrigação às escolas privadas.

O ensino inclusivo insere-se numa nova concepção acerca da pessoa com deficiência. Abandonando o antigo modelo biomédico, no qual propunha-se uma relação de causalidade entre as lesões e as desvantagens sociais vivenciadas pelas pessoas com deficiência<sup>2</sup>, a nova concepção aborda a deficiência sob um aspecto social. A partir desse aspecto, conforme aborda Débora Diniz<sup>3</sup>, a deficiência deixa de ser vista como uma anormalidade no corpo humano e passa a ser somente uma entre as várias possibilidades anatômicas. A deficiência, nessa perspectiva, não está na própria lesão, mas sim numa sociedade insensível às variações corporais, que cria barreiras para um corpo com impedimentos. A deficiência está, portanto, na discriminação do corpo lesionado.

A autora ainda engloba a deficiência numa ideologia da opressão, na qual ela se torna uma expressão de uma sociedade que discrimina o corpo, semelhante ao que acontece com o sexismo ou o racismo. Nesse conceito

---

<sup>2</sup> DINIZ, Débora; BARBOSA, Livia; SANTOS, Wederson Rufino dos. Deficiência, direitos humanos e justiça, *Revista Internacional de Direitos Humanos*, n. 11, p. 65-77, dez. 2009

<sup>3</sup> DINIZ, Débora. *O que é deficiência*. São Paulo: Brasiliense, 2007.

social da pessoa com deficiência, a própria lesão não é desconsiderada, mas abre-se a discussão para uma estrutura social opressora que não inclui esses indivíduos.

Nesse modelo social da deficiência se insere a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, a qual, mesmo não desconsiderando os impedimentos físicos desses indivíduos, afirma que a deficiência não se restringe a isso. A Convenção considera que os impedimentos à efetiva participação social só nascem a partir da interação entre as lesões e as barreiras sociais impostas, sendo essas barreiras as responsáveis pela desigualdade.

A partir do reconhecimento que é a própria sociedade que impõe essas barreiras e, como forma de eliminá-las, surge o ensino inclusivo. O ensino inclusivo procura eliminar mecanismos de discriminação, de forma a eliminar as barreiras de aprendizagem<sup>4</sup> e nele, o aluno não tem que se adaptar a escola, sendo a escola a responsável por se adaptar a ele. Dessa forma, há a eliminação da Escola Especial que, baseada no modelo biomédico, privava os alunos com deficiência do convívio social. O ensino inclusivo é política estabelecida para o ensino regular, propiciando a inclusão social da pessoa com deficiência e garantindo o direito à diversidade das pessoas sem deficiência.

O ensino inclusivo é previsto na já mencionada Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, mais especificamente em seu artigo 24, o qual assegura o ensino de forma a "efetivar esse direito sem discriminação e com base na igualdade de oportunidades"<sup>5</sup>. Sendo essa Convenção ratificada e incorporada pelo Estado brasileiro sob o status de emenda constitucional, o ensino inclusivo, assim como todo o rol de direitos assegurados pelo documento, passa também a ser um direito constitucional e integra o quadro de proteções às pessoas com deficiência na Constituição.

---

<sup>4</sup> GLAT, Rosana (Org.). *Educação Inclusiva: Cultura e Cotidiano escolar*. Rio de Janeiro: 7Letras, 2007.

<sup>5</sup> CONVENÇÃO sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, 13 dez. 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm)>. Acesso em 2 out. 2017

Com base nisso, foi promulgado o Estatuto da Pessoa com Deficiência. Nele, assegura-se o direito à educação inclusiva, sendo agora dever do Estado incluir pessoas com deficiência nas classes comuns de ensino regular. Contudo, essa obrigação não é restrita ao Estado, uma vez que nos arts. 28, § 1º e 30, *caput*<sup>6</sup> o legislador inseriu o adjetivo "privadas".

Estando consolidada a importância de se assegurar o ensino inclusivo, de forma a promover o conceito social da pessoa com deficiência, entra-se agora em questões mais voltadas à viabilidade desse direito. É certo que, conforme determina a própria lei, mas também como forma de combater toda forma de discriminação, é dever do Estado promover tal medida, utilizando-se dos próprios recursos para isso. Entretanto, questiona-se a viabilidade desse direito ser garantido também por escolas particulares. Por mais que rejeição de matrícula por motivos de deficiência possa ser considerada como crime, conforme lei 7.853/99 e que, de fato, ter-se-ia uma situação de discriminação, é necessário indagar se a efetivação desse direito por essas instituições seria de fato possível.

### **1.3 A ADI 5.357/DF**

A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5.357/DF, ajuizada pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (Confenen) em 03 de agosto de 2015, cuja relatoria foi do ministro Edson Fachin, teve por objetivo a declaração de inconstitucionalidade, com pedido de liminar, dos arts. 28, §

---

<sup>6</sup> Art. 28. Incumbe ao poder público assegurar, criar, desenvolver, implementar, incentivar, acompanhar e avaliar:

§ 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.

Art. 30. Nos processos seletivos para ingresso e permanência nos cursos oferecidos pelas instituições de ensino superior e de educação profissional e tecnológica, públicas e privadas, devem ser adotadas as seguintes medidas:

1º e 30, *caput*, da lei 13.146/2015, especialmente pelo uso do adjetivo "privadas".

A Confenen é entidade sindical de âmbito nacional da categoria econômica dos estabelecimentos particulares de ensino e é registrada no Ministério do Trabalho. Por isso, representa toda as escolas particulares do país, e é devido a esse fato que se considera a única parte legítima para propor a ação<sup>7</sup>. Conforme afirma, a sua legitimidade já foi reconhecida pelo STF "no julgamento das ADINS nº 1.081, 1.992, 2.036, 2.448, 2.545, 3.197, 4480 e de mais trinta ações de inconstitucionalidade ou ADPFs"<sup>8</sup>.

### **1.3.1 O caso**

A ADI 5.357/DF teve início com a petição inicial da Confenen, na qual a Confederação alegou razões tanto de ordem jurídica quanto de ordem econômica para que houvesse a declaração de inconstitucionalidade dos referidos artigos do Estatuto.

Dentre os argumentos de ordem jurídica, houve destaque para aqueles que procuraram evidenciar uma violação aos direitos de propriedade das escolas privadas, como os referentes à livre iniciativa e à função social. Além disso, a autora procurou atribuir ao Estado a responsabilidade por prestar atendimento à pessoa com deficiência e que tal obrigação imposta às escolas privadas seria violar a liberdade de ensino.

A autora também se arguiu de argumentos econômicos, voltados para a inviabilidade de escolas de todos os tamanhos implementarem o ensino inclusivo. Também procurou expor a insegurança de tal medida, já que os estabelecimentos de ensino teriam que prever todo tipo de deficiência. Esse fato faria, segundo a autora, com que houvesse uma falsa promessa de ensino de qualidade e afirma que "é enganar o portador de necessidade especial, praticando contra ele estelionato, prometer atendê-lo bem em uma

---

<sup>7</sup> CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS ESTABELECIMENTOS DE ENSINO. Petição Inicial à ADI nº 5.357/DF.

<sup>8</sup> *Idem*, p. 5.

instituição sem as condições, preparo e especialização para conseguir o objetivo de inseri-lo socialmente"<sup>9</sup>.

Houve, a partir disso, manifestações de diversas organizações que lutam pelos direitos das pessoas com deficiência, de entidades públicas e, por fim, a decisão. Todas essas manifestações foram contra, ou pelo menos parcialmente contra, o que foi pedido pela Confenen, colocando a proteção dos direitos das pessoas com deficiência acima de qualquer circunstância alegada pela autora. Por fim, no dia 06 de junho de 2016 a Corte decidiu pela improcedência do pedido e declarou a constitucionalidade dos artigos questionados.

### **1.3.2 Atores envolvidos**

A fim de entender a construção da decisão, é necessário analisar cada parte do processo. Essa análise abarca todos os atores envolvidos e os argumentos que trouxeram, de forma a entender como cada um deles contribuiu para a decisão final.

O primeiro ator envolvido é a Confenen, autora da ação. Como já mencionado, ela desejava a declaração de inconstitucionalidade da ação por motivos jurídicos e também de inviabilidade econômica e de pessoal. Considerou que, caso a lei continuasse em vigor, as escolas privadas correriam risco de não prestar um bom serviço e até mesmo não de permanecerem abertas.

Das organizações aceitas como *amicus curiae*, sete delas pertencem ao terceiro setor, sendo elas a Federação Nacional das Apaes (FENAPAES), Federação Brasileira das Associações de Síndrome de Down (FBASD), Associação Nacional do Ministério Público de Defesa dos Direitos dos Idosos e Pessoas com Deficiência (AMPID), a Associação Brasileira para a Ação por Direitos das Pessoas com Autismo (ABRAÇA), Movimento de Ação e Inovação Social MAIS (Movimento Down), a Organização Nacional de Cegos do Brasil

---

<sup>9</sup> *Idem*, p. 21.

(ONCB), a Organização Nacional das Entidades de Deficientes Físicos no Brasil (ONEDEF), a Associação de Pais, Amigos e Pessoas com Deficiência, de Funcionários do Bando do Brasil e da Comunidade (APABB), a Federação Nacional das Associações Pestalozzi e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB). Pertence ao terceiro setor, também mas dotada de cunho religioso, a Federação das Fraternidades Cristãs de Pessoas com Deficiência do Brasil (FDC/BR). Por fim, foi aceita também como *amicus curiae* a Defensoria Pública do Estado de São Paulo (DFSP), instituição do Estado.

Emitiram pareceres o Presidente da Câmara dos Deputados, o Presidente do Senado Federal, a Presidente da República, a Advocacia-Geral da União e a Procuradoria-Geral da República.

Por fim, tem-se o STF e todos os seus ministros. Por mais que hoje em dia a Corte tenha adquirido um papel central nos debates públicos, somente após a análise de todo o processo decisório foi possível identificar se, nessa ação, ele foi de fato o ator principal.

#### **1.4 A construção argumentativa e a compreensão de motivos**

Diante do contexto e da evidente diferença entre as manifestações ao longo de todo o processo, passa-se a questionar como a decisão foi construída, de forma a entender o que os ministros da Corte levaram em consideração ao decidirem pela improcedência da ADI.

Ao decidir pela improcedência, o STF foi ao encontro de uma tendência internacional voltada à consolidação dos direitos da pessoa com deficiência, tendência essa exemplificada pela própria Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência. Esteve alinhado também com a posição defendida pelos *amici curiae*, os quais procuraram conferir primazia a esses direitos, indo contra tudo o que fora trazido pela autora. Mesmo posicionamento exerceu os diferentes órgãos do Estado que prestaram informações à Corte.

Contudo, observou-se pouca relação entre o que foi trazido pela petição e o que foi decidido por cada ministro. Aqui, não se fala propriamente da falta de acolhimento do pedido, visto que isso é algo natural e esperado do Judiciário ao decidir uma questão. Aqui, o questionamento dirige-se para a falta de relação entre o que foi abordado pela Confenen e o que Corte decidiu, dado o fato de que muitas demandas ficaram sem resposta, ou foram apenas superficialmente abordadas.

Como exemplo, pode-se evidenciar os argumentos relativos à inviabilidade econômica que, mesmo sendo um dos pontos principais da petição, foram parcialmente trabalhados pelos ministros e receberam pouca atenção. Isso pode ser observado, por exemplo, através do voto do ministro Fachin<sup>10</sup> que, nos breves parágrafos destinados a esse assunto, assim se posicionou: "não é possível sucumbir a argumentos fatalistas que permitam uma captura da Constituição e do mundo jurídico por supostos argumentos econômicos que, em realidade, se circunscrevem ao campo retórico".

A respeito disso, não se ignora o fato de que muitos dos argumentos trazidos pela Confenen não eram de fato abstratos e que, por isso, não estaria a Corte obrigada a considerá-los por se tratar de uma decisão abstrata. Todavia, os pontos trazidos se apresentaram como de fundamental importância para a autora quando se considera a efetivação do direito. Questiona-se, portanto, como se deu a seleção dos argumentos e se houve espaço para escolhas na decisão.

Levando em conta o objeto principal desse trabalho, procura-se por meio dele destrinchar e entender o comportamento do STF nessa decisão de forma a compreender qual papel ele exerceu ao tomá-la.

Faz sentido investigar a escolha de argumentos quando se parte da ideia de que a construção da decisão não se faz de forma isolada e isenta de elementos externos, mas inserida num contexto, admitindo-se que este pode ser determinante para se reconhecer ou não um direito. Diante do contexto,

---

<sup>10</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADI nº 5.357/DF, Rel. Min. Edson Fachin, j. 09/06/2016, p. 10



percebe-se que, em seu valor político e social, a decisão foi de extrema importância para as pessoas com deficiência, assim como o foi a promulgação do Estatuto, visto que está de acordo com as discussões feitas nacional e internacionalmente.

#### **1.4.1 O papel do STF**

A compreensão do comportamento da Corte e, especificamente, de seus ministros, levará a uma análise acerca do papel desenvolvido por eles. Entende-se aqui papel como uma função que o ator desempenha, o que ele representa para sociedade e como é visto. Partindo desse ponto de vista, a análise do papel é de extrema importância, porque aquilo que o STF decide deixa de ser um fim em si mesmo, para se tornar parte de algo maior, algo voltado para a forma como ele atua na sociedade.

Faz-se necessário explicar a quem se dirige essa análise. Pode-se analisar o papel tanto do STF como órgão colegiado, e nesse sentido a Corte interagiria com os demais atores, quanto dos ministros individualmente considerados, e assim, ter-se-ia o STF como um lugar onde os atores representam seus papéis. Nesse trabalho o papel será analisado em ambas as perspectivas. Isso porque entende-se que ao mesmo tempo que a decisão final da Corte colegiada cumpre um papel por si só, a construção dessa decisão tem igual importância, visto que os ministros cumprem um papel ao emitirem seus votos isoladamente. Somente através das manifestações de cada um que se torna possível entender o que se levou em consideração durante a elaboração da decisão e quais relações foram estabelecidas ao longo do processo.

#### **1.5 Hipótese**

Tem-se como hipótese principal a ideia de que o STF esteve muito mais preocupado em dar uma resposta politicamente correta do que se preocupar

com as consequências práticas da lei e da decisão. Dessa forma, estaria muito mais alinhado às organizações em *amicus curiae*, o que ressaltaria uma tentativa da Corte de desempenhar um papel cada vez mais amplo democrático ao levar em conta o que é requerido por diferentes atores da sociedade civil em suas decisões.

## **1.6 Relevância do tema**

O estudo desse tema possui dupla relevância. A primeira se refere à própria temática do ensino inclusivo, cuja importância já foi anteriormente destacada. A segunda se refere à tentativa de traçar o papel que o STF cumpriu com essa decisão, devido à importância que suas decisões possuem hoje na sociedade.

A relevância de se estudar como o tribunal decide faz sentido se analisado o contexto em que vivemos. Hoje, o STF tem adquirido uma centralidade considerável no cenário brasileiro, de forma que sua atuação não mais interessa somente a pessoas envolvidas no universo jurídico, mas à toda a sociedade. Não raro as decisões são frutos de discussão em diferentes âmbitos sociais, incluindo neles o econômico, de ensino e também o político.

Com isso, a forma de decidir do Supremo adquire uma nova relevância, uma vez que ele é agora alvo de expectativas da sociedade como um todo. Como consequência disso, as pessoas passam a confiar cada vez mais no Judiciário e se veem representadas por ele. Contudo, essa centralidade da Corte não tem origem apenas no apoio popular que recebe, mas também encontra origens históricas. Como afirma Oscar Vilhena<sup>11</sup> uma das razões para o fortalecimento do tribunal se deu com o advento de uma constituição rígida, a Constituição Federal de 1988. Nela, foi ampliado em muito a gama de direitos protegidos constitucionalmente, e, por consequência, ampliou também o papel do STF ao colocá-lo como guardião desses direitos. Para o

---

<sup>11</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. Revista Direito GV, São Paulo. P, 441-464. Jul-dez 2008.

autor, esse acúmulo de deveres já desequilibraria a separação de poderes, porém, as emendas e leis que se seguiram a ela cominaram para a afirmação de um papel político para o tribunal.

Dessa situação, o autor cria o termo "Supremocracia", que se refere, ao mesmo tempo, à supremacia do STF tanto em relação aos outros graus jurisdicionais, quanto em relação aos outros poderes da República. Como afirma Oscar Vilhena<sup>12</sup>:

[...] o Supremo não apenas vem exercendo a função de órgão de "proteção de regras" constitucionais, face aos potenciais ataques do sistema político, como também vem exercendo, ainda que subsidiariamente, a função de "criação de regras"; logo, o Supremo estaria acumulando exercício de autoridade, inerente a qualquer intérprete constitucional, com exercício de poder.

Partindo dessa supremacia, faz-se importante entender como a Corte decide, visto que devido ao grande número de direitos constitucionalmente tutelados, situações de grande relevância e repercussão social chegam ao tribunal diariamente, ficando a cargo de 11 pessoas decidirem pela sua procedência ou não. É importante entender como construíram suas atuações como Corte: teria hoje o STF um papel definido? Esse papel estaria refletido na ADI 5.357?

Dessa forma, considero importante entender como a decisão é construída e se ela acolhe elementos internos para se compor, como os *amici curiae*. A partir disso de uma análise detalhada dessa decisão, será possível entender o comportamento do STF nessa decisão.

---

<sup>12</sup> *idem*, p. 446.

## **2. Metodologia**

### **2.1 Escolha do tema**

A escolha do tema se deu a partir da vontade de se estudar como o STF decide a respeito do ensino inclusivo. Devido à novidade do Estatuto da Pessoa com Deficiência e as transformações que tal direito impõe ao sistema de ensino, tornou-se interessante estudar como essa questão aparece no STF.

Contudo, devido à novidade do tema, ao colocar na ferramenta de busca do site do Supremo na internet as chaves "ensino adj inclusivo" e "educação adj inclusiva", obtive como resultado em ambos apenas uma ação, a ADI 5.357/DF. Dessa forma, meu tema de pesquisa se restringiu do ensino inclusivo, de modo amplo, para a ADI 5.357.

Partindo desse tema, muitas questões foram levantadas e foram considerados diferentes formas de abordar o conteúdo da decisão. Tratando-se de uma única decisão, procurou-se dotar a análise de um enfoque abrangente, que permitisse explorar o conteúdo de toda a decisão.

Para a decisão do enfoque de análise foi crucial a leitura da Petição Inicial após a leitura da própria ação. Isso porque o conteúdo trazido pela autora deixa claro a divergência entre o que era pedido e o que foi decidido, de forma a mostrar outros lados envolvidos no assunto. A partir dessa leitura inicial e comparativa, decidiu-se por investigar como a decisão foi construída, fazendo-se uma análise comparativa entre os argumentos trazidos pelos ministros na decisão e os trazidos pelos outros atores.

### **2.2 Coleta dos dados**

Os dados analisados são todos referentes à decisão da Corte acerca da ADI 5.357. O material foi obtido no próprio site do Supremo, através da aba "Acompanhamento Processual" na página da ação.

Escolheu-se a ADI em questão como a principal fonte de dados devido às ricas contribuições que cada um dos atores trouxe para o resultado obtido, de forma a permitir que a análise de uma única decisão possibilitasse a produção de um conteúdo abrangente. Além da decisão, decidiu-se por analisar também a Petição Inicial, os *amici curiae* e os pareceres dos órgãos do governo.

Escolheu-se tornar a Petição parte dos dados porque ela apresenta a visão de quem participa da implementação da lei. Isso fica claro quando traz argumentos bastante voltados para questões econômicas, de alocação e treinamento de profissionais e próprias do planejamento escolar. Dessa forma, distancia-se bastante da análise feita pelos ministros sobre a decisão, que permaneceu bastante no campo abstrato. Mesmo sendo uma ADI, cujo conteúdo presume-se abstrato, fez-se importante entender também qual a repercussão da afirmação de um direito na realidade fática e a forma encontrada para isso foi a incorporação da peça da autora ao conjunto de dados.

Incorporou-se também os *amici curiae*, de forma a entender como e se os argumentos trazidos por eles são também abordados pelos ministros. Incorporar tais documentos na análise faz sentido na medida em que, conforme afirma Julia Maurmann Ximenes<sup>13</sup>, são responsáveis por pluralizar o debate constitucional.

E a autora vai além. Ao citar Häberle, aborda a questão da legitimação da interpretação e da própria Constituição, a qual só é atingida por meio de uma maior participação da sociedade, quando inseridos num contexto democrático. Nesse sentido, Ximenes afirma que a Corte deixa de ser um instrumento apenas do Estado, de forma afastada, e passa a ser um instrumento da própria sociedade. Por isso, para que sua decisão seja legítima, é necessário que esteja de acordo com o que é moralmente aceito pelas pessoas.

---

<sup>13</sup> XIMENES, Julia Maurmann. Supremo Tribunal Federal e a cidadania à luz da influência comunitarista. *Revista Direito GV*, [S.l.], v. 6, n. 1, p. 119-141, jan. 2010. ISSN 2317-6172. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/24212>>. Acesso em: 26 Out. 2017.

Assim, a figura do *amicus curiae* se torna indispensável por ser uma ferramenta de democratização e legitimação das decisões judiciais. E nessa pesquisa, sua incorporação é de grande relevância visto que, a constatação ou não de que os argumentos levantados por essas organizações figuraram nas decisões dos ministros, levam a conclusões diferentes a respeito do comportamento deles. Conforme afirmou Ximenes: "o novo instituto apresenta características que aproximam o Supremo do seu papel político e de guardião da constituição". Diferentes graus de acolhimento desse instituto, levam a diferentes conclusões a respeito do papel desempenhado pela Corte.

Por fim, foram utilizados pareceres dos órgãos do governo devido à possibilidade de verificação de como o STF se relaciona com eles. Tendo como objetivo defender a constitucionalidade da lei, esses pareceres oferecem um bom contraponto ao que foi trazido pela petição.

### **2.3 A análise dos dados**

A análise dos argumentos foi feita a partir três etapas. A primeira consistiu na leitura dos documentos selecionados a fim de coletar os dados, fichando-os mediante o uso de categorias. A seguir, realizou-se um método de comparação, de forma a construir relações entre os dados obtidos. A última etapa consistiu na reflexão acerca dessas relações, de forma a compreender o comportamento da Corte na decisão e relacioná-lo com o papel desempenhado.

A análise teve como base o método da teorização fundamentada dos dados (TFD)<sup>14</sup>. Esse método foi proposto inicialmente por Barney Glaser e Anselm Strauss em 1967 e recentemente foi apresentado por Ricardo Cappi, como participação do livro *Pesquisar empiricamente o direito*, onde só então tive contato com ele.

---

<sup>14</sup> CAPPI, Riccardo. A "teorização fundamentada dos dados": um método possível na pesquisa empírica em Direito. In: MACHADO, Maíra Rocha (Org.). *Pesquisar empiricamente o direito*. 1ª ed. São Paulo: Rede de estudos empíricos em direito, v. 1 p. 390-421

A teorização fundamentada dos dados propõe que se realize uma construção teórica com base na análise dos dados coletados. Demanda, portanto, que haja uma compreensão da realidade e uma tentativa de explicação dela com base em dados empíricos. É um método bastante amplo e tem como objetivo compreender o comportamento de sujeitos e atores em uma determinada situação.

A escolha por esse método se deu porque ele fornece ferramentas para essa análise, desde o momento da leitura dos dados até o momento final de compreensão deles. Ele se adequa aos objetivos dessa pesquisa, na medida que esta pretende também compreender como os diferentes atores se comportaram na decisão.

A TFD está estruturada em três etapas, sendo elas i) a codificação aberta, ii) a codificação axial e iii) a codificação seletiva. Para cumprir o objetivo dessa pesquisa todas as etapas foram utilizadas, sendo que algumas precisaram ser adaptadas para atingi-lo.

### **2.3.1 Categorização dos argumentos**

Inspirado nesse método, primeiro realizou-se a codificação aberta. Conforme determina essa etapa, realizou-se a leitura dos documentos, a fim de coletar dados, utilizando-se de conceitos para defini-los. Esses conceitos foram elaborados de forma aberta ao longo da leitura, criados com base no conteúdo dos próprios documentos.

Esses conceitos foram elaborados de forma a identificar um argumento por meio de uma ideia abstrata, mas ao mesmo tempo presa ao sentido concreto que ele possui. Inicialmente, os conceitos obtidos foram os seguintes:

- a. Dispositivos constitucionais
- b. Obrigação das escolas de prestarem o serviço
- c. Legislação envolvida
- d. Inclusão e deficiência

- e. Direitos humanos/direitos fundamentais
- f. Pluralidade e democracia
- g. Referência a outros elementos internos da decisão
- h. Referência a precedentes
- i. Viabilidade da decisão
- j. Efeitos da decisão ou da lei
- k. Coletivização dos custos
- l. Planejamento escolar

Posteriormente, ao verificar-se que esses conceitos abrangiam argumentos trazidos por diferentes atores, e que, da leitura, só se retirava argumentos para encaixar e não mais novos conceitos, transformou-se esses conceitos em subcategorias. Por fim, agrupou-se essas subcategorias em categorias mais genéricas.

Assim, criou-se duas categorias amplas, a de argumentos abstratos e a de argumentos concretos. Entre elas, foram divididas as subcategorias anteriormente formuladas da seguinte forma:

**Tabela 1**

<b>Argumentos abstratos</b>	<b>Argumentos concretos</b>
Dispositivos Constitucionais	Viabilidade da decisão e da lei
Obrigação das escolas	Efeitos da decisão e da lei
Legislação envolvida	Coletivização dos custos
Inclusão e deficiência	Planejamento escolar
Direitos humanos/direitos fundamentais	
Pluralidade e democracia	
Referência a outros elementos internos	
Referência a precedentes	



Essa nova categorização permite constatar quais os tipos de argumentos predominantes na fala de cada um dos atores, de forma a poder estabelecer as relações necessárias.

### **2.3.2 Construção de relações**

A segunda etapa na análise tem como base a codificação axial da teorização fundamentada dos dados, mas não se restringe a ela. A codificação axial determina que seja feita a "comparação das categorias abstraídas dos dados empíricos, bem como de suas propriedades e dimensões"<sup>15</sup>.

Dessa forma, foram realizadas comparações entre as categorias estabelecidas. Procurou-se entender quais delas foram predominantes nos discursos, quais obtiveram maior relevância em cada ator ou grupo e que tipos de grupos se assemelham, dando prioridade a entender a que grupos o próprio STF se assemelha.

Todavia, essa comparação não esteve restrita ao plano das categorias e ao que determina a TFD nessa etapa. A comparação passou também para o que compõe as categorias, ou seja, para o próprio conteúdo do processo decisório. Nesse sentido, foi analisado quais tipos de argumentos predominaram e se houve recorrência de argumentos utilizados.

### **2.3.3 Compreensão do decidido**

Isso foi feito, mais uma vez, tendo por base a teorização fundamentada dos dados, mas de uma forma muito mais restrita em relação ao que é estabelecido por ela. O último estágio desse método, a codificação seletiva, propõe que o pesquisador reduza os conceitos e elabore uma teoria com base neles. Entretanto, o presente estudo não possui a pretensão de elaborar uma

---

<sup>15</sup> *Idem*, p. 407.

teoria abstrata sobre o decido, mas apenas de entendê-lo e procurar explicações para isso.

Essa explicação foi formulada com base nas comparações já referidas, mas também na procura pelo papel que o STF desempenhou com a decisão. Entende-se que a forma de decidir pode estar intimamente conectada a uma função da corte em relação a determinada demanda ou área do direito e, por isso, a compreensão da decisão passará também pela investigação do papel.

Essa compreensão procurou entender como o STF decidiu de forma a perceber qual papel cumpriu ao se utilizar mais ou menos de determinados argumentos, ao se relacionar ou não ou com determinados grupos e como estabeleceu as relações.

## **2.4 Determinação do papel desempenhado**

A análise voltada para qual papel a Corte cumpriu com a decisão pressupõe que exista mais de um papel possível de ser desempenhado. Com base nisso, faz-se necessário definir previamente esses papéis para cumprir com o objetivo da análise. Entretanto, essa definição não pretenderá apresentar uma lista exaustiva de todos os possíveis papéis, mas sim trazer classificações amplas, nas quais os comportamentos extraídos na decisão possam ser encaixados.

Assim, ao decidir, o Supremo pode adotar um de três papéis: ou restrito, ou moderado, ou amplo. O papel restrito corresponde a atuação do Supremo apenas como guardião da Constituição, decidindo as demandas somente com base nela. O papel moderado corresponde à tentativa de estabelecer diálogo com os demais poderes a partir da decisão. Por fim, o papel amplo corresponde à atuação da Corte com base em premissas que ultrapassam a Constituição ou que interfiram nos demais poderes. Seriam exemplos disso, decisões com embasamento político ou econômico.

A elaboração dessa classificação teve como base as considerações de Oscar Vilhena e Julia Ximenes sobre o STF e de Conrado Hübner em relação

às Cortes Constitucionais de maneira ampla. Tais considerações permitiram a classificação nesses três papéis e foram utilizadas como exemplos de cada um deles.

Assim, com base nas considerações de Oscar Vilhena<sup>16</sup> e Julia Ximenes<sup>17</sup>, percebeu-se que ambos conferem ao STF um papel bastante amplo. Ao atribuírem à Corte a centralidade do sistema político, deslocam-na de uma mera aplicadora do Direito para um órgão cuja atuação vai além. Julia Ximenes, por exemplo, explica esse fato com base na crescente necessidade de o Judiciário também cumprir com o papel de tornar a democracia brasileira mais representativa. Assim, ele deixa de ser um elemento neutro e passa a ser um elemento político, um instrumento da sociedade, conduzindo suas decisões de forma a suprir as expectativas criadas.

Contudo, é possível encontrar os demais papéis da Corte. Como exemplo, tem-se as imagens que Conrado Hübner Mendes<sup>18</sup> estabeleceu para as Cortes Constitucionais em seu livro *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*. O autor afirma que as Cortes Constitucionais podem apresentar cinco imagens: a de força de veto, a de guardião da Constituição, a de provedora da razão pública, a de interlocutora institucional e de deliberadora.

Dentre essas cinco, as três primeiras podem ser encaixadas no papel restrito da Corte, posto que propõem uma atuação desinteressada e apolítica, baseada unicamente na Constituição e no equilíbrio da Separação de Poderes. Na imagem de interlocutora institucional, pode-se enxergar o papel moderado, visto que ela corresponde à visão das Cortes menos como as detentoras da palavra final e mais como meio de se estabelecer diálogos institucionais. Contudo, a última imagem, de deliberadora, não se adequa a nenhuma das classificações formuladas.

Em vista disso, o comportamento do STF e de seus ministros em uma dada decisão pode ser classificado em um dos três papéis estabelecidos (ou

---

<sup>16</sup> VIEIRA, 2008, passim<sup>11</sup>

<sup>17</sup> XIMENES, 2010, passim<sup>13</sup>

<sup>18</sup> MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*. Oxford University Press, 2014.

restrito, ou moderado, ou amplo) e será com base neles que essa análise será conduzida.

### **3. A ADI 5.357/DF: dados obtidos**

Os dados obtidos nesse trabalho são todos referentes aos documentos envolvidos no processo da ADI 5.357/DF. Antes de passar para a análise, a fim de entender como se deu a construção argumentativa, faz-se necessário descrever os próprios argumentos. Tal atitude facilita a compreensão da decisão como um todo e permite que o comportamento de cada ator seja entendido. Dessa forma, esse capítulo é destinado a descrever cada etapa do processo, assim como os principais argumentos utilizados e os objetivos de cada ator no processo decisório.

#### **3.1 As demandas da Confenen**

A ação teve início com a petição inicial proposta pela Confenen. Por meio desse documento, a autora procurou provar a inconstitucionalidade dos arts. 28, § 1º e 30, *caput* do Estatuto da Pessoa com Deficiência. Em relação à classificação utilizada por esse trabalho, pode-se afirmar que a autora não se limitou a argumentos abstratos, antes, abordou também argumentos de natureza concreta. Desse modo, além de motivos jurídicos para a inconstitucionalidade da lei, a autora se preocupou em apresentar motivos econômicos e de planejamento escolar.

Isto posto, pode-se agrupar os argumentos trazidos pela autora em dois grupos, os relativos ao direito e os relativos à viabilidade.

### 3.1.1 Violações criadas a partir da obrigação de implementar

Dentre os argumentos jurídicos abordados pela Confenen, receberam destaque aqueles relativos a violações ao direito de propriedade e à livre iniciativa. Tal argumentação faz sentido quando feita por essa organização, visto que ela age em defesa das escolas particulares, instituições privadas.

Assim, primeiramente, a autora afirma que a obrigação das escolas particulares implementarem o ensino inclusivo violaria a propriedade privada e a sua função social, presentes no art. 170, incisos II e III<sup>19</sup> da Constituição Federal. Tal afirmação repousa na ideia trazida por Carlos Ari Sundfeld<sup>20</sup> e apresentada pela autora de que as instituições privadas não podem estar obrigadas a executarem uma atividade unicamente no interesse da sociedade. Nesse sentido, as escolas não poderiam estar obrigadas a prestar um serviço para o qual não estão preparadas em prol, unicamente, do interesse social. Além disso, para a autora, a função social da propriedade estaria sendo violada também na medida em que a implementação do ensino inclusivo colocasse em risco o pagamento de funcionários e de tributos, devido aos altos custos demandados.

Ainda em relação aos direitos de propriedade, a autora afirma que há limitação da livre iniciativa de uma forma não prevista constitucionalmente. Isso porque, mesmo que o próprio art. 209<sup>21</sup>, que torna o ensino livre à iniciativa privada, determine que essa atividade estará limitada às normas gerais de educação nacional, essas normas não autorizam que o ensino inclusivo se torne obrigatório, segundo a Confenen. Para esta, o art. 205<sup>22</sup> da

---

<sup>19</sup> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

<sup>20</sup> SUNDFELD, Carlos Ari, *Função Social da propriedade: temas de direito urbanístico I*. São Paulo: RT. 1987

<sup>21</sup> Art. 209. O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições:

I - cumprimento das normas gerais da educação nacional;

II - autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público.

<sup>22</sup> Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Constituição Federal e a Convenção sobre o Direito das Pessoas com Deficiência definem essa obrigação como facultativa, devendo ser feita de acordo com as possibilidades de cada escola. Da mesma forma, nada nesse sentido é estabelecido pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, lei 9.394/96.

A Confenem ainda traz alguns argumentos jurídicos que, mesmo não pertencendo ao direito de propriedade, também merecem que sejam destacados. Um deles é o de que, com essa lei, ocorreria um desvencilhamento de uma obrigação primordial do Estado, constante nos artigos 208, III e 227, § 1º, II<sup>23</sup> da CF/88. Fundamenta o fato dessa obrigação ter de ser primordial do Estado devido ao tamanho da política pública e os altos custos que decorrem dela.

Além disso, alerta para o ferimento do princípio da razoabilidade. Argumentos que giram em torno do ferimento desse princípio pertencem, ao mesmo tempo, às categorias abstrata e concreta. Isso devido ao fato de que, por mais que seja um princípio jurídico, completamente abstrato, seu ferimento traz reflexos para a situação fática, ao plano concreto. Conforme afirma a autora:

Fere o PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE, ou seja, o legislador infraconstitucional não levou em consideração não só efeitos que as obrigações dispostas nos dispositivos trariam de impacto à realidade (racionalidade da norma), bem como não considerou outros pressupostos constitucionais que deveriam ser observados ante as determinações.<sup>24</sup>

---

<sup>23</sup>Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

II - progressiva universalização do ensino médio gratuito;

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

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

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

<sup>24</sup> CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS ESTABELECIDAMENTOS DE ENSINO. Petição Inicial à ADI nº 5.357/DF, p. 16

Por esse motivo, o ferimento do princípio da razoabilidade será melhor explorado no tópico seguinte, referente a argumentos voltados para a viabilidade da norma.

Por fim, pode-se destacar a afirmação da autora de que a norma violaria os direitos humanos. Ao alegar tal violação, a autora muda o foco da discussão das pessoas com deficiência para todas as outras pessoas envolvidas no processo de efetivação do direito. Devido ao aumento das mensalidades para viabilizar a implementação, a Confenen acredita que haja uma violação dos direitos humanos daqueles que pagam pelo serviço. Declara também que há a violação dos profissionais envolvidos na situação do ensino, que estarão despreparados frente a uma situação que demanda muito deles.

### **3.1.2 Insegurança e dificuldade de implementação**

Embora alegue uma série de violações a direitos, grande parte dos argumentos trazidos pela autora tiveram origem em razões menos abstratas e mais ligadas à aplicação da lei na realidade. Por causa disso, a autora explorou alguns exemplos de inviabilidade que estariam presentes no caso de as escolas particulares estarem obrigadas a implementar o ensino inclusivo.

A primeira inviabilidade, e a que aparenta ser a mais preocupante para a Confenen, corresponde ao campo econômico. A autora afirma que a implementação da lei, respondendo a todas as expectativas trazidas por ela, estaria carregada de uma onerosidade excessiva, onerosidade esta que a maior parte das escolas particulares não poderiam suportar. Alega que implementar o ensino inclusivo vai além de fazer reformas na estrutura física das escolas, pois englobaria, também, a contratação de professores, o treinamento dos antigos e mudanças no planejamento.

Para a Confederação, essa transformação fica ainda mais custosa para as escolas com a proibição de se cobrar diretamente para aqueles que efetivamente utilizarão das adaptações. Afirma que nem todas as instituições

serão capazes de arcar com os custos e chega ao extremo de declarar que tal medida pode corresponder ao fim das instituições privadas de ensino, já que do aumento das mensalidades para suprir os gastos, decorrerão ações judiciais, fuga do sistema privado e endividamentos.

Aqui, retoma-se a violação do princípio da razoabilidade e a sua visualização é facilitada. A autora aborda essa violação para afirmar que a lei não é a medida mais adequada para promover esse direito, já que com ela vem também uma grande insegurança. Não desconsidera a importância de se garantir os direitos da pessoa com deficiência, mas não julga viável que todas as escolas particulares consigam prever todas as deficiências, o que compromete o próprio ideal de inclusão. Afirma que não há inclusão quando o serviço não é adequado, porém, ao mesmo tempo, alega ser difícil as escolas preverem todo e qualquer tipo de deficiência. Nesse sentido, a lei poderia inviabilizar a garantia do direito à educação da pessoa com deficiência, uma vez que o serviço prestado não pode transmitir a segurança de ser de qualidade.

Finalmente, a instauração dessa insegurança afeta não somente as próprias pessoas com deficiência, mas também o psicológico dos responsáveis pela implementação e o próprio planejamento escolar. Com a lei, haveria a impossibilidade de se realizar o planejamento devido à grande quantidade de deficiências a serem previstas. Portanto, para a autora, a lei não estaria cumprindo com o seu papel de garantidora do direito da pessoa com deficiência, como também prejudicando pessoas sem deficiência.

### **3.2 Os *amici curiae* em proteção da pessoa com deficiência**

É necessário afirmar, primeiramente, que todas as organizações admitidas como *amici curiae* entraram no processo pedindo pela improcedência da ação. Como causa desse resultado, pode-se apontar para o fato de que de doze organizações aceitas, dez possuem como escopo social diretamente a proteção da pessoa com deficiência. Todas as organizações basearam-se no conceito social da deficiência já abordado, a partir do qual a



deficiência é composta pela lesão e pelas barreiras impostas pela sociedade, que impedem a sua inclusão.

Contudo, por mais que o pedido final dos grupos tenha sido homogêneo, a utilização de argumentos não foi. Verificou-se que as organizações deram maior importância à análise de argumentos de ordem abstrata do que os de ordem concreta. Todavia, estes ainda aparecem, mesmo que de forma menos expressiva.

Além disso, a maior parte das organizações investigaram a moldura constitucional da questão, mas nenhuma delas teceu considerações acerca do planejamento escolar. É interessante notar, também, que as organizações se focaram muito mais em trazer argumentos que trabalham a própria questão da deficiência e da inclusão do que em relação aos direitos humanos, o que evidencia como a evolução e importância da concepção de deficiência para afirmar o ensino inclusivo.

Os argumentos referentes a inclusão e direitos humanos foram considerados separadamente uma vez que eles se apresentaram de uma forma muito particular ao longo do processo. Os do primeiro grupo focaram na deficiência em si, dando espaço para afirmação do modelo social de deficiência. Já os relativos aos direitos humanos não trataram esses indivíduos como pessoas com deficiência, mas apenas como indivíduos detentores de mesmos direitos que o restante da coletividade.

Dessa forma, como afirmado, as organizações trouxeram relevantes argumentos utilizando-se de dispositivos constitucionais. Reconstroem a obrigação implementar o ensino inclusivo, a qual a autora procurou desconstruir, com a afirmação de que ela está sim prevista constitucionalmente, uma vez que a Convenção sobre o Direito das Pessoas com Deficiência foi incorporada à Constituição com o *status* de emenda constitucional, seguindo o procedimento determinado pelo § 3º do art. 5º da própria Constituição<sup>25</sup>. Completa esse argumento trazendo o Princípio de

---

<sup>25</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

Proibição do Retrocesso em relação aos direitos sociais, já que, como há a previsão do ensino inclusivo pela própria Constituição, decisão da Corte não poderia ir contra tal medida, porque isso seria retroceder.

Declaram também que a autora procura mitigar o direito à educação, que constitucionalmente é de todos. Mitiga também a atuação da lei, que busca promover a igualdade. Aqui, as organizações não falam em igualdade em seu sentido apenas formal, mas sim em seu sentido material, o qual prevê medidas que realmente permitam a igualdade. Assim como a igualdade, não haveria como a não discriminação ser promovida caso escolas particulares não estivessem obrigadas a implementar o ensino inclusivo, coisa que inviabilizaria o ingresso de pessoas com deficiência no ensino regular. As organizações procuram manter claro que recusar a matrícula de uma pessoa por motivo de deficiência constitui-se como discriminação, além de ser crime, conforme prevê art. 8º, I, lei 7.853/99<sup>26</sup>.

Em relação ao ferimento dos direitos de propriedade, alegam que a propriedade já não pode ser mais interpretada apenas em seu viés liberal. Deve atender, portanto, os interesses sociais e também o que está estabelecido pela Constituição. Conforme afirma a Onedef:

[...] o exercício do direito à propriedade é condicionado pelo princípio da função social da propriedade, o que, no presente caso, significa que propriedades de incontestável interesse público, por prestadoras de serviços de interesse de toda a coletividade, como as escolas particulares, devem se submeter aos ditames constitucionais.<sup>27</sup>

Sobre a tentativa da autora de afastar a lei por questões de inviabilidade, as organizações são categóricas ao afirmar que "não há razões pedagógicas ou econômicas que justifiquem tal medida claramente desumana e irresponsável"<sup>28</sup>. Afirmam também que as escolas só têm a ganhar com a

---

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

<sup>26</sup> Art. 8º Constitui crime punível com reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos e multa:

I - recusar, cobrar valores adicionais, suspender, procrastinar, cancelar ou fazer cessar inscrição de aluno em estabelecimento de ensino de qualquer curso ou grau, público ou privado, em razão de sua deficiência;

<sup>27</sup> ORGANIZAÇÃO NACIONAL DE ENTIDADES DE PESSOAS COM DEFICIÊNCIA FÍSICA NO BRASIL (ONEDEF). Petição de ingresso como *amicus curiae* na ADI 5.357/DF. p. 6

<sup>28</sup> MAIS - MOVIMENTO DE AÇÃO E INOVAÇÃO SOCIAL ("MOVIMENTO DOWN"). Petição de ingresso como *amicus curiae* na ADI 5.357/DF. p. 13

inclusão, já que ela traz melhoras para suas próprias imagens e aumenta a margem de público matriculável.

Em relação à coletivização dos custos, as organizações afirmam que caso houvesse uma cobrança individual dos custos do ensino inclusivo, tal prática teria cunho discriminatório. Ainda, conforme afirma a Onedef, essa cobrança tornaria inviável a inclusão de pessoas com deficiência no ensino regular, uma vez que as famílias já possuem uma série de custos para cuidar delas. Além disso, a organização aponta para uma falha na ideia de que as pessoas com deficiência precisam pagar pelos seus recursos por estes serem de uso restrito e não da coletividade, apontando para o fato de que a escola possui uma série de recursos que não são utilizados por todos. Da mesma forma que não faria sentido somente os usuários da biblioteca pagarem pelo seu funcionamento, não o faz somente pessoas com deficiência pagarem a mais por recursos essenciais à sua permanência na escola. Além desse raciocínio, a AMPID<sup>29</sup> aborda o Princípio da Solidariedade Social, o qual justifica o custeio coletivo através de um dever de proteção coletiva atribuído ao Estado e à toda a sociedade.

Por fim, as organizações consideram os efeitos decorrentes de uma eventual declaração de inconstitucionalidade da lei. O primeiro deles seria uma permissão à discriminação, verificado na medida em que crianças e adolescentes pagarão a mais para desfrutar do mesmo direito, somente por razão de sua deficiência. Haveria também um aumento da segregação, uma vez que pessoas com deficiência precisariam procurar instituições específicas para estudar. Tal situação seria retornar para o modelo biomédico de deficiência, que desconsidera a necessidade de integração social. Enfim, apontam para um esvaziamento do direito fundamental à educação e à permanência na escola, já que a cobrança de taxas adicionais muitas vezes não será compatível com a situação econômica das famílias.

---

<sup>29</sup> ASSOCIAÇÃO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE DEFESA DOS DIREITOS DOS IDOSOS E PESSOAS COM DEFICIÊNCIA – AMPID. Petição de ingresso como *amicus curiae* na ADI 5.357/DF.

### 3.3 Os pareceres

Foram cinco as instituições públicas que deram pareceres sobre o tema em ADI, sendo elas a Câmara dos Deputados, o Senado Federal, a Presidência da República, a Advocacia Geral da União (AGU) e a Procuradoria Geral da República (PGR). Além disso, considerou-se também nessa análise o parecer da Consultoria-Geral da União (Conjur), anexo ao parecer da Presidência. Dessas seis, apenas a Câmara não emitiu um parecer sobre o mérito da ação, restringindo-se a fornecer informações acerca do processo de tramitação do projeto de lei que deu origem à lei 13.146/15. Destaca-se que, mais uma vez, não houve nenhum parecer pela procedência da ação, da mesma forma que ocorreu com os *amici curiae*.

É interessante notar que todos os pareceres deram alguma importância para analisar aspectos do direito de propriedade. O Senado<sup>30</sup>, primeiramente, afirma que não há violação na função social da propriedade, já que o direito de propriedade precisou ser adaptado com o advento de um Estado Social-Democrático. Com ele, a funcionalização da propriedade torna-se um meio de se atingir a universalização da dignidade humana e da cidadania. Partindo dessa ideia, a PGR<sup>31</sup> afirma que a lei apenas concretizou esse princípio. Além disso, a AGU<sup>32</sup> ainda declara que não há ferimento da livre iniciativa, dado que a própria Constituição limita a atividade das instituições privadas. Com essa limitação, essas instituições devem cumprir as normas gerais da educação nacional, o que engloba a Convenção sobre o Direito das Pessoas com Deficiência, que, como já afirmado, foi incorporada à Constituição e institui o ensino inclusivo.

Destacam também a importância da lei para a promoção do princípio da igualdade e da garantia do direito à educação, que é direito fundamental e cláusula pétrea da Constituição Federal. Apontam para o tempo decorrido no desenvolvimento dessa política, de forma a deixar claro que a lei é apenas

---

<sup>30</sup> SENADO FEDERAL. OFÍCIO Nº 111/2015 - ADI 5.357/DF.

<sup>31</sup> PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA. Ofício nº 257.956/2015 - ADI 5.357/DF.

<sup>32</sup> ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. Parecer a respeito da ADI 5.357/DF.

uma conclusão de discussões que vinham sendo feitas a respeito do ensino inclusivo. Destacam o fato de que a própria Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (lei 9.394/1996), já em 1996, instituía em seu art. 58<sup>33</sup> que a educação destinada às pessoas com deficiência deveria ser prestada preferencialmente na rede regular de ensino.

As instituições abordam também a própria questão da deficiência, sendo que, nesse sentido, a Conjur<sup>34</sup> afirma que é dever de todos promover a acessibilidade e a retirada de barreiras para a inclusão das pessoas com deficiência. A AGU reafirma o potencial de promover a isonomia que possui o Estatuto, uma vez que ele é destinado a promover a "inclusão de um grupo social faticamente excluído das salas de aula"<sup>35</sup>. Contudo, de forma inédita até aqui, a PGR afirma que o ensino inclusivo não substitui a educação especial. A educação especial seria aquela que não se destina a apenas instruir, mas também a promover um tratamento biomédico ao educando. Por consequência da afirmação da instituição, ambas subsistiriam, sendo a educação especial requerida sempre que o ensino inclusivo não fosse suficiente para permitir o desenvolvimento do aluno.

A PGR ainda afirma que o ensino inclusivo deve ser implementado não somente em benefício das pessoas com deficiência, mas também daqueles que não possuem nenhuma:

Incluir alunos com deficiência no ambiente do ensino regular é fator da mais alta importância para a educação dos alunos sem deficiência. Privá-los da oportunidade de conhecer a realidade e a riqueza da experiência com pessoas distintas empobrece a educação desses alunos e, de certo modo, viola o direito dos próprios alunos sem deficiência a educação mais rica e próxima da diversidade e da delicadeza da experiência humana<sup>36</sup>

Sobre a questão da viabilidade, as instituições não acreditam que da implementação do ensino inclusivo decorreria a inviabilidade das escolas privadas continuarem funcionando, uma vez que a inclusão poderia ser

---

<sup>33</sup> Art. 58. Entende-se por educação especial, para os efeitos desta Lei, a modalidade de educação escolar oferecida preferencialmente na rede regular de ensino, para educandos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação.

<sup>34</sup> CONSULTORIA GERAL DA UNIÃO. Informações nº 048/2015 – ADI 5.357/DF

<sup>35</sup> ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. Parecer a respeito da ADI 5.357. p. 15

<sup>36</sup> PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA. Ofício nº 257.956/2015 - ADI 5.357/DF. p. 9

motivo de aumento de receitas. Falam também do art. 127<sup>37</sup> do Estatuto, que instituiu *vacatio legis* de 180 dias, e do texto da Convenção que à época da promulgação do Estatuto já havia sido incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro, para afirmar que não cabem argumentos desse tipo, uma vez que houve tempo para as adaptações. Por fim, em seu parecer, a Conjur afirma que o "interesse particular (sobretudo financeiro) das instituições de ensino superior não pode se sobrepor ao interesse público, que uma vez se desdobra no bem comum"<sup>38</sup>.

### **3.4 A decisão: considerações gerais**

Assim como os *amici curiae* e pareceres anteriores à decisão a respeito do assunto, a decisão do STF foi pela improcedência da ação. A ação foi julgada pelo Tribunal Pleno e apenas esteve ausente o Ministro Celso de Mello. Não houve nenhum voto pela procedência, mas apenas um pela procedência parcial, proferido pelo Ministro Marco Aurélio. Sendo o único, todos os demais ministros votaram pela improcedência da ação.

Para se chegar a essa decisão, receberam destaque os argumentos que consideraram a lei 13.146/15 como uma concretizadora do princípio da igualdade. Aqui, os ministros não consideraram apenas a igualdade em seu sentido formal, mas também material, o qual requiere ações tanto do Poder Público quanto da sociedade para que as pessoas sejam tratadas com igualdade, tendo acesso aos mesmos direitos.

Na decisão, também houve bastante espaço para a proteção do direito à pluralidade. Este considera que o direito de exposição à diversidade não pertence somente àqueles que são considerados diferentes, mas à todos. Tal exposição contribuiria também para a diminuição de todo tipo de discriminação e preconceitos, visto que as barreiras do "diferente" seriam diluídas.

---

<sup>37</sup> Art. 127. Esta Lei entra em vigor após decorridos 180 (cento e oitenta) dias de sua publicação oficial.

<sup>38</sup> CONSULTORIA GERAL DA UNIÃO. Informações nº 048/2015 – ADI 5.357/DF. p. 22

A seguir, será feita uma breve descrição dos principais argumentos utilizados tanto pela maioria quanto pela divergência. Não será feita uma descrição voto a voto uma vez que, como a maior parte dos ministros votaram pela improcedência, seus argumentos são bastante assemelhados, de forma que uma análise de cada um se tornaria repetitiva. Além disso, três dos dez ministros que votaram (Roberto Barroso, Teori Zavascki e Dias Toffoli) não trouxeram nenhum argumento a respeito do mérito e apenas acompanharam relator.

### **3.4.1 Argumentos utilizados na improcedência**

Votaram pela improcedência da ação os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Teori Zavascki, Rosa Weber, Luiz Fux, Dias Toffoli, Cármen Lúcia, Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski.

Pode-se dizer que o STF adotou o conceito social da pessoa com deficiência, uma vez que considerou a importância de incluí-la no ambiente escolar regular. Essa afirmação encontra respaldo nos votos da ministra Rosa Weber e do ministro Luiz Fux, já que eles abordaram a necessidade de igualdade de condições e classificaram como preconceito a inacessibilidade das pessoas com deficiência ao ensino regular. A ministra afirma em seu voto que:

(...) pelo simples fato de ser pessoa, o aluno com deficiência faz jus ao direito de "estar no mundo", de ocupar os mesmos espaços sociais ocupados pelas demais pessoas e de usufruir, em igualdade de condições, os direitos e benefícios a outros ofertados<sup>39</sup>

Os ministros pouco abordaram a questão trazida pela Confenem a respeito de violações ao direito de propriedade. Apenas foi brevemente trazida por Fachin, que afirma que nesse caso não cabe invocar argumentos a respeito da função social da propriedade, uma vez que à escola não é dada uma escolha, sendo que é obrigatório que ela inclua. Esse mesmo argumento é utilizado por ele para excluir a possibilidade de se proteger a dignidade

---

<sup>39</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADI nº 5.357/DF, Rel. Min. Edson Fachin, j. 09/06/2016, p. 8

humana dos profissionais envolvidos na inclusão. Já a Ministra Cármen Lúcia apresenta um conflito existente entre as pessoas com deficiência e a livre iniciativa. Afirma, entretanto, que esse conflito é resolvido em favor das pessoas com deficiência, visto que com o advento da Convenção, o Estado se torna obrigado a adotar políticas que as incluam no sistema regular de ensino.

Ainda sobre a questão constitucional, a Ministra Rosa Weber afirma que a pessoa com deficiência tem direito ao ensino regular a partir do momento em que o art. 225 da Constituição prevê que a educação é direito de todos. Cita também o art. 227 para declarar a responsabilidade de toda a sociedade pela educação, o que vedaria uma possível esquivada das instituições privadas de prestarem o serviço. Cita também o art. 3º, IV<sup>40</sup>, no qual há a vedação a qualquer tipo de discriminação.

Há bastante preocupação em tornar clara a obrigação das instituições privadas implementarem o ensino. Para isso, os ministros utilizam-se reiteradamente da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que em seu art. 24 institui o ensino inclusivo e determina que os Estados promovam políticas públicas que o viabilizem. Partindo dessa premissa, não faria sentido excluir as escolas privadas desse processo, visto que tal atitude não tornaria o ideal de inclusão viável. Ademais, é afirmado que as instituições privadas não devem furtar dos educandos a oportunidade de construir diariamente uma sociedade inclusiva.

Nesse sentido, algo que recebeu um lugar de destaque nessa decisão, foram os argumentos relativos à importância da pluralidade na sala de aula. Os ministros definiram esse direito como algo pertencente a todos os estudantes, e não somente às pessoas com deficiência ou pertencente a qualquer minoria. A garantia desse direito é vista por eles como uma forma de construir um novo tipo de sociedade, livre de qualquer tipo de discriminação. A pluralidade, dessa forma, faria parte de uma boa educação

---

<sup>40</sup> Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.



escolar, e seria a falta dela um dos motivos da sociedade atual ser tão intolerante e coberta de mazelas.

Abordou-se também os argumentos de ordem prática.

A respeito da viabilidade das exigências de a lei serem implementadas, o Ministro Edson Fachin afirma que argumentos voltados para a inviabilidade não se sustentam, uma vez que a normatização não foi de fato uma surpresa para as instituições. Considerando que ela é resultado de anos de discussão a respeito da inclusão, o ministro considera que as adaptações já deveriam estar sendo previstas há algum tempo. Afirma também que as alegações trazidas pela autora não vêm acompanhadas de estudos e dados certos sobre o ocorrido, "o que não se coaduna com a nobre legitimidade atribuída para se incoar a atuação dessa Corte"<sup>41</sup>.

Mesmo votando pela improcedência da ação, o Ministro Gilmar Mendes emitiu considerações a respeito dessa questão que divergiram do relator. Considerou que a lei deveria ter sido elaborada com uma cláusula de transição, dado que muitas das exigências impostas por ela dificilmente serão cumpridas rapidamente, o que daria margem para polêmicas. Afirma isso porque considera o tempo de *vacatio legis* muito curto, o que prejudica também a qualidade da inclusão. O ministro considera que "as mudanças têm de ocorrer, mas dentro dos limites e atendidas as possibilidades"<sup>42</sup>.

Por fim, em relação aos custos da implementação, foi afirmado que a vida em sociedade pressupõe a diluição de alguns gastos, principalmente quando se trata da concretização de direitos fundamentais. Para justificar tal diluição, a ministra Cármen Lúcia traz o Princípio da Solidariedade, que se encontra no preâmbulo da Constituição. Tal princípio diz respeito a uma atuação conjunta da sociedade para que alguns fins sejam atingidos, fins estes que de forma individualizada não seriam alcançados.

---

<sup>41</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADI nº 5.357/DF, Rel. Min. Edson Fachin, j. 09/06/2016, p. 10

<sup>42</sup> *idem*, p. 2

### **3.4.2 Questões abordadas na divergência**

Como já afirmado, a divergência não votou pela procedência total da ação, mas apenas pela procedência parcial e se deu apenas por um ministro, o ministro Marco Aurélio.

Primeiramente, o ministro considera que o Estado não pode compelir os entes privados a executarem tarefas que ele mesmo não faz. Expõe esse argumento pois considera que a obrigação primordial de garantia do direito à educação é do Estado. Frente ao que os demais ministros alegaram sobre a Convenção, diz que este documento não chega a estabelecer essa obrigação à iniciativa privada, afirmação que acaba com o fundamento constitucional da obrigação de implementar.

Por fim, o ministro afirma que as questões econômicas pesam bastante no momento da implementação da lei e que, devido a isso, essa lei poderia se tornar o que se chama de "lei para inglês ver". Declara inconstitucionais as exigências impostas pela lei referentes a adaptações nas escolas e não coletivização dos custos.

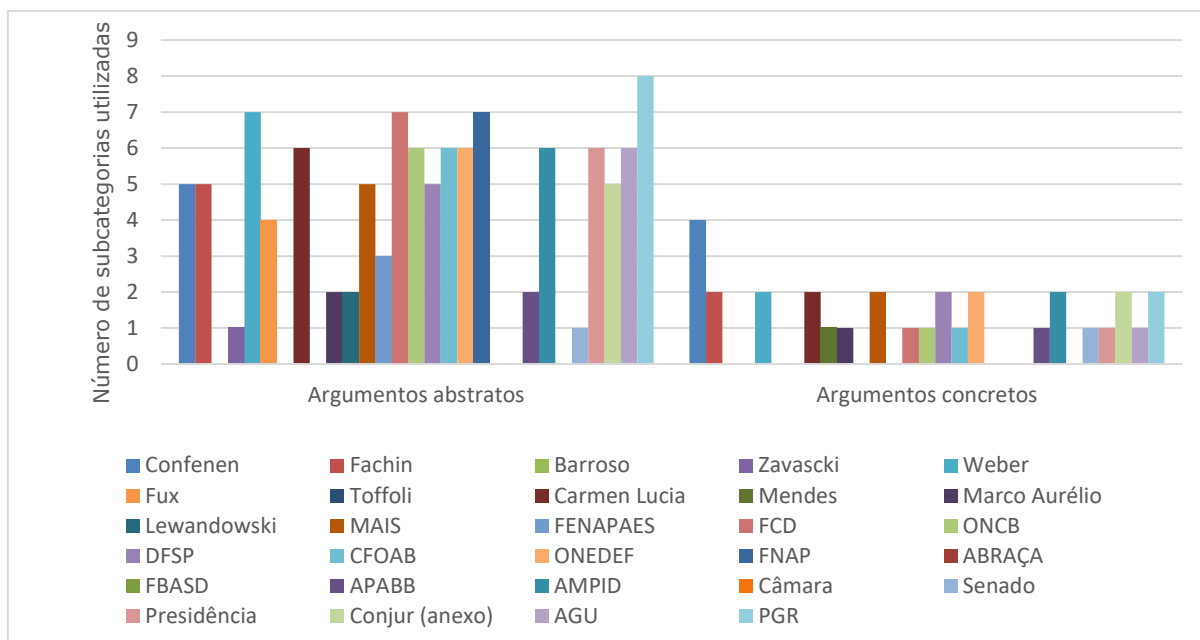
## **4. A argumentação: análise dos dados**

### **4.1 Considerações iniciais**

Esse capítulo é voltado para a análise das relações estabelecidas ao longo do processo, a fim de entender como os argumentos finais da decisão foram construídos. Ao final, será realizada a compreensão desses dados, buscando o papel desempenhado pela Corte com a decisão.

Essa análise terá como base as categorias já anteriormente apresentadas, quais sejam, a de argumentos abstratos e a de argumentos concretos. A respeito dessa divisão, verificou-se que os diferentes atores se utilizaram de forma diferente das categorias, conforme apresentado no gráfico 1:

**Gráfico 1: Relação da utilização de argumentos abstratos e concretos pelos atores**



Para melhor compreender esse gráfico, é necessário lembrar que o número máximo de subcategorias da categoria abstrata a serem utilizadas era igual a oito, enquanto o máximo relativo à categoria concreta era de quatro.

A partir disso, verifica-se as organizações em *amicus curiae*, assim como as instituições públicas que emitiram pareceres, ocuparam-se mais de argumentos abstratos do que os próprios ministros do STF. Também se verifica que o único ator que utilizou de todas as subcategorias foi a Procuradoria-Geral da República, sendo seguida pela FNAP e pela FCD, que apenas não abordaram uma.

De forma contrária, esse gráfico deixa clara a pouca atenção que se deu aos argumentos de ordem concreta. A partir dessa constatação, retomase um questionamento anterior referente ao pertencimento ou não desse tipo de argumento em uma ação de controle abstrato de norma. A presença desses argumentos nas manifestações dos mais diferentes atores é um indício que questões concretas podem ter importado pelo menos nessa ação, além da análise pura da norma. Contudo, o questionamento permanece.

De volta ao gráfico, como vinha-se afirmando, a utilização das subcategorias concretas foi bastante baixa, mesmo quando se considera que elas estão em um número menor que as abstratas. Observa-se que apenas a autora abordou todos os argumentos de ordem concreta em sua petição. Importante destacar também que os quatro tipos de argumentos concretos categorizados por essa análise tiveram origem unicamente na petição da Confenen. Isso porque nenhum dos outros atores se preocuparam em trazer novos desses argumentos, apenas analisando o que já havia sido apresentado pela autora, situação que não se verificou em relação aos argumentos abstratos.

Assim, ao longo do processo, somente a autora abordou todos os argumentos concretos categorizados. Nenhum dos outros participantes chegou a usar de três desses, ficando a maior parte deles entre dois e apenas um. Houve, também, um número considerável de atores que não se dedicou em momento nenhum a essas questões.

Feitas essas considerações, passa-se a buscar como se deu a construção da ADI 5.357/DF, por meio da análise da forma como os argumentos dos diferentes atores se relacionaram ao longo de todo o processo. Essa análise, no entanto, não estará limitada a relações diretas que os atores efetuaram e citaram em suas manifestações. Ela também abará relações indiretas, obtidas por meio da análise das subcategorias, que evidenciaram respostas a argumentos anteriores, utilização de argumentos semelhantes e afins.

## **4.2. Argumentação abstrata**

Como já afirmado, a categoria abstrata ocupou a maior parte da argumentação do processo, situação já esperada, uma vez se tratando de ação de controle abstrato de norma.

Os argumentos mais utilizados foram aqueles que se referem aos dispositivos constitucionais, à obrigação das escolas e à legislação envolvida. É interessante notar também que as subcategorias "inclusão e deficiência" e

"pluralidade e democracia", mesmo não pertencendo unicamente ao campo do direito, ocuparam um espaço expressivo na ação.

#### **4.2.1 Relações construídas por meio das subcategorias**

Com base na análise dos dados descritos no capítulo anterior, foi possível extrair os principais argumentos utilizados para a construção da decisão. Tais argumentos foram agrupados a partir das subcategorias formuladas e a forma como cada um se desenvolveu ao longo do processo será exposta a seguir.

##### **a. Direito de propriedade, função social e livre iniciativa**

Ao longo de sua petição, a autora procurou demonstrar diferentes violações ao direito de propriedade, à função social e à livre iniciativa que se dariam com o advento da lei. Para tal, não considerou a função social em sua acepção mais recorrente, qual seja, a de que a propriedade privada não deve corresponder apenas aos interesses do proprietário, mas sim aos de toda a coletividade. Utilizou-se desse princípio de uma forma muito mais restrita, ligando a função social com os deveres que a propriedade privada deve cumprir com as pessoas com que nela trabalham e com o próprio Estado.

Nesse sentido, não é levado em consideração a coletividade de forma direta, mas apenas indireta. Indireta porque, ao ressaltar a possibilidade de a implementação da lei interferir no pagamento de tributos, a Confenen considera a importância desse pagamento que, de uma forma ou de outra, é feito em benefício da coletividade. Apesar disso, não leva em consideração o dever das instituições privadas para com a coletividade de forma direta, assegurando que pessoas com deficiência realmente tenham acesso ao ensino regular.

Completando essa visão restrita da função social da propriedade, a autora demonstra a preocupação com o pagamento de funcionários, coisa

que um possível endividamento impossibilitaria. Mais uma vez, a Confenen abordou uma preocupação com a coletividade (quando se considera que o quadro de funcionários de todas as escolas particulares do país não é um número pequeno), contudo, de uma forma circunscrita aos seus interesses.

É interessante notar que, mesmo este sendo um dos principais argumentos utilizados pela Confenen, ele foi abordado por apenas uma pequena parcela dos demais atores. Pouco se falou da função social da propriedade, quando se considera a gama de argumentos abordados ao longo do processo. Essa constatação refere-se também ao que ocorreu na decisão.

Outrossim, destaca-se que mesmo nos momentos em que esse argumento foi rebatido, muitas vezes isso não se deu com a utilização de argumentos referentes ao próprio direito de propriedade. Em muitos casos, para afirmar a impossibilidade de haver a aplicação de violação ao direito de propriedade, utilizou-se argumentos voltados ao dever de inclusão. Esse foi o caso, por exemplo, do Ministro Edson Fachin, o qual afirmou que não existe essa violação, uma vez que a escola não tem direito de escolher entre incluir ou excluir: lhe é imputado incluir.

Contudo, ainda houve espaço para que se tratasse da função social da propriedade pelos demais atores. Como a autora esteve sozinha defendendo a inconstitucionalidade da lei, todo tipo de argumentação foi voltado a desconstruir o que ela havia proposto. Dessa forma, foram trazidos argumentos mais abrangentes a respeito do princípio da função da propriedade, correspondentes à necessidade de se abandonar uma concepção tão liberal do direito que não engloba a necessidade da propriedade atender aos interesses da coletividade também. Esses argumentos foram trazidos principalmente pelos pareceres das instituições públicas.

De forma contrária ao que fez em relação à função da propriedade, na qual propôs uma interpretação mais restrita, a autora trouxe o princípio da livre iniciativa sob uma ótica bastante abrangente. Expandiu a sua aplicação e afirmou que a implementação da educação inclusiva iria contra a liberdade de ensino, de aprender e também contra o pluralismo de ideias. Para a

autora, a obrigação de instituir o ensino inclusivo se traduziria numa intervenção muito grande e injustificada do poder público no âmbito privado.

Mais uma vez, a única relação constatada com esse argumento é a desconstrução dele. A ideia geral trazida pelas demais manifestações é a de que a livre iniciativa, quando inserida no campo da educação, não é completamente livre e sofre restrições. Essas restrições, presentes no art. 209, fazem com que as instituições privadas tenham que atender a algumas exigências do poder público, impostas a partir das normas gerais de educação nacional.

Nota-se, aqui, o pouco foco que se deu para a questão da livre iniciativa. Enquanto este tema é recorrentemente trazido pela autora, pouca atenção recebeu dos demais atores. Dentre os ministros, apenas a Ministra Cármen Lúcia se dedicou a analisá-lo, sendo que nessa análise coloca a livre iniciativa em contraposição com o princípio da solidariedade. Das organizações em *amicus curiae*, apenas o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil teceu considerações a respeito do assunto. Até mesmo nos pareceres isso se deu de forma restrita, havendo manifestações apenas do Senado Federal e da PGR.

Nota-se, portanto, que a construção argumentativa das manifestações não deu privilégio para temas relacionados ao direito de propriedade. Ademais, já se revela uma diferença de comportamento entre a autora e os demais atores. Percebe-se que ela está muito mais focada em trazer as consequências práticas da lei, de forma a sempre procurar as correspondências fáticas de ideias abstratas. Por outro lado, os demais atores, muitas vezes, rebateram essas ideias abstratas com princípios e ideias tão abstratas quanto.

Esse comportamento por parte desses atores, aliado ao baixo número de relações constatadas revela que, além de aspectos ligados ao direito de propriedade não estarem em foco, há uma diferença de objetivos entre eles e a autora.

## **b. Responsabilidade de garantir o direito à educação: o conflito público vs. privado**

Uma das maiores discussões feitas ao longo do processo que levou à decisão da ADI 5.357/DF foi a respeito da responsabilidade do particular na inclusão. A importância dada a esse tema foi tão grande quanto a dada aos dispositivos constitucionais. Essa responsabilidade foi imputada ou retirada do particular a partir de diferentes interpretações de dispositivos constitucionais ou infraconstitucionais.

Como já destacado no capítulo anterior, a autora procurou tornar essa obrigação facultativa para a livre iniciativa, devendo ser exercida de acordo com as possibilidades da escola. Como base para isso, destacou a primordialidade do dever de prestar do Estado, o qual estaria se furtando de tal responsabilidade ao atribuí-la ao setor privado. A primordialidade faria sentido nesse caso devido aos altos investimentos que as escolas teriam que dispende para bem implementar o ensino inclusivo. Destaca-se o fato de que há diferentes tipos de escolas particulares no país, sendo difícil estimar a possibilidade de cada uma garantir esse direito. Essa garantia, para a autora, poderia ser realizada pelo Estado, uma vez que para este a alocação de recursos é facilitada, o que viabiliza a execução dessa política.

Relaciona-se com esse argumento da autora o defendido pelo Ministro Marco Aurélio. Sendo o único posicionamento contrário à improcedência da ação, ele afirma que, por meio da lei, o Estado constrange o setor privado a fazer algo que ele mesmo não faz e concorda com a autora no sentido de que essa obrigação é fundamentalmente do Estado.

A autora traz para fundamentar essa posição o art. 205 da Constituição Federal, o qual afirma que a educação é dever do Estado e da família. Ainda fala da limitação imposta pela Constituição ao exercício do sistema de ensino pela iniciativa privada. Contudo, afirma que a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, lei responsável por parte das limitações constitucionais à atividade, em nenhum momento impõe que o ensino inclusivo seja obrigatório às escolas privadas. Da mesma forma, invoca a Convenção para



consolidar que, anteriormente à lei, nenhum dispositivo de natureza constitucional ou voltado à concretização de dispositivos constitucionais havia previsto tal medida. O mesmo afirma o Ministro em relação à Convenção.

Não obstante, é significativa a constatação de que todos os argumentos relacionados com esse ponto se utilizam dos mesmos diplomas trazidos pela autora, mesmo que ela tenha ficado quase que sozinha defendendo a inconstitucionalidade. Isso porque, para desconstruir esse argumento, os demais atores olharam os mesmos dispositivos sob uma ótica diferente, da mesma forma como foi feita com os do item anterior.

#### **i. Situando a Constituição Federal e a Convenção no problema em questão**

Houve uma controvérsia a respeito da interpretação da Constituição e da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência para se chegar à decisão final. Por isso, é possível enxergar um diálogo entre os argumentos, na medida em que há um esforço de construção e posterior desconstrução dos mesmos dispositivos. Além desse diálogo entre argumentos divergentes, os argumentos que estão pela procedência também se relacionam, já que partilham de uma mesma interpretação desses documentos.

Primeiramente, em relação ao art. 205 da Constituição Federal, não há propriamente uma interpretação diferente da trazida pela autora, mas uma leitura mais abrangente do disposto. Nele, além de ser estabelecido que a educação é dever do Estado e da família, é determinado também que ela será promovida com a colaboração da sociedade. Assim, como parte integrante da sociedade, as instituições privadas estariam obrigadas a colaborar com o Estado no desenvolvimento dos educandos, tendo, portanto, as mesmas responsabilidades que aquele em relações a estes. Essa ampliação do artigo ficou a cabo, principalmente, das organizações em *amicus curiae*, sendo elas a FCD-BR, a CFOAB, a FNAP e a APABB. Em anexo ao parecer da Presidência, a Conjur realiza a mesma função.

Em relação à limitação imposta pela Constituição de que as instituições privadas teriam que seguir as normas gerais de educação para prestar o serviço, os demais atores afirmam que essas normas não se restringem à lei 9.394/36, mas que englobam também a Constituição e a própria Convenção.

A partir daqui, há uma diferença de interpretação da Convenção, que favorece os atores voltados à improcedência. Esses atores não negam o afirmado pela Confenem, a qual afirmou que a Convenção em nenhum momento expandiu a obrigatoriedade de implementar o ensino inclusivo no sistema privado. Antes disso, afirmam que a Convenção ordena que os Estados-parte tomem providências para que o acesso ao ensino seja amplo e aberto também para as pessoas com deficiência. Dessa forma, faria parte das políticas do Estado para atingir esse resultado o Estatuto da Pessoa com Deficiência e a imposição de que os estabelecimentos privados efetivassem a inclusão. Ainda, a Convenção afirma a necessidade de instituição do ensino inclusivo em todos os âmbitos da sociedade e assim, não faria sentido excluir as instituições privadas de tal obrigação.

Houve em relação a essa questão argumentos que destacaram o peso político da inclusão. Como exemplo, tem-se novamente o voto do Ministro Edson Fachin, o qual afirmou que as instituições privadas não poderiam privar os estudantes da construção de uma sociedade inclusiva. Esse tipo de comportamento é também observado no voto do Ministro Ricardo Lewandowski, que afirmou que as escolas devem respeitar o dogma da inclusão.

Relacionado a isso, afirmou-se que a esquiva dessa obrigação com a consequente recusa de alunos com deficiência no sistema privado seria considerado como discriminação. Afirma-se, portanto, que tal medida é apenas uma concretização da garantia de igualdade já existente no ordenamento jurídico brasileiro.

### **c. Diferentes abordagens para os direitos humanos e direitos fundamentais**

Uma das maiores dificuldades encontradas pela autora para a efetivação da educação inclusiva dizia respeito a mudanças no próprio sistema de ensino. Isso porque, quando se fala em ensino inclusivo, não se pode pensar apenas em deficiências físicas, que são resolvidas com adaptações no ambiente, já que a inclusão demanda uma adaptação na forma de ensinar, o que requer adaptações no planejamento escolar. Por mais importante que seja, tem-se que considerar o esforço de transformação que o ensino inclusivo impõe às escolas e aos profissionais envolvidos.

Assim, quando fala em direitos humanos, a autora reclama o seu respeito em relação aos profissionais que trabalham nessas escolas. Fundamenta tal fato na previsão constitucional de igualdade, a qual garante que não haverá distinção entre a proteção de um grupo ou de outro. Alega também que haverá a violação de direitos humanos dos próprios alunos que não possuem deficiência alguma, uma vez que suas famílias terão que pagar mais pelo mesmo serviço desfrutado.

A única resposta dada a esse argumento veio do Ministro Edson Fachin que disse que esses argumentos não são válidos, uma vez que a escola não tem escolha, mas apenas uma diretiva voltada à inclusão.

O tema dos direitos humanos foi outras vezes trazido ao longo do processo, contudo, não da mesma forma que abordado pela Confenen. A única relação existente entre eles e a autora foi, então, de terem tratado do mesmo tema. Contudo, não se pode falar que houve respostas a essas violações apontadas, uma vez que os outros atores não colocaram como alvo de proteção os profissionais e demais alunos, mas apenas a pessoa com deficiência.

O único ministro a se manifestar concretamente a respeito desse assunto além de Edson Fachin foi o Ministro Ricardo Lewandowski. Este trouxe a ideia de que a proteção dos direitos fundamentais não se restringe a atuação apenas do Estado, mas espraia-se para as relações privadas. Nesse

sentido, não seria apenas obrigação das escolas públicas assegurarem os direitos fundamentais dos alunos, mas também das escolas privadas. Esse mesmo argumento foi anteriormente levantado pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e a FNAP.

Os principais argumentos em proteção dos direitos humanos da pessoa com deficiência provêm dos *amici curiae*. A FCD, por exemplo, constrói a importância de se garantir a educação para as pessoas com deficiência partindo da proteção à dignidade da pessoa humana. A partir da afirmação de que a dignidade é inerente à condição humana, a organização afirma que, por ser um direito fundamental, a garantia do direito à educação se faz necessária para assegurar a dignidade. A essencialidade de garantia do direito à educação também é afirmada pela PGR. A não garantia disso violaria a dignidade das pessoas com deficiência.

Houve bastante preocupação em se evidenciar que a possibilidade de se negar às pessoas com deficiência o acesso ao ensino regular daria ensejo à discriminação. Esta é definida no artigo 2º da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência como:

"Discriminação por motivo de deficiência" significa qualquer diferenciação, exclusão ou restrição baseada em deficiência, com o propósito ou efeito de impedir ou impossibilitar o reconhecimento, o desfrute ou o exercício, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais nos âmbitos político, econômico, social, cultural, civil ou qualquer outro. Abrange todas as formas de discriminação, inclusive a recusa de adaptação razoável.

Isso faz sentido partindo do conceito social acerca da pessoa com deficiência, posto que ele evidencia que os impedimentos para o pleno desenvolvimento delas não está apenas na própria lesão, mas também nas barreiras que a sociedade impõe. Assim, não há necessidade de segregar, muito pelo contrário, é necessário que essa segregação não exista para que essas barreiras sejam derrubadas. Quando essas pessoas são segregadas, elas são discriminadas, uma vez que a elas são impostas condições diferentes apenas por terem seus corpos marcados com uma lesão (condições estas que não visam atingir a igualdade). Como abordado no capítulo de introdução, essa discriminação pouco se diferencia de outras como o sexismo e o racismo.

Procurou-se, a partir disso, garantir a concretização do princípio da igualdade nas suas mais diferentes acepções, mas principalmente, na igualdade de acesso ao sistema de ensino. É desejado pela maior parte dos atores, principalmente pelas organizações, que as pessoas com deficiência não precisem estar restritas às escolas especiais, mas que tenham a oportunidade de frequentar a escola regular em igualdade de oportunidades em relação às demais pessoas.

#### **d. As discussões acerca da deficiência, inclusão e pluralidade**

Os argumentos relativos à deficiência e a questão da inclusão ocuparam significativo espaço ao longo do processo. Mesmo que os argumentos relativos à deficiência não sejam propriamente jurídicos, uma vez que decorrem de uma construção doutrinária voltada para a antropologia, eles foram reiteradamente utilizados e isso tem a sua importância. Abordando a questão da deficiência sob o viés social, tira-se todo e qualquer tipo de preconceito que recairia sobre essas pessoas.

Nota-se que toda a questão da inclusão possui um viés político bastante relevante. Por mais que seja natural que apareça na argumentação das organizações, é interessante notar que também tenha aparecido na decisão da Corte. Interessante porque demonstra que a Corte não se manteve isolada de questões que transcendem o direito nessa decisão e conservou-se ao lado da luta pela efetivação dos direitos desse grupo.

Fugiu-se também de uma análise apenas jurídica da questão quando se falou da importância da pluralidade na sala de aula. Para abordar essa questão não foram utilizadas quaisquer normas, mas apenas se falou a respeito dos benefícios da inclusão, não só para a pessoa com deficiência, mas para todos.

A importância da pluralidade foi principalmente abordada pelos ministros na decisão, como um direito de todos que deve ser assegurado. O acesso à pluralidade foi, inclusive, visto como coisa essencial tanto para a

formação humana dos alunos (como afirmou Teori Zavascki), quanto para o próprio processo de educação (como afirmou a PGR).

#### **e. A presença de precedentes**

A subcategoria referente aos precedentes recebeu pouca adesão ao longo do processo. Entretanto, mesmo sendo citados por uma parte pequena dos atores, importantes precedentes foram trazidos.

Notou-se que houve a utilização dos mesmos precedentes por diferentes atores. Esse foi o caso da ADI 903/MG, a qual se referia à constitucionalidade ou não de uma lei estadual que determinava que os meios de transporte deveriam ser adaptados para as pessoas com deficiência. Citaram essa mesma ação a CFOAB, a FNAP e a Ministra Cármen Lúcia, sendo que esta deu ênfase para o voto do ministro Celso de Mello, o qual destacou o esforço de se criar mecanismos que ajudassem a pessoa com deficiência a superar suas dificuldades de ordem pessoal.

A ADI 2.649/DF foi utilizada por esses mesmos três atores. Essa ação, que tratou sobre o direito ao passe livre nas tarifas interestaduais de ônibus para as pessoas com deficiência, foi utilizada pela ministra para destacar o conflito entre o público e o privado que, anteriormente, já havia sido resolvido em favor da pessoa com deficiência. É utilizada também para evidenciar a necessidade da colaboração social para a efetivação de alguns direitos, colaboração esta presente na gratuidade dada à pessoa com deficiência.

Os precedentes são usados também para reafirmar uma ideia que, mais tarde, foi utilizada por Ricardo Lewandowski na decisão. Ao trazer o RE 201819, a CFOAB e a FNAP, novamente, afirmaram a eficácia das normas de direitos fundamentais nas relações privadas. As mesmas organizações trouxeram o RE 440028 de 2013, cuja decisão disse respeito à necessidade do Estado de São Paulo adaptar suas escolas para garantir a acessibilidade às pessoas com deficiência.

Por outro lado, entre as instituições do governo houve a abordagem de outros precedentes. A ADI 1.266/BA foi trazida, ao mesmo tempo, pelo parecer da Presidência, da Advocacia-Geral da União, da Procuradoria-Geral da República e também pelo voto da Ministra Rosa Weber. Essa ação foi proposta também pela Confenen e o resultado foi também contrário aos seus pedidos. Ela foi citada pelos atores como forma de evidenciar que as normas gerais de educação devem ser obrigatoriamente cumpridas pela livre iniciativa.

Outras ações são citadas, mas essas são as que constituem o maior número de relações entre os atores.

### **4.3 Argumentação concreta**

Por mais que se trate de uma ação de controle abstrato da norma, considerou-se nesse trabalho também os argumentos de ordem concreta, posto que eles ocuparam um espaço considerável na ação. Ao longo de todo o processo, o questionamento acerca do pertencimento ou não desses argumentos a esse tipo de ação não foi feito. Por mais que a grande maioria dos atores não tenham concordado com a autora no que foi levantado por ela, nenhum deles considerou que esse tipo de argumento não cabia na ação. Considerando que nem mesmo os ministros se recusaram a analisar essa questão, tornou-se possível considerar esses argumentos igualmente relevantes para a presente análise.

#### **4.3.1 Relações construídas por meio das subcategorias: diferentes formas de se analisar a mesma questão**

Da mesma forma que no item anterior, será feita aqui uma análise acerca dos principais pontos voltados para a argumentação concreta. Não será feita, portanto, uma análise da questão voltada para o planejamento escolar, uma vez que não houve nenhuma manifestação sobre esse ponto além da própria manifestação da autora. Assim, não houve qualquer chance

de serem estabelecidas relações e, dessa forma, a descrição feita sobre o tema no capítulo anterior é suficiente para compreender a sua aparição na ação.

#### **a. Viabilidade das exigências impostas pela lei**

A Confenen esteve preocupada em demonstrar a inviabilidade de se implementar as exigências postas pela lei. Como representante das escolas particulares, isso faz sentido na medida em que as transformações esperadas tendem a mexer profundamente com a economia das escolas. Explora, para comprovar a inviabilidade, uma série de argumentos consequencialistas ao extremo, que vão desde o endividamento das escolas até o fechamento delas causado pela fuga em massa das famílias por causa do aumento das mensalidades.

Contudo, a autora também procura demonstrar certa irresponsabilidade dessa obrigação ser imposta ao setor privado. Com a dificuldade e onerosidade decorrente da necessidade de se prever todos os tipos de deficiência, as escolas poderiam acabar excluindo mais do que incluindo. Isso porque, ao mesmo tempo que as escolas não estariam preparadas para as pessoas com deficiência, elas seriam obrigadas a incluir, coisa que seria feita com pouca qualidade. Além da lei ser inviável economicamente, portanto, ela seria inviável para a própria inclusão.

Esses argumentos, entretanto, não receberam muita importância ao longo da ação. As manifestações fizeram parecer que o cunho político da inclusão era de tão grande importância que nenhuma barreira para a implementação pudesse ser considerada e avaliada. Isso mesmo quando a autora alegou que a inclusão correria risco de não incluir devido a uma onerosidade talvez insuportável pelo sistema privado.

Isso tem início com a afirmação da Conjur e da AGU e, posteriormente, na decisão, por parte dos ministros Fachin e Cármen Lúcia, de que os argumentos não vieram acompanhados de sérios estudos sobre o tema, o que se colocou como uma barreira prévia para a análise das possibilidades



de inclusão. Falou-se também da possibilidade de aumento de receitas decorrente da inclusão, contudo, isso foge um pouco do que considerou a Confenen em sua petição. As dificuldades apontadas por ela se inserem no momento da implementação e existem independentemente do que ocorre após.

Houve respostas também relativas ao tempo. O Senado e, na decisão, o ministro Edson Fachin, afirmaram que a inclusão era algo discutido há muito tempo, o que teria tornado viável a adaptação das escolas, não sendo a lei, portanto, algo repentino. Entretanto, como já afirmado, não é unânime a interpretação de que essa medida já tivesse sido anteriormente prevista também para o ensino privado. O próprio ministro Marco Aurélio nega que tenha sido. A *vacatio legis*, presente no art. 127 da lei, foi utilizada também como argumento relativo ao tempo que teria permitido uma implementação tranquila. Mas, ao mesmo tempo, não se demonstra como em 180 dias as escolas poderiam implementar todas as adaptações necessárias.

Como já ocorrido em outros pedidos, os mais diferentes atores utilizaram-se do ideal de inclusão para rebater um argumento econômico. Como exemplo disso, tem-se o argumento trazido pela Defensoria Pública de que as dificuldades econômicas devem ser encaradas para que se atinja o ideal de inclusão. Relacionado a isso, tem-se o abordado pela AMPID e também no parecer da Presidência que afirmou que dinheiro não pode ser pretexto para barrar a inclusão.

Curiosamente, a Conjur e a PGR se manifestaram no sentido de que não é necessário prever todos os tipos de deficiência. A Conjur o faz afirmando que a inclusão só é feita para aqueles que têm a possibilidade de se desenvolver no sistema regular e a PGR afirmando que a previsão de todas as deficiências seria mesmo impossível. Esta última afirma que somente algumas adaptações básicas deveriam ser feitas, deixando as específicas para serem feitas conforme as pessoas fossem aparecendo. Essas considerações são extremamente relevantes, mas vieram desacompanhadas de qualquer trecho do próprio Estatuto para fundamentá-la. Dessa forma, a insegurança a respeito da necessidade de prever e matricular pessoas com todo tipo de

deficiência, com o risco de cair em crime de discriminação por motivos de deficiência, persiste.

#### **b. As implicações decorrentes das diferentes abordagens acerca dos efeitos da lei e da decisão**

A tendência, até aqui já verificada, dos atores dialogarem bastante entre si e não com a autora se confirma. Isso devido ao fato de que, ao falar de efeitos, os diferentes atores propuseram diferentes abordagens para a subcategoria. Uma parte considerou os efeitos da própria lei; a outra considerou os efeitos de uma eventual declaração de inconstitucionalidade da lei para as pessoas com deficiência.

A primeira situação foi abordada pela autora. Os efeitos são aqueles já afirmados, referentes à onerosidade excessiva das exigências da lei e da possível inviabilidade de se assegurar a inclusão. Há, porém, outros, voltados para o sofrimento psíquico imposto para aqueles que promoverão a inclusão, os quais muitas vezes não estavam preparados para isso, e para a agressão do princípio da razoabilidade, uma vez que a autora não considera essa a melhor medida para se promover a inclusão.

Dos demais atores, o único que estabeleceu uma relação mais próxima com a autora, analisando questões a respeito da própria lei, foi o ministro Edson Fachin. Este, afirmou que retirando a obrigatoriedade dos estabelecimentos de ensino se adaptarem às pessoas com deficiência, estar-se-ia dando um privilégio a eles que não é dado aos demais agentes econômicos. Porém, é importante destacar que não seria propriamente um privilégio quando se considera que as instituições privadas de ensino não são agentes econômicos comuns. Isso fica claro quando a própria Constituição impõe limitações específicas para a livre iniciativa atuar nessa área. Dessa forma, não se espera que elas recebam um tratamento igual em relação aos demais agentes econômicos, sendo que possíveis restrições ou liberdades a mais não podem ser consideradas como desvantagens ou privilégios.

Os outros atores que analisaram a questão dos efeitos, não o fizeram em cima da própria lei, mas para as consequências de uma possível declaração de inconstitucionalidade da lei para as pessoas com deficiência. Enquadram-se nessa situação o MAIS, a DPSP, a CFOAB e a PGR. Esses atores dedicaram a falar desde a mitigação do direito de acesso à educação e permanência no sistema de ensino até a permissão da discriminação com uma eventual inconstitucionalidade da lei.

### **c. A coletivização dos custos e o Princípio da Solidariedade**

Da mesma forma que ocorreu nas demais subcategorias de argumentos concretos, por mais que a autora tenha proposto discussões a respeito das dificuldades de efetivação do ensino inclusivo, essas dificuldades foram quase que desconsideradas por meio do uso de argumentos abstratos. Isso teve especial aplicação quando se falou na questão dos custos, uma vez que a cobrança feita de forma individual foi bastante refutada entre os atores.

A autora opôs-se à coletivização dos custos da implementação do ensino inclusivo por acreditar que tal medida levaria, em última medida, ao fim do sistema privado de ensino. Isso devido ao aumento das mensalidades, que faria com que as famílias procurassem outros lugares para educar seus filhos, o que tornaria impossível às escolas privadas automanterem-se.

Rosa Weber, ao tratar do assunto, afirmou que a vida em coletividade pressupõe a coletivização dos gastos, conforme já havia sido afirmado pela FCD. A coletivização dos gastos recebeu justificação jurídica com o Princípio da Solidariedade, trazido pela Onedef e pela Ampid e, mais tarde, pela ministra Cármen Lúcia na decisão. Esse princípio diz respeito à necessidade de cooperação coletiva para que alguns fins sejam alcançados.

Além disso, considerou-se que a atitude de tentar cobrar individualmente de cada pessoa com deficiência os custos da efetivação iria contra a própria inclusão, já que não diluir esses gastos entre todos tornaria os custos muito altos para poucos pagarem. Quando se leva em consideração

que as famílias de pessoas com deficiência já mantêm uma rotina de gastos altos para tratamentos de saúde, percebe-se como essa medida só afastaria pessoas com deficiência do sistema de ensino por inviabilidade financeira.

Essa atitude seria também discriminação. Conforme afirmado ao longo do processo, nem todos os recursos disponíveis na escola são utilizados por todos os alunos e nem por isso a cobrança é feita individualmente. Cobrar uma taxa extra da pessoa com deficiência pelo mesmo ensino, somente por suas características físicas, seria opor-lhe um ônus pela condição que não é compatível com o princípio da igualdade.

#### **4.4 Relações diretas**

Além dessas relações constituídas de forma indireta<sup>43</sup>, houve diálogos estabelecidos entre as próprias partes ao longo do processo, por meio de citações diretas ou indiretas a algo já anteriormente abordado.

Dentre as organizações em *amicus curiae*, apenas o MAIS e a FNAP constituem esse diálogo. O primeiro cita a FENAPAES, para afirmar que a principal realização da Convenção foi a mudança na forma como se enxergava a pessoa com deficiência, apontando uma mudança de paradigma realizada por ela. Já a FNAP cita a AMPID, quando aborda a questão da eliminação de um sistema de ensino segregador, no qual as pessoas com deficiência teriam que permanecer obrigatoriamente nas escolas especiais, sem qualquer chance de se integrarem com os alunos do ensino regular.

É curioso destacar como, mais uma vez, cada grupo manteve relação apenas com membros do seu próprio grupo. Afirma-se isso porque, da mesma forma como as organizações em *amicus curiae* apenas mantiveram relações entre si, as instituições do Estado fizeram o mesmo.

---

<sup>43</sup> Usa-se o termo indiretas aqui uma vez que essas relações surgiram a partir da observação do comportamento de cada um dos atores e não propriamente de relações que eles mesmos evidenciam que estão realizando. São, portanto, relações constituídas pelo observador e não provenientes da fala de um dos atores.

Assim, nos pareceres emitidos, as instituições fizeram muitas referências umas às outras, sendo que o parecer mais citado foi o da Conjur. A PGR a cita para contribuir com a ideia de que as normas gerais de educação não se restringem à Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, visto que as escolas privadas também estão limitadas pela Constituição e pela Convenção. É citada também pela AGU quando trata de questões relativas à viabilidade, no que tange à previsão de deficiências, perda ou ganho de receitas e consequências do exercício de uma atividade empresarial. Por fim, a Conjur é citada pelo parecer da Presidência, novamente em questões concretas, afirmando que o interesse financeiro não pode se sobrepor ao interesse público.

Já o Senado Federal é citado pela PGR e pela AGU ao mesmo tempo, sendo que ambas o fazem pela mesma razão. Citam o Senado para trazer a ideia de perigo de dano inverso numa eventual concessão de liminar. A liminar frearia os avanços já realizados pela lei e impediria a garantia desse direito às pessoas com deficiência.

Por fim, o parecer da Presidência foi citado pela PGR, ao falar que o foco das adaptações não deve estar na deficiência em si, mas na transformação do ambiente em um lugar acessível para todos, pessoas com deficiência ou não.

De forma contrária ao que se verificou entre as partes, os ministros na decisão pouco estabeleceram relações diretas com o que foi dito anteriormente. A única relação estabelecida foi feita pela ministra Cármen Lúcia que expôs uma boa parte do parecer da Advocacia-Geral da União.

#### **4.5 Compreensão do comportamento do STF**

Nesse item será analisado o comportamento do STF ao longo de toda a decisão com o intuito de entender qual papel ele desempenhou como órgão colegiado, mas também o papel desempenhado por cada ministro. Essa análise terá como base as relações constituídas ao longo do processo e

evidenciadas nos tópicos anteriores e será composta por três partes. Na primeira delas serão retomadas as relações estabelecidas pelos ministros, e em seguida, será analisado quais tipos de argumentos predominaram ao longo da decisão. Por fim, com base nos argumentos e relações será traçado o comportamento desempenhado pelo Supremo.

#### **4.5.1 As relações estabelecidas pelos ministros**

Ao longo da decisão, como foi apontado, os ministros estabeleceram uma série de relações. Entretanto, também ficou claro que essas relações foram bastante restritas, não se direcionando para todos os atores envolvidos.

Assim, constatou-se que ao longo da decisão poucas relações foram feitas com a própria autora. A maior parte das relações estabelecidas entre ela e o STF foram feitas pelo ministro Edson Fachin, e ainda de uma forma necessária, uma vez que este era o Relator. Constatou-se que o ministro foi o único a responder à maioria das demandas da Confenen, mesmo que muitas vezes não tenha considerado as razões que ela utilizou. Na maior parte dos casos não houve propriamente a desconstrução dos argumentos trazidos pela autora, mas a declaração de que eles estavam errados segundo o ideal de inclusão.

Os demais ministros abordaram também os temas trazidos pela autora, tais como a questão constitucional, de viabilidade e da obrigação das escolas prestarem o serviço. Apesar disso, esses temas foram abordados mais como forma de evidenciar que a inclusão está certa do que rebater os argumentos da autora, de forma a mostrar que ela estava errada. Assim, muitas questões trazidas por ela ficaram sem resposta e as relações foram travadas de forma muito distante.

Mesmo que isso tenha se verificado, não é possível alegar que os ministros tenham emitido seus votos de forma completamente isolada ao que ocorreu ao longo do processo. Os argumentos da autora receberam, de fato,

pouca consideração, mas, apesar disso, os argumentos dos demais atores foram trazidos em larga escala para a decisão. Não se afirma aqui, contudo, que a aproximação com esses argumentos tenha se dado de forma consciente ou intencional, uma vez que as intenções dos ministros não são possíveis de serem alcançadas. Afirma-se apenas que as relações existiram e que, no mínimo, os ministros e os demais atores estiveram expostos às mesmas influências e partilharam de uma mesma linha de raciocínio.

Como verificado, a única relação direta estabelecida entre os ministros e os demais participantes do processo foi feita pela ministra Cármen Lúcia, que se relacionou com o parecer da Advocacia-Geral da União. As demais relações foram obtidas através da análise e de forma indireta.

E elas não foram poucas. Como houve ampla defesa do ensino inclusivo e da pessoa com deficiência, os ministros se relacionaram muitas vezes com as organizações em *amicus curiae*. Essas relações se deram também de maneira concreta. Pode-se observar tal situação na manifestação da ministra Carmen Lúcia a respeito do Princípio da Solidariedade. Até o momento de sua manifestação esse princípio ainda não tinha aparecido nos votos, mas já estava presente no processo, por meio das petições da Ampid e da Onedef. Relação desse tipo também se verifica com o voto do ministro Ricardo Lewandowski, quando este aborda a ideia de os direitos humanos serem expandidos também para as relações privadas, sendo que esta ideia já havia sido trazida pela CFOAB e a FNAP.

Os ministros também se relacionaram bastante com os pareceres das instituições do governo. É interessante notar, inclusive, que essas relações se deram de forma um pouco diferente do que se deu com as organizações em *amicus curiae*. Isso porque, enquanto os ministros se relacionaram com as organizações em questões abstratas, a relação com os pareceres se deu, em maior número, em situações mais concretas.

As relações foram verificadas também quando houve análise abstrata da norma, entretanto, as relações mais significativas se deram com a análise a respeito da viabilidade da lei. Ao falar desse tema, os ministros se relacionaram de forma bastante próxima com os argumentos da Conjur, da

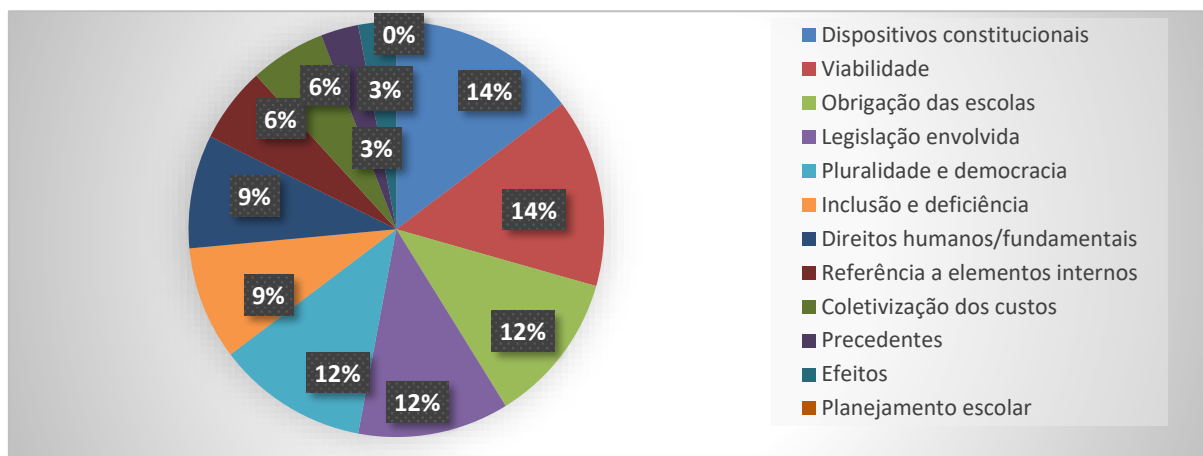
AGU e do Senado, de maneira que se questiona se a influência realmente existiu.

A partir dessas considerações, conclui-se que o STF não se manteve isolado e que sua decisão não se afastou do que os outros atores consideraram algo longo do processo, com exceção da autora. Isso se justifica porque a maior parte dos atores estavam na ação interessados em um objetivo fixo: garantir que a inclusão tivesse prosseguimento.

#### 4.5.2 O tipo de argumentação utilizada pelos ministros

Em relação à argumentação utilizada pelos ministros nessa ação, é interessante notar que eles utilizaram um número muito parecido de argumentos abstratos e concretos. Essa relação fica mais clara a partir da análise do gráfico seguinte.

**Gráfico 2: Utilização das categorias por parte dos ministros**



Esse gráfico, além de demonstrar o amplo uso da categoria concreta (vide argumentos referentes à viabilidade que estão numa proporção equivalente à dos dispositivos constitucionais), evidencia que a argumentação dos ministros não se manteve circunscrita a uma abordagem jurídica.

Os argumentos políticos estiveram presentes em larga escala ao longo das falas dos ministros e isso pode ser constatado por meio do gráfico. As



subcategorias referentes à pluralidade e democracia e à de inclusão e deficiência compõem-se por argumentos que, em parte, são distantes ao direito. Esses argumentos estiveram presentes também nos *amici curiae* e seria difícil ser diferente, uma vez que as organizações estão imersas nessa luta. Entretanto, a presença tão significativa desses argumentos na decisão faz indagar se o STF também é parte nela.

O peso político que envolve a inclusão esteve tão presente ao longo da decisão, que sua presença ocupou um espaço maior do que o que ficou evidente por meio do gráfico. Nos tópicos anteriores, quando se estabelecia as relações entre os argumentos dos diferentes atores, percebeu-se que em muitos casos os ministros primaram pelo ideal de inclusão para desconstruir todo tipo de argumento trazido pela Confenem.

A questão principal, acredito, é a de saber se esses argumentos fazem sentido numa ADI. Um dos principais pontos trazidos pelos ministros se refere à questão da pluralidade, e eles insistem na importância de se assegurar a diversidade nas escolas. Por mais que esses argumentos tenham sua importância para o debate, é preciso ter em mente, porém, que ele em nada interferem na avaliação jurídica da lei.

O problema desse tipo de argumento não está na sua própria utilização, uma vez que, por exemplo, manifestações a respeito de qual concepção de deficiência se aborda faz bastante sentido quando se fala em inclusão. O problema está em como se adota e quando esse tipo de argumento se torna central. Uma vez em ação de controle de constitucionalidade, argumentos que escapam ao direito não deveriam servir como baliza para se tomar a decisão.

Conforme afirma Roberto Barroso<sup>44</sup>, o controle abstrato da norma passa pelos campos formal e material. Na análise formal, verifica-se se houve a observância de todos os procedimentos necessários para a elaboração da lei. Na análise material, analisa-se se o conteúdo da norma está em conformidade ou não com o conteúdo previsto na Constituição. Dessa forma,

---

<sup>44</sup> BARROSO, Luís Roberto O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

sendo essa ADI de caráter material, uma vez que se discute o próprio conteúdo da lei, admite-se que o único dispositivo com o qual ela deve se adequar é com a própria Constituição. Qualquer matéria não constitucional, e menos ainda matérias não jurídicas, não deveriam ser consideradas na decisão.

As mesmas considerações podem ser tecidas para o aparecimento de argumentos concretos nessa ADI. A presença de argumentos de cunho mais econômico pode ser justificada pelo fato de que a própria autora trouxe uma série de argumentos desse tipo, coisa que demandou respostas por parte da Corte. Questiona-se, contudo, se esse tipo de argumento poderia ser usado como justificativa numa eventual declaração de inconstitucionalidade da lei.

Conforme visto, *a priori*, essa resposta seria não, uma vez que a ADI se trata de análise abstrata da norma. Entretanto, mesma resposta não pode ser extraída a partir do comportamento dos ministros. Isso não somente por eles não terem se esquivado de analisar a questão econômica, mas também por não terem, em momento algum, dito que questões dessa natureza não faziam sentido no tipo de ação. Em relação a isso, o Ministro Fachin afirmou que a questão da inviabilidade não poderia ser analisada por falta de documentos que a comprovassem. Dessa forma, fica a dúvida se a barreira da análise abstrata seria quebrada no caso dessas alegações estarem acompanhadas de estudos sobre.

Devido ao caráter da ação, acredito que esse tipo de questão não teria sido levado em conta com estudos ou não, mas não nego a sua importância. Não dar o devido valor à efetivação de um direito é ir contra ele próprio, uma vez que ele se torna ineficaz para atingir as expectativas nele depositadas. Acredito também que essa questão não teria sido analisada de qualquer forma devido ao posicionamento dos ministros sobre o assunto, como também dos demais atores envolvidos. Questões econômicas, para eles, não deveriam ser levadas em conta quando se fala de um direito tão importante quanto o é o da inclusão.

Assim, percebe-se que o STF não se limitou a uma análise puramente jurídica da norma para analisá-la sob diferentes enfoques. Esses enfoques,

longe de serem prejudiciais para a decisão final, podem contribuir muito para sua construção, como foi de fato feito. Todavia, essa abertura pode se tornar perigosa caso prejudique a análise jurídica.

### **4.5.3 O papel desempenhado**

A forma como cada ministro argumentou e como a decisão foi construída levou tanto os ministros individualmente considerados, quanto a Corte, a desempenharem um papel. Da mesma forma como ocorreu com as relações, não se pode afirmar que esse papel foi tomado conscientemente, mas apenas que ele ocorreu. A seguir, eles serão analisados com base na classificação já anteriormente abordada.

#### **a. O papel desempenhado pelos ministros**

Os ministros, para fins dessa análise, serão considerados como atores comuns do processo, da mesma forma que as organizações e instituições do governo foram consideradas. Serão analisados apenas os comportamentos nos ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Luiz Fux, Cármen Lúcia, Gilmar Mendes, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski, já que os demais apenas se manifestaram no sentido de acompanhar o Relator.

Não obstante, ressalta-se que se encontrou dificuldade em inserir cada um dos comportamentos em apenas um dos papéis pré-determinados. Essa dificuldade se deu por causa do conteúdo da ação. Como já demonstrado, os ministros encontraram dificuldade em fazer uma análise apenas jurídica da questão, recorrendo muitas vezes para argumentos que ultrapassam ao direito. Contudo, a análise jurídica não foi ausente na decisão, ocorrendo concomitantemente à presença de outras análises.

Essa situação se deu com a ministra Rosa Weber. Esta, ao mesmo tempo que não se furtou de uma análise jurídica da situação, também

manteve presente em seu voto argumentos que não pertenciam ao âmbito jurídico. A ministra fez uma análise constitucional, mas completou afirmando o conceito social da pessoa com deficiência e culpando a falta de diversidade em sala de aula pelas mazelas que se vive hoje. Coexistiram em seu voto, portanto, elementos jurídicos e não jurídicos, quase que na mesma proporção.

Assim, considerou-se que a ministra desempenhou um papel predominantemente amplo. Isso porque, ao mesmo tempo que ela exerceu seu papel de guardiã da Constituição, ao falar dos porquês de a lei ser compatível com ela, a ministra foi além do que estava estabelecido constitucionalmente, voltando-se para questões fora do direito.

Sob as mesmas circunstâncias se insere o voto do ministro Marco Aurélio. Mesmo que se utilize de argumentos bastante sóbrios a respeito da impossibilidade jurídica dessa obrigação ser delegada à iniciativa privada, um dos principais motivos para o seu posicionamento reside em razões econômicas. Isso porque ele afirma que é muito importante considerar as questões econômicas e que as exigências relativas às adaptações impostas pela lei seriam inconstitucionais. Considerando esses fatos, definiu-se o papel do ministro como também predominantemente amplo.

Em relação ao ministro Edson Fachin, considerou-se que ele também desempenhou um papel predominantemente amplo. Isso porque ele se dedicou em grande medida a analisar a decisão sob os vieses político e econômico. Deu bastante importância à necessidade de assegurar que as escolas sejam constituídas por um ambiente plural, fato que se notabiliza não só em seu voto, como na Ementa que elaborou para o acórdão.

Em seu voto também aparecem análises econômicas em dois momentos, um quando fala da viabilidade, outro, quando se refere aos efeitos de uma possível declaração de inconstitucionalidade. É significativo o fato de que, das sete subcategorias utilizadas pelo ministro, apenas uma em conteúdo se destinava a fazer uma análise propriamente jurídica da situação.

Ao voto do ministro Luiz Fux foi também atribuído o papel amplo, já que nele se confundem argumentos jurídicos e não jurídicos. Como exemplo,

tem-se a sua fala a respeito do preâmbulo da Constituição, que afirma uma sociedade justa e solidária, o que denotaria um papel restritivo. Contudo, logo em seguida tal papel se confunde, uma vez que ele afirma que a inclusão é uma concretização de justiça e que justiça não é algo que se aprende, mas que se sente. Aqui, ele insere um subjetivismo difícil de se ajustar ao direito. Por isso, pode-se caracterizar que seu papel tenha sido predominantemente amplo, contudo, não se ignora que ele se manifestou também em relação ao direito.

De forma contrária, o comportamento da ministra Cármen Lúcia pôde ser considerado como restrito, visto que em seu voto ela explorou conteúdos nitidamente jurídicos, tais como a própria Constituição, a Convenção e os precedentes. Da mesma forma que os demais ministros, ela também mesclou esses dispositivos com argumentos de ordem política e econômica. Apesar disso, esses argumentos se deram numa proporção muito menor do que os jurídicos.

Semelhantemente, o ministro Ricardo Lewandowski, em seu curto voto, apenas justifica a obrigação das escolas privadas com a necessidade de assegurar a inclusão e traz a ideia dos direitos humanos espalharem-se pelas relações privadas. Adota, por isso, um papel restrito.

Por fim, considerou-se que o ministro Gilmar Mendes desempenhou um papel moderado. Isso porque, ao longo do seu voto, teceu alguns comentários sobre a própria lei, que podem ser encarados como críticas à elaboração dela. Se assim encaradas, as falas do ministro estariam sendo dirigidas diretamente ao Legislativo, o que se confirma o papel moderado. O papel moderado, conforme anteriormente descrito, estaria ligado a uma relação estabelecida entre a decisão e os demais poderes.

Com base nessas considerações, observa-se o quanto o comportamento dos ministros foi distinto e confirma-se a importância de entender o papel que cada ministro desempenhou separadamente. Dessa análise depreende-se que a decisão final foi composta por posicionamentos bastante divergentes e que seu resultado pode não ter evidenciado isso, conforme será analisado a seguir.

## **b. O papel desempenhado pelo STF**

Há certa dificuldade também em se determinar qual o papel desempenhado pelo STF com a decisão. A dificuldade provém das diferentes formas de se avaliar todos os dados obtidos a fim de definir o papel exercido. O papel do Tribunal poderia ser avaliado pela Ementa, pela forma como as subcategorias se arranjaram na decisão final ou mesmo com base numa média entre os papéis exercidos pelos ministros. Porém, constatou-se que, independentemente sob qual viés se encare o papel do STF, percebe-se que nessa decisão ele foi predominantemente amplo.

E isso decorre do fato de que ao longo de toda a decisão argumentos que fugiam ao direito foram largamente utilizados. A própria questão provavelmente tenha demandado um posicionamento dos ministros, mas a forma como isso foi feito se afastou de uma mera tomada de posição. Novamente, não se afirma que a análise jurídica não tenha ocorrido, mas que esta ocorreu concomitantemente com outras para que um ideal fosse alcançado.

Esse fato pode ser constatado por todos os vieses que se cogitou adotar. Quando se pensa na Ementa, por exemplo, percebe-se que seu texto se afasta bastante de uma análise meramente jurídica da lei. Fala-se, por exemplo, que “o enclausuramento em face do diferente furta o colorido da vivência cotidiana”<sup>45</sup>, usando-se uma linguagem quase poética e não jurídica. Isso pode ser justificado pelo fato de ter sido o ministro e relator Edson Fachin aquele que redigiu a ementa, de forma que ela tenha ficado muito semelhante ao seu próprio voto.

Quando se analisa a situação a partir das subcategorias utilizadas, tem-se o mesmo resultado. Ao se analisar o Gráfico 4, percebe-se que subcategorias do plano concreto ocuparam um espaço bastante significativo na decisão. Contudo, é necessário ainda considerar que esse gráfico não analisa o conteúdo em si da decisão. As subcategorias representam quais

---

<sup>45</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADI nº 5.357/DF, Rel. Min. Edson Fachin, j. 09/06/2016, p. 3.

temas foram abordados em cada voto, mas não exatamente como cada ministro lidou com esse tema. Assim, como já afirmado, ocorreram situações que, mesmo quando o tema envolvia questões constitucionais, assuntos externos ao direito eram utilizados como justificção para a posição adotada. Desse modo, além do que está contido no gráfico, o que está por trás de cada subcategoria também representa um papel amplo do STF.

Por fim, quando se analisa o papel por meio da posição dos próprios ministros, percebe-se que o papel da decisão também foi predominantemente amplo. Isso porque, dos sete ministros analisados, somente a dois foi delegado o papel restrito e a um o papel moderado. Todos os demais desempenharam um papel amplo.

Assim, como órgão colegiado, pode-se afirmar que o STF desempenhou nessa decisão um papel predominantemente amplo. O uso de "predominantemente" aqui faz ainda mais sentido do que quando foi usado no item anterior. Isso porque não se pode afirmar que a decisão exerceu apenas o papel amplo, uma vez que a sua composição não foi homogênea e sim com base em diferentes tipos de argumentos e posições. Interessante constatar que essas diferentes posições foram obtidas em uma decisão com apenas um voto na divergência e numa questão cuja relevância não foi negada por nenhum dos ministros.

## 5. Conclusão

Essa pesquisa teve como objetivo entender como ocorreu a construção da ADI 5.357/DF a partir da observação do diálogo ao longo do processo entre o STF e os demais atores. Teve-se como objetivo, também, a investigação do papel que o STF e que cada um dos ministros desempenhou com essa tomada de decisão.

Ao longo da decisão, os ministros de fato estabeleceram uma série de relações. Grande parte dos argumentos trazidos por eles não o foram de forma isolada, mas sim de forma conectada a outros já trazidos em outras manifestações. Por esse fato, considero que o STF não tenha sido o ator principal nessa decisão, no sentido de não ter construído a decisão sozinho, visto que grande parte da sua argumentação já estava presente nos demais atores. Sendo assim, mesmo sendo ele o responsável pela palavra final, esta decisão foi construída em conjunto e é possível encontrar fragmentos dela ao longo das considerações dos demais participantes.

Chegou-se, também, no papel desempenhado pelo STF, definindo-o como amplo, uma vez que em sua decisão abarcou uma série de outros argumentos que não propriamente jurídicos. Ter abarcado esses argumentos, levou o STF não só a cumprir com o papel amplo, mas também com um papel simbólico. Isso porque, ao dar grande enfoque à questão da deficiência e da inclusão, passando pela importância desta até mesmo para alunos sem deficiência, o STF deu mais um passo para a consolidação dos direitos das pessoas com deficiência.

Sendo ou não papel do STF cumprir essa função política, isso foi feito e confirmou a tese de Julia Ximenes e Oscar Vilhena trazida ao longo desse trabalho. Percebeu-se que, ao longo de toda a ação, os ministros destacaram a importância da política de inclusão, justificando uma série de argumentos trazidos pela autora com base na necessidade de cumpri-la. Isso tem um significado enorme em um momento em que o STF tem assumido um papel cada vez mais central politicamente. Hoje as decisões não fazem parte apenas dos círculos jurídicos, mas geram expectativas em toda a sociedade.



Uma decisão como essa, que quebra tantos paradigmas em relação a um grupo que historicamente tem sido alvo de preconceitos, adquire uma importância não só jurídica, mas, principalmente, política.

Essa importância e esse papel simbólico estão de acordo com o papel amplo que se atribuiu ao STF. Somente ao desempenhar um papel que não se restrinja à análise da Constituição que se torna possível a defesa de um grupo e a afirmação de um ideal da forma como foi feita.

Por mais que o Judiciário e uma Ação Direta de Inconstitucionalidade não sejam os melhores lugares para se debater isso, os atores também se dedicaram a uma análise econômica da questão. Os argumentos da Confenem não encontraram receptividade e isso seria muito difícil de ser atingido. Por mais que tenha sido alegado que as violações trazidas pela autora não pudessem ser consideradas por estarem desacompanhadas de estudos que as comprovassem, este talvez não fosse o momento ideal para discutir tal questão, com estudos ou não. Os problemas apontados estão na própria lei e não vejo como o Judiciário pudesse resolvê-los sem uma interferência muito forte na Separação dos Poderes.

Dessa forma, percebo que mesmo que as questões econômicas sejam de grande importância para permitir a garantia desse direito, com qualidade e respeito às pessoas com deficiência, muito dificilmente a decisão poderia ter ido muito além do que foi. Por mais que se considerasse realmente inviável, chegou-se à conclusão que a lei, formalmente, não padecia de vícios, o que é o limite da atuação do STF.

E essa atuação primou pelo uso de argumentos abstratos, mesmo quando se propunha a discussão dessas consequências econômicas. Mesmo comportamento teve os demais participantes ao longo da ação, o que era bastante esperado que ocorresse. Reiteradamente, houve a resposta a demandas concretas com o uso de argumentos abstratos, principalmente aqueles voltados para a inclusão, igualdade, deficiência e pluralidade. A decisão, nesse sentido, pode ser considerada uma grande carta em proteção aos direitos das pessoas com deficiência.

Além das relações estabelecidas entre ministros e os demais atores, houve, nessa ação, um nítido relacionamento entre as organizações e instituições públicas em seus pareceres. Esse relacionamento se deu, principalmente, quando havia interesses em comum. Assim, quanto mais semelhante os grupos, mais eles se relacionavam, direta ou indiretamente. As relações diretas, contudo, confirmaram essa tendência, visto que as organizações em *amicus curiae* só citaram a elas mesmas, o mesmo ocorrendo com as instituições públicas.

Feitas essas considerações, concluo que a construção da ADI 5.357/DF se deu de uma forma bastante complexa e com bastante diálogo. Considero que tal construção tenha sido de grande importância, uma vez que permitiu o amadurecimento dos argumentos e a diversificação dos discursos dos ministros, dado que eles tiveram a contribuição de diferentes membros da sociedade. Essas contribuições permitiram o desempenho de um papel controverso. Isso porque, ao mesmo tempo que teve origem numa análise não só jurídica da norma, o que pode ser considerado um resultado ruim, permitiu que houvesse a reafirmação dos direitos de um grupo que demanda visibilidade e respeito. Mesmo podendo ser alvo de diversas críticas, a decisão fomentou a discussão a respeito da deficiência e isso deve ser levado em conta como um resultado importante.

## 6. Referências

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. Parecer a respeito da ADI 5.357/DF.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE DEFESA DOS DIREITOS DOS IDOSOS E PESSOAS COM DEFICIÊNCIA – AMPID. Petição de ingresso como *amicus curiae* na ADI 5.357/DF

BARROSO, Luís Roberto O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAPPI, Riccardo. A "teorização fundamentada dos dados": um método possível na pesquisa empírica em Direito. In: MACHADO, Maíra Rocha (Org.). *Pesquisar empiricamente o direito*. 1ª ed. São Paulo: Rede de estudos empíricos em direito, v. 1 p. 390-421

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS ESTABELECIMENTOS DE ENSINO. Petição Inicial à ADI nº 5.357/DF.

CONSULTORIA GERAL DA UNIÃO. Informações nº 048/2015 – ADI 5.357/DF

CONVENÇÃO sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, 13 dez. 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm)>. Acesso em 2 out. 2017

DINIZ, Débora; BARBOSA, Livia; SANTOS, Wederson Rufino dos. Deficiência, direitos humanos e justiça, *Revista Internacional de Direitos Humanos*, n. 11, p. 65-77, dez. 2009

DINIZ, Débora. *O que é deficiência*. São Paulo: Brasiliense, 2007.

GLAT, Rosana (Org.). *Educação Inclusiva: Cultura e Cotidiano escolar*. Rio de Janeiro: 7Letras, 2007.

MAIS - MOVIMENTO DE AÇÃO E INOVAÇÃO SOCIAL ("MOVIMENTO DOWN").  
Petição de ingresso como *amicus curiae* na ADI 5.357/DF.

MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*. Oxford University Press, 2014.

ORGANIZAÇÃO NACIONAL DE ENTIDADES DE PESSOAS COM DEFICIÊNCIA FÍSICA NO BRASIL (ONEDEF). Petição de ingresso como *amicus curiae* na ADI 5.357/DF.

PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA. Ofício nº 257.956/2015 - ADI 5.357/DF.

REICHER, Stella. O amigo da Corte na construção de direitos: o caso da educação inclusiva, *Folha de São Paulo*, 04 de maio de 2017. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/empreendedorsocial/colunas/2017/05/1881002-o-amigo-da-corte-na-construcao-de-direitos-o-caso-da-educacao-inclusiva.shtml>>. Acesso em 2 out. 2017

SENADO FEDERAL. OFÍCIO Nº 111/2015 - ADI 5.357/DF.

SUNDEFELD, Carlos Ari, *Função Social da propriedade: temas de direito urbanístico I*. São Paulo: RT. 1987

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADI nº 5.357/DF, Rel. Min. Edson Fachin, j. 09/06/2016, p. 10

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, São Paulo. P, 441-464. Jul-dez 2008.

XIMENES, Julia Maurmann. Supremo Tribunal Federal e a cidadania à luz da influência comunitarista. *Revista Direito GV*, [S.l.], v. 6, n. 1, p. 119-141, jan. 2010. ISSN 2317-6172. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/24212>>. Acesso em: 26 Out. 2017.