

A EDUCAÇÃO INCLUSIVA E A PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA: DESVENDANDO A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 5.357 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

INCLUSIVE EDUCATION AND THE PROHIBITION OF DISCRIMINATION OF THE DISABLED PERSON: DISCHARGEING THE DIRECT ACTION OF UNCONSTITUTIONALITY NUMBER 5.357 OF THE SUPREME COURT

Artigo recebido em 03/11/2016

Revisado em 10/03/2017

Aceito para publicação em 11/04/2017

José Roberto Della Tonia Trautwein

Mestrando em Direitos Fundamentais e Democracia pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil (UNIBRASIL). Especialista em Direito Constitucional pelo UNIBRASIL e em Direito Empresarial pelo Instituto de Ciências Sociais do Paraná (IBEJ). Advogado em Curitiba/PR. E-mail: joseroberto@dotti.adv.br

Rosalice Fidalgo Pinheiro

Doutora e Mestre em Direito das Relações Sociais junto ao PPGD da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professora Adjunta de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professora do Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Autônomo do Brasil (UNIBRASIL). E-mail: rosalice@gmail.com

RESUMO: O objetivo deste trabalho é delinear a proibição de discriminação da pessoa com deficiência na educação inclusiva. O trabalho empreende um estudo de caso da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.357 do Supremo Tribunal Federal. Conclui-se pela existência de um princípio de proibição de discriminação da pessoa com deficiência, com base no pluralismo jurídico e na eficácia horizontal dos direitos fundamentais, por meio do método indutivo e do procedimento de pesquisa bibliográfico.

PALAVRAS-CHAVE: Pluralismo jurídico. Educação inclusiva. Discriminação. Pessoa com deficiência.

ABSTRACT: This paper aims to outline the prohibition of discrimination of the disabled in inclusive education. The paper undertakes a case study of the Direct Action of Unconstitutionality No. 5.357 of the Supreme Court. It is concluded that there is a principle prohibiting discrimination against persons with disabilities, based on legal pluralism and the horizontal effectiveness of fundamental rights, through of the method inductive and the bibliographic research procedure.

KEYWORDS: Legal pluralism. Inclusive education. Discrimination. Disabled person.

SUMÁRIO: Introdução. 1 A ação direta de inconstitucionalidade nº 5.357 no supremo tribunal federal. 2 O pluralismo jurídico e a educação inclusiva. 3 A proibição de discriminação da pessoa com deficiência. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A Organização das Nações Unidas (ONU) promulgou a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, que foi inserido no sistema jurídico pátrio com *status* de norma constitucional. Na sequência, foi editada a Lei nº. 13.146/2015, que instituiu a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Antes de sua entrada em vigor, a nova lei foi objeto de enfrentamento nos tribunais brasileiros: a Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino – CONFENEN ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, acompanhada de pedido de medida cautelar de suspensão da eficácia do parágrafo 1º do art. 28 e do art. 30, *caput*, da Lei nº 13.146/2015, por impor às escolas privadas a obrigação de oferecer atendimento educacional adequado e inclusivo às pessoas com deficiência, sem direito de repasse deste ônus às mensalidades, anuidades e matrículas.

A resposta do Supremo Tribunal Federal ocorreu por meio de decisão monocrática, posteriormente convertida em julgamento de mérito, na qual se proclamou que “Pluralidade e igualdade são duas faces da mesma moeda. O respeito à pluralidade não prescinde do respeito ao princípio da igualdade. E na atual quadra histórica, uma leitura focada tão somente em seu aspecto formal não satisfaz a completude que exige o princípio.”¹ Esta referência sinaliza não apenas os fundamentos de indeferimento de um pedido acautelatório, mas o contexto de uma nova orientação jurisprudencial, que poderá se consolidar em decisões futuras e que enseja o objetivo deste trabalho: delinear a proibição de discriminação da pessoa com deficiência na educação inclusiva.

A Constituição da República de 1988 afirma o pluralismo e o direito à educação, enquanto a Lei nº. 13.146/2015 reconhece este direito à pessoa com deficiência. Trata-se do direito à educação inclusiva, o que significa não apenas que as pessoas com e sem deficiência devam estudar juntas, mas o respeito à diversidade e à diferença no Estado Democrático de Direito. Deste modo, entrelaçam-se o princípio do pluralismo jurídico e o direito à educação, promovendo a inclusão da pessoa com deficiência.

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.357*, Pleno, Relator Ministro Edson Fachin, julgado em 18 nov. 2015, p. 5.

O não atendimento a essa meta de inclusão da pessoa com deficiência no plano educacional representa uma discriminação, expressamente proibida pelo artigo 4º da Lei nº 13.146/2015. O direito à igualdade de tratamento e a eficácia horizontal dos direitos fundamentais justificam a incidência do princípio de proibição de discriminação da pessoa com deficiência nas relações interprivadas, notadamente, nos contratos de prestação de serviços educacionais. Por conseguinte, afasta-se a possibilidade de cobrança de prestações diferenciadas, delineando a proibição de discriminação no contrato, aspecto não referido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do caso, mas nele implícito.

Em atenção aos parâmetros, acima expostos, o trabalho empreende um estudo de caso, na forma de comentário da decisão monocrática proferida ao pedido de medida cautelar de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.357 do Supremo Tribunal Federal. Para tanto, segue-se o método de pesquisa indutivo e o procedimento de pesquisa bibliográfico. Deste modo, parte-se do caso para se chegar à ideia geral de proibição de discriminação da pessoa com deficiência, no contexto da educação inclusiva. E, dentre outros referenciais teóricos, os escritos de Marcos Maliska e Paulo Mota Pinto fundamentam duas ideias centrais no tema: o princípio do pluralismo e a educação inclusiva, e a proibição de discriminação da pessoa com deficiência no contrato. Esta metodologia reflete-se em um plano de trabalho dividido em três partes: (i) o relato da decisão monocrática proferida no julgamento do pedido de medida cautelar de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.357 do Supremo Tribunal Federal; (ii) o pluralismo jurídico e a educação inclusiva; e (iii) a proibição de discriminação da pessoa com deficiência.

1 A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 5.357 NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

As pessoas com deficiência sempre vivenciaram um contexto de exclusão social. Eis que a situação por elas vivenciada estava atrelada à ideia de que não teriam condições de viver sem o auxílio de outra pessoa². Isto acarretou um processo de “...desigualdade de oportunidades em comparação às demais pessoas e, muitas vezes, a falta de condições indispensáveis a uma vida digna”.³ Trata-se de circunstância que se acentua no Brasil, cuja

² FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão. A proteção jurídica da pessoa com deficiência como uma questão de direitos humanos. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão. *Direito à diversidade*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 93-113, p. 93-94.

³ *Ibid.*, p. 93-113, p. 103.

realidade sempre foi marcada por uma profunda exclusão e por um pluralismo tecido em sentido negativo, segundo o qual as diferenças importam em desigualdade⁴.

Com vistas a cessar ou minimizar esta exclusão social e adotar iniciativas de proteção e de execução dos atos da vida civil, a Organização das Nações Unidas (ONU) promulgou a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo⁵. Referida Convenção propiciou o “...reconhecimento da autonomia e da capacidade das pessoas com deficiência, em igualdade de condições com as demais, como pressuposto de sua dignidade e de sua participação na vida social, familiar e política”.⁶ Além disso, delineou os princípios necessários para que as pessoas com deficiência pratiquem a integralidade dos atos civis, de tal modo que a deficiência não importe em restrição⁷.

A Convenção da Organização das Nações Unidas foi introduzida no sistema jurídico do Brasil pelo Decreto Legislativo nº 186/2008 com o *status* norma constitucional, em atendimento ao disposto no artigo 5º, parágrafo 3º, da Constituição da República, que exige, dentre outros requisitos, a aprovação com quórum qualificado de três quintos na Câmara dos Deputados e no Senado Federal⁸. Este foi o primeiro tratado internacional sobre direitos humanos inserido no ordenamento jurídico brasileiro e que conceituou a pessoa com deficiência como aquela que possui impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial⁹.

Na esteira da Convenção, foi editada a Lei nº. 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), na qual se estabeleceram os instrumentos necessários para “...a implementação mais efetiva da *ratio* da Convenção”¹⁰. Atenta a esta concepção, a Lei 13.146/2015 abre o capítulo II, que trata da “igualdade e não discriminação”, estabelecendo o artigo 4º, que “Toda pessoa com deficiência tem direito à igualdade de oportunidades com as demais pessoas e não sofrerá nenhuma espécie de discriminação.”

⁴ MALISKA, Marcos Augusto. Democracia e constituição no Brasil contemporâneo. In: COMPLAK, Krystian; MALISKA, Marcos Augusto (coord.). *Polska I Brazylia: democracia e direitos fundamentais no constitucionalismo emergente*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 21-39, p. 21.

⁵ MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito protetivo após a convenção sobre a proteção da pessoa com deficiência: impactos do novo CPC e do estatuto da pessoa com deficiência. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 4, n. 1, p. 1-34, jan-jun/2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/o-direito-protetivo-no-Brasil/>>. Acesso em: 01 jul. 2016, p. 6.

⁶ Idem.

⁷ ROSENVALD, Nelson. Curatela. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). *Tratado de direitos das famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015, p. 731-800, p. 736.

⁸ ARAUJO, Luiz Alberto David. O conceito de pessoas com deficiência e algumas de suas implicações no direito brasileiro. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, volume 86, p. 165-181, jan-mar/2014. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 167.

⁹ ROSENVALD, Nelson. Op. cit., p. 736.

¹⁰ MENEZES, Joyceane Bezerra de. Op. cit., p.10.

Em atenção ao princípio da não discriminação, o Estatuto garante o direito à educação à pessoa com deficiência, ao estabelecer que as instituições privadas devem atender exigências de acessibilidade¹¹ e estão impedidas de cobrar valores adicionais em suas mensalidades, anuidades e matrículas com a finalidade de atender a tais exigências. É o que se observa no artigo 28, parágrafo 1º e no artigo 30, *caput* da Lei nº 13.146/2015:

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:

Não obstante a política de educação inclusiva adotada pelo Estatuto, a Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino – CONFENEN ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, acompanhada de pedido de medida cautelar de suspensão da eficácia do parágrafo 1º do artigo 28 e do artigo 30, *caput*, da Lei nº 13.146/2015, questionando o termo “privadas” presente naquelas disposições¹². Para tanto, alegou violação aos artigos 5º, *caput*, incisos XXII, XXIII, LIV, 170, incisos II e III, 205, 206, *caput*, incisos II e III, 208, *caput*, inciso III, 209, 227, *caput*, parágrafo 1º, inciso II, da Constituição da República, sob a alegação de alto custo para escolas privadas, levando, inclusive, ao fechamento de muitas delas. O Presidente do Senado Federal, a Presidente da República e a Advocacia Geral da União manifestaram-se sobre o pedido, alegando a ausência de *fumus boni iuris* e *periculum in mora* por se tratar de lei cuja *vacatio legis* foi de 180 dias, a passagem da deficiência como problema médico para questão social e a política de educação inclusiva da pessoa com deficiência. Atuaram como *amici curiae* a Federação Nacional das Associações de Pais e Amigos dos Excepcionais, a Federação Brasileira das Associações de Síndrome de Down, a Associação Nacional do Ministério Público de Defesa dos Direitos dos Idosos e Pessoas com Deficiência, o Conselho Federal da Ordem dos

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade* nº 5357, Pleno, Relator Ministro Edson Fachin, julgado em 18 nov. 2015, p. 2.

Advogados do Brasil e a Associação Brasileira para a Ação por Direitos das Pessoas com Autismo¹³.

Em decisão monocrática, proferida pelo Ministro Edson Fachin, após atentar para a legitimidade da Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino – CONFENEN acionar a jurisdição constitucional, examinou (i) a compatibilidade entre a política de educação inclusiva da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e a Lei nº 13.146/2015, para posteriormente (ii) analisar os pressupostos da medida cautelar. Em relação à primeira, concluiu pela obrigação das escolas privadas promoverem “...a inserção das pessoas com deficiência no ensino regular e prover as medidas de adaptação necessárias sem que o ônus financeiro seja repassado às mensalidades, anuidades e matrículas.”¹⁴ Em relação à segunda, descartou o *fumus boni iuris* e *periculum in mora* por se tratar de lei, cuja *vacatio legis* de 180 dias afastou a pretensão acautelatória, uma vez que “...não se pode dizer que os estabelecimentos de ensino privados tenham sido surpreendidos por normatividade inconstitucional...”¹⁵.

Amparando-se na possibilidade de exame monocrático do pedido de medida cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade, o relator acolheu como fundamentos: (i) os princípios da pluralidade e da igualdade¹⁶; (ii) a política de educação inclusiva como dever internacional e constitucional de proteção e ampliação progressiva dos direitos humanos e fundamentais¹⁷; (iii) a proibição de discriminação prevista no artigo 3º, I e IV da Constituição da República¹⁸.

Em julgamento realizado no dia 09 de junho de 2016, cujo acórdão ainda não foi publicado no Diário da Justiça Eletrônico, o Plenário do Supremo Tribunal Federal deliberou em converter a decisão monocrática proferida ao pedido cautelar em julgamento de mérito. E, por maioria de votos, julgou improcedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 5.357, restando a decisão monocrática nos seguintes termos:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA CAUTELAR. LEI 13.146/2015. ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. ENSINO INCLUSIVO. CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. INDEFERIMENTO. 1. A Convenção Internacional

¹³ Ibid., p. 3.

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade* nº 5357, Pleno, Relator Ministro Edson Fachin, julgado em 18 nov. 2015, p. 3.

¹⁵ Ibid., p. 14.

¹⁶ Ibid., p. 5.

¹⁷ Ibid., p. 9.

¹⁸ Ibid., p. 11.

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

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

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

4. Medida cautelar indeferida.¹⁹

A decisão do Supremo Tribunal Federal constitui-se no primeiro pronunciamento dos tribunais brasileiros à Lei nº 13.146/2015, antes mesmo de sua entrada em vigor, confrontando argumentos de caráter econômico à proibição de discriminação da pessoa com deficiência. Com a finalidade de proceder ao exame dos fundamentos dessa decisão e seu impacto jurídico, as próximas páginas enunciam o (i) pluralismo jurídico e a educação inclusiva e (ii) a proibição de discriminação da pessoa com deficiência.

2 O PLURALISMO JURÍDICO E A EDUCAÇÃO INCLUSIVA

A decisão monocrática do Supremo Tribunal Federal afirmou que atuação do Estado na inclusão das pessoas com deficiência refere-se ao acesso, não apenas destas últimas, mas de todos os cidadãos a uma arena democrática plural, pois a pluralidade é elemento essencial da democracia. O respeito à pluralidade requer ainda o acesso igualitário aos bens e medidas que possibilitem sua efetivação concreta, delineando-se como afeta ao princípio da igualdade²⁰.

Esse princípio enuncia o reconhecimento das diferenças, possibilitando a recepção da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência com *status* de norma constitucional no ordenamento jurídico interno. Deste modo, a decisão monocrática destacou o artigo 24 da Convenção, confrontando-o com a Constituição e a Lei nº 13.146/2015. Conclui o Supremo Tribunal Federal que a educação inclusiva não é realidade estranha ao ordenamento jurídico brasileiro, pois se atende, deste modo, ao compromisso internacional e nacional de “...proteção e ampliação progressiva dos direitos fundamentais e humanos das pessoas com deficiência”²¹.

¹⁹ Ibid., p. 8.

²⁰ Ibid., p. 5.

A decisão monocrática ainda afirma que os argumentos econômicos, vagamente apresentados pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino– CONFENEN não podem ser invocados para conduzir a uma função inversa os direitos fundamentais. De modo mais preciso,

[...] não se acolhe o invocar da função social da propriedade para se negar a cumprir obrigações de funcionalização previstas constitucionalmente, limitando-a à geração de empregos e ao atendimento da legislação trabalhista e tributária, ou ainda, o invocar da dignidade da pessoa humana na perspectiva de eventual sofrimento psíquico dos educadores e ‘usuários que não possuem qualquer necessidade especial’.²²

Por conseguinte, a decisão monocrática do Supremo Tribunal Federal arremata que a Lei nº 13.146/2015 estabelece o direito à educação da pessoa com deficiência, asseverando o compromisso tanto das escolas públicas como das escolas particulares com a realização deste direito fundamental²³.

O princípio do pluralismo e o direito fundamental à educação se entrelaçam nos argumentos acima, apontando para acolhida de uma educação inclusiva, o que passa a ser examinado.

Segundo Antonio Carlos Wolkmer, o pluralismo caracteriza-se como “...a existência de mais de uma realidade, de múltiplas formas de ação prática e da diversidade de campos sociais com particularidade própria, ou seja, envolve o conjunto de fenômenos autônomos e elementos heterogêneos que não se reduzem entre si.”²⁴ Ele se revela como “sociológico” e “político”, designando a descentralização em face do monismo e da soberania estatal²⁵.

O pluralismo é um princípio estruturante da República Federativa do Brasil²⁶, previsto no artigo 1º, V, da Constituição da República de 1988, como “pluralismo político”. Trata-se, contudo, de um princípio mais amplo, no qual se busca assegurar um direito fundamental à diferença na sociedade. Eis que o “[...] indivíduo é livre para se autodeterminar e levar a sua vida como bem quiser, imune à intromissão de terceiros, provindo do Estado ou de particulares²⁷. Nesta perspectiva, ele se associa a outros princípios como a dignidade da

²² Ibid., p. 9.

²³ Ibid., p. 10.

²⁴ *Pluralismo jurídico*. Fundamentos de uma nova cultura no Direito. São Paulo: Editora Alfa-Omega, 2001, p. 171-172.

²⁵ Ibid., p. 172.

²⁶ MALISKA, Marcos Augusto. Democracia e jurisdição constitucionais em sociedades plurais. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. Curitiba, nº. 10, v. 2, p. 367-377, 2006, p. 372.

²⁷ COELHO, Inocêncio Martires. O novo constitucionalismo e a interpretação constitucional. *Revista Direito Público*, nº. 12, p. 48-73, abril-maio-jun. 2006, p. 51-52.

pessoa humana, a cidadania, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa²⁸ e aos direitos fundamentais, dentre os quais se destacam o da igualdade e da proteção dos direitos sociais, que estão relacionados à ordem econômica, o trabalho e cultura²⁹.

A vinculação do pluralismo com o Estado Democrático impede a adoção de uma única forma de pensamento ou de atuação, sendo que a Constituição da República de 1988 estabelece os direitos fundamentais da liberdade de expressão e de pensamento³⁰, como decorrentes daquele princípio. Por outras palavras, busca-se evitar a utilização da diferença como elemento que reconhecia uma pessoa com menos dignidade do que outra ou que poderia ser desconsiderada, passível de ser alienada ou morta, como acontecia respectivamente na escravidão e no nazismo³¹.

A Constituição da República não se restringe ao pluralismo à atuação do Estado, pois faz dele um instrumento que justifica a vida em sociedade³². Deste modo, ele enseja a abertura da Constituição delineando uma sociedade pluralista, a partir dos grupos que a integram³³. Em outros termos, a constituição aberta é aquela cujo conteúdo e processo interpretativo devem considerar os elementos advindos da sociedade, como a cultura, sem, todavia, perder a sua característica de norma constitucional³⁴. Pondera Marcos Augusto Maliska que a abertura da Constituição não exige que o preenchimento do conteúdo das normas constitucionais seja realizado tão somente pelo Estado. É necessário estabelecer um diálogo com a sociedade civil para a defesa dos interesses das minorias, sendo totalmente equivocado qualquer alegação de que a Constituição, assim procedendo, estaria "...abrindo mão de sua condição de elemento

²⁸SCHIER, Paulo Ricardo. Constitucionalização do direito no contexto da Constituição de 1988. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Direito Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 45-60, p. 45.

²⁹SCHIER, Paulo Ricardo. Constitucionalização do direito no contexto da Constituição de 1988. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Direito Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 45-60, p. 45.

³⁰ PIOVESAN, Flávia e Silva; SILVA, Roberto B. Dias da. Igualdade e diferença: o direito à livre orientação sexual na Corte Européia de Direitos Humanos e no Judiciário brasileiro. In: VIEIRA, José Ribas (Org.). *20 anos da Constituição cidadã de 1988: efetivação ou impasse institucional?* Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 341-367, p. 357.

³¹ Ibid., p. 342.

³²MALISKA, Marcos Augusto. Democracia e jurisdição constitucionais em sociedades plurais. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. Curitiba, n.º. 10, v. 2, p. 367-377, 2006, p. 22-23.

³³MALISKA, Marcos Augusto. *Fundamentos da constituição: abertura, cooperação, integração*. Curitiba: Juruá, 2013, p. 36. Dele deriva, por exemplo, o princípio da pluralidade familiar, que no artigo 226 da Constituição da República de 1988 acolheu além do casamento, outras formas de convivência, como a união estável e a família monoparental. Sobre o assunto, consultar: LOBO, Paulo Luiz Netto. Entidades Familiares Constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9408-9407-1-PB.pdf>. Acesso em: 01 nov. 2016.)

³⁴COELHO, Inocêncio Martires. O novo constitucionalismo e a interpretação constitucional. *Revista Direito Público*, n.º. 12, p. 48-73, abril-maio-jun. 2006, p. 51-52.

garantidor destes direitos ainda que na ideia própria de pluralismo esteja implícita uma certa indefinição de conteúdo a ser preenchido por esses próprios grupos”³⁵.

Trata-se da ruptura da ideia segundo a qual as sociedades são homogêneas, perseguindo uma identidade específica para caracterizá-las como heterogêneas com a existência de vários direitos. Este pluralismo de direitos decorre de uma sociedade constituída por diversos grupos culturais que elaboram leis que produzem efeitos nestes mais variados grupos³⁶.

Constata-se, assim, a diversidade e a necessidade de observar a Constituição, a fim de que seja assegurado a todos participar do processo democrático. A proteção da diversidade decorre não só do princípio da igualdade (artigo 5º, *caput*, da Constituição da República), como também da previsão constitucional de que a República Federativa do Brasil tem como objetivo fundamental a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (artigo 3º, I, da Constituição da República) e a promoção do bem estar de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (artigo 3º, IV, Constituição da República)³⁷.

Deve ainda ser somado o respeito à dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos do Estado brasileiro (artigo 1º, III, da Constituição da República), fazendo com que o sistema possa se “...acomodar para o entendimento de todos, com o respeito mútuo de posições e ideias, resultado do pluralismo democrático”³⁸. Tem-se, assim, o reconhecimento da existência de grupos distintos e da necessidade da inclusão de cada um deles na sociedade, assegurando-lhes a igualdade material e a efetiva inclusão não só na comunidade, como também de agentes ativos no Estado Democrático de Direito.

Com efeito, o pluralismo jurídico opõe-se ao individualismo, aspecto sinalizado pela decisão monocrática do Supremo Tribunal Federal, ao reconhecer um compromisso com a alteridade, asseverando que o ensino privado não pode se transmudar em local de exclusão, devendo reconhecer o outro, que é a pessoa com deficiência. Eis que

É somente com o convívio com a diferença e com o seu necessário acolhimento que pode haver a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, em que o bem de

³⁵MALISKA, Marcos Augusto. Democracia e jurisdição constitucionais em sociedades plurais. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. Curitiba, nº. 10, v. 2, p. 367-377, 2006, p. 372.

³⁶ MALISKA, Marcos Augusto. *Fundamentos da constituição: abertura, cooperação, integração*. Curitiba: Juruá, 2013, p. 36-37.

³⁷ ARAÚJO, Luiz Alberto David. A questão da diversidade e a Constituição de 1988. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão. *Direito à diversidade*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 18-26, p. 20.

³⁸ Idem.

todos seja promovido sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, I e IV, CRFB).³⁹

É justamente nessa perspectiva, que a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, ao ser recepcionada pelo ordenamento jurídico interno, com *status* de norma constitucional, estabelece o direito das pessoas com deficiência à educação, em seu artigo 24,1. Trata-se de direito que já integrava o rol de direitos fundamentais sociais do artigo 6º da Constituição da República, delineando-se como dever do Estado e da família com a colaboração da sociedade (artigo 205, Constituição da República). Mas em razão daquele tratado, o Estado brasileiro adquire a obrigação de efetivar este direito sem discriminação, assegurando igualdade de oportunidades, de tal modo a constituir um “sistema educacional inclusivo em todos os níveis”.

Trata-se da educação inclusiva, cujos contornos foram destacados pela decisão monocrática do Supremo Tribunal Federal, cabendo ao Estado assegurar que “as pessoas com deficiência não sejam excluídas do sistema educacional sob a alegação de deficiência”, que tenham acesso “ao ensino secundário em igualdade de condições com as demais pessoas na comunidade em que vivem”, que “recebam o apoio necessário, em âmbito do sistema educacional geral, com vistas a facilitar sua efetiva educação” e “a possibilidade de adquirir as competências práticas e sociais necessárias de modo a facilitar às pessoas com deficiência sua plena e igual participação no sistema de ensino e na vida em comunidade”⁴⁰, alcançando a “meta de inclusão plena”⁴¹.

Ao confrontar essa política educacional inclusiva com a Lei nº 13.146/2015, a decisão monocrática do Supremo Tribunal Federal conclui que o direito fundamental à educação deve pautar a atuação tanto das escolas públicas como particulares⁴². Isto confere aos estabelecimentos de ensino privados a obrigação de promover inserção da pessoa com deficiência no ensino regular e garantir a acessibilidade desses alunos, estabelecendo o parágrafo 1º do artigo 28, a impossibilidade de repasse do ônus financeiro gerado por essas obrigações às mensalidades, anuidades e matrículas.

Pautando-se na afirmação de atendimento ao “compromisso constitucional e internacional de proteção e ampliação progressiva dos direitos fundamentais e humanos das

³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade* nº 5357, Pleno, Relator Ministro Edson Fachin, julgado em 18 nov. 2015, p. 11.

⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade* nº 5357, Pleno, Relator Ministro Edson Fachin, julgado em 18 nov. 2015, p. 6-7.

⁴¹ *Ibid.*, p.10.

⁴² *Ibid.*, p. 6-7.

pessoas com deficiência”⁴³, pode-se afirmar que a decisão monocrática do Supremo Tribunal Federal reconhece a eficácia do direito fundamental à educação nas relações interprivadas. Neste caso, poder-se-ia cogitar a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, reconhecida pelo Estatuto, em seu artigo 28, e que a Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino – CONFENEN tentou afastar. No entanto, Supremo Tribunal Federal proclamou que não se pode “entravar a normatividade constitucional sobre o tema com base em leitura dos direitos fundamentais que os convoem em sua negação”⁴⁴. Decidir de modo contrário, atentaria, em última instância, contra a proibição de discriminação da pessoa com deficiência, assunto que passa a ser examinado.

3 A PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Ao examinar o pedido de medida cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal afastou a pretensão acautelatória, uma vez que não estavam presentes os pressupostos *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, por se tratar de lei cuja *vacatio legis* foi de 180 dias, não sendo possível alegar que “...os estabelecimentos de ensino privados tenham sido surpreendidos por normatividade inconstitucional [...]”⁴⁵ da Lei nº 13.146/2015. *A contrario sensu*, a corte constitucional examinou as consequências da concessão da cautelar, eis que “[...] corre-se o risco de criar às instituições particulares de ensino odioso privilégio do qual não se podem furtar os demais agentes econômicos. Privilégio odioso porque oficializa a discriminação.”⁴⁶ Com efeito, a decisão monocrática do Supremo Tribunal Federal referiu-se implicitamente à proibição de discriminação da pessoa com deficiência.

A proibição de discriminação está contida na dimensão negativa do direito fundamental à igualdade de tratamento, que decorre da cláusula geral do *caput* do artigo 5º, combinado com o artigo 3º, IV,⁴⁷ ambos da Constituição da República, ao estabelecer dentre os objetivos da República “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

⁴³ Ibid., p. 9.

⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade* nº 5357, Pleno, Relator Ministro Edson Fachin, julgado em 18 nov. 2015, p. 9.

⁴⁵ Ibid., p. 14.

⁴⁶ Idem.

⁴⁷ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 234.

O princípio da igualdade é uma norma que enseja o direito fundamental à igualdade de tratamento⁴⁸. O sentido contido na expressão “todos são iguais perante a lei” deve ultrapassar a concepção de uma igualdade formal, para delinear uma igualdade substancial. Em sua dimensão positiva, ela se traduz no mandamento de tratamento desigual para incluir os vulneráveis na sociedade⁴⁹. Sustenta-se que a defesa da diversidade e da vulnerabilidade possuem funções distintas. Enquanto a diversidade equivale à defesa da liberdade, no sentido de respeito à diferença, o reconhecimento da vulnerabilidade consiste na proteção da igualdade, na qual se busca defender os iguais de forma semelhante e os desiguais na exata medida de sua desigualdade⁵⁰.

Considerando-se o princípio da igualdade como um substrato da dignidade da pessoa humana⁵¹, não basta que todos os cidadãos sejam dotados dos mesmos direitos, mas que reclamem para si o reconhecimento de sua diversidade em relação ao outro⁵². Surge, então, o direito à diversidade, que possui como uma de suas características a necessidade de proteção dos vulneráveis por meio de atenção especial não só do Estado, mas de todos os membros da sociedade. Nesta categoria enquadram-se as pessoas com deficiência, que efetivamente são merecedoras de uma proteção estatal, a fim de se assegurar o efetivo tratamento igualitário. Eis que “...o reconhecimento da vulnerabilidade das pessoas com deficiência ou portadoras de necessidades especiais impacta sobre o direito tanto no tocante ao direito público, quanto ao direito privado”⁵³.

Em conformidade com o artigo 5º, parágrafo 1º, da Constituição da República, é possível afirmar que a proibição de discriminação é uma norma de eficácia imediata, de observância obrigatória aos entes públicos. Resta saber, se semelhante eficácia também vincula os particulares. Na tentativa de esboçar uma resposta, pode-se invocar o magistério de Paulo Mota Pinto, para quem os casos de discriminação não podem ser resolvidos tão

⁴⁸ Ibid., p. 231-232.

⁴⁹ GALINDO, Bruno. O direito antidiscriminatório entre a forma e a substância: igualdade material e proteção de grupos vulneráveis pelo reconhecimento da diferença. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão. *Direito à diversidade*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 43-60, p. 44.

⁵⁰ MIRAGEM, Bruno. Direito à diferença e autonomia: proteção da diversidade no direito privado em relação ao exercício individual das liberdades sexual e religiosa. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão. *Direito à diversidade*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 61-89, p. 65-66.

⁵¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 85.

⁵² DENNINGER *apud* MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 87.

⁵³ MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 166.

somente à luz de princípios constitucionais como o da igualdade⁵⁴. Assevera que o combate à discriminação enseja uma vinculação dos poderes do Estado, delineando uma interpretação do Direito Privado conforme os direitos fundamentais⁵⁵. Tais argumentos enunciam o debate acerca da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, opondo o princípio da igualdade à autonomia privada.

Um dos primeiros casos de eficácia horizontal dos direitos fundamentais foi julgado pelo Tribunal Constitucional alemão: um cidadão português ajuizou ação contra o locador de seu imóvel para poder instalar, na residência, antena parabólica que captasse notícias de seu país natal. A Corte deu-lhe razão reconhecendo que o direito fundamental à informação deveria ser considerado nas relações interprivadas⁵⁶. Desde então, a jurisprudência da Corte Constitucional Alemã consolidou o entendimento que do significado objetivo dos direitos fundamentais resulta o dever do Estado não apenas se abster de intervir no âmbito de proteção desses direitos, mas também de proteger tais direitos contra a agressão ensejada por atos de terceiros. Em outras palavras, os direitos fundamentais expressam tanto uma proibição de lesão (proibição do excesso) como um postulado de proteção (proibição de omissão)⁵⁷, compondo a teoria dos deveres de proteção⁵⁸.

No Brasil, a Constituição da República revela um compromisso do Estado Democrático de Direito com a proteção efetiva dos direitos fundamentais, nos casos de violações e ameaças advindas dos particulares⁵⁹. Com efeito, a maioria da doutrina e da jurisprudência inclina-se em favor da teoria da eficácia imediata⁶⁰ dos direitos fundamentais

⁵⁴ MOTA PINTO, Paulo. Autonomia privada e discriminação: algumas notas. In: SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 361-404, p. 367.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 368.

⁵⁶ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo*. 2ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 34.

⁵⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. A influência dos direitos fundamentais no direito privado: notas sobre a evolução brasileira. In: GRUNDMANN, Stefan; MENDES, Gilmar Ferreira; MARQUES, Cláudia Lima; BALDUS, Christian; Malheiros, Manuel. *Direito Privado, Constituição e Fronteiras*. 2ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 31-55, p. 37.

⁵⁸ Essa teoria foi formulada por Claus-Wilhelm Canaris, ao asseverar que o Estado desempenha um papel defensivo e outro protetivo: o primeiro, designado de “proibição de intervenção”, obriga o ente estatal a se abster de violar os direitos fundamentais, enquanto o segundo, designado de “imperativo de tutela”, impõe-lhe o dever de proteger os particulares da agressão de seus direitos, promovidas por sujeitos de direito privado (CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Lisboa: Almedina, 2006, p. 58).

⁵⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. A influência dos direitos fundamentais no direito privado: notas sobre a evolução brasileira. In: GRUNDMANN, Stefan; MENDES, Gilmar; MARQUES, Cláudia Lima; BALDUS, Christian; MALHEIROS, Manuel. *Direito privado, constituição e fronteiras*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 57-89, p. 68.

⁶⁰ Segundo essa teoria, os direitos fundamentais não restringem sua eficácia ao plano estatal. Atuam como direitos subjetivos constitucionais dotados de oponibilidade *erga omnes*, que se revela tanto no plano público

nas relações interprivadas. Neste sentido, os ensinamentos de Ingo Wolfgang Sarlet, ao sustentar uma vinculação *prima facie* dos particulares àqueles direitos. Contudo, não há uniformidade na aplicação desses direitos nas relações entre particulares, o que exige decisões diferenciadas, pautadas na ponderação dos valores que estão presentes no caso concreto⁶¹. Na esteira da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, torna-se possível afirmar a existência de um princípio de proibição de discriminação da pessoa com deficiência no Direito Privado, que lhe possibilite o exercício de seus direitos fundamentais.

Antes da recepção da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e da edição da Lei nº 13.146/2015, a Constituição da República já demonstrava especial atenção às pessoas com deficiência. Dentre alguns de seus dispositivos destacam-se a vedação à discriminação no ingresso ao mercado de trabalho (art. 7º, XXXI), ou ainda que a União, os Estados e o Distrito Federal terão competência legislativa concorrente para proteger e realizar a inserção social das pessoas com deficiência (artigo 24, IV). Igualmente a previsão de que os portadores com deficiência deverão ter atendimento educacional especializado, preferencialmente na rede regular de ensino (artigo 208, III). Mas a Lei nº 13.146/2015 afirmou aquela proibição como princípio em sede infraconstitucional, em seu artigo 4º:

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

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

Além dessa disposição geral, a Lei nº 13.146/2015 vai além e enuncia a proibição de discriminação da pessoa com deficiência nas relações interprivadas, notadamente, nos contratos de prestação de serviços educacionais. Em tais contratos incide o direito fundamental à educação, que na perspectiva do pluralismo jurídico, revela-se como educação inclusiva. Neste contexto, as pessoas com deficiência têm o direito de acesso à educação em

como no plano privado. Nessa perspectiva, os direitos fundamentais não se restringem a proteger a liberdade do cidadão perante o Estado, mas a proteger os indivíduos nas relações entre si. Eis que se constituem em normas de valor que têm incidência sobre toda a ordem jurídica. E para tanto, independem de qualquer mediação concretizadora, por parte do poder público: seu alcance e eficácia escapam a qualquer regulação legislativa específica, ou à interpretação e aplicação pelo juiz. Trata-se de normas constitucionais, que não se restringem a meras regras de hermenêutica que atuam na interpretação e preenchimento de cláusulas gerais, mas que incidem como normas de comportamento entre particulares (MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 23).

⁶¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 5ª ed., 2005, p. 382-383.

ambiente livre de qualquer discriminação, dissipando-se os argumentos que a deficiência impediria o acompanhamento em instituição de ensino regular ou, ainda, a alegação de que o artigo 208, III, da Constituição da República teria estipulado competir ao Estado prestar “[...] atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino”⁶².

Em contratos de prestação de serviços educacionais, o Estatuto garante o direito à educação à pessoa com deficiência, ao estabelecer que as instituições privadas devem atender às exigências de acessibilidade e estão impedidas de cobrarem valores adicionais em suas mensalidades, anuidades e matrículas com a finalidade de atender a tais exigências⁶³.

⁶² GONZAGA, Eugênia Augusta. A pessoa com deficiência e o direito à acessibilidade. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão. *Direito à diversidade*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 114-126, p. 57.

⁶³ Em conformidade com o parágrafo 1º do artigo 28, impõe-se aos estabelecimentos de ensino privados as seguintes obrigações:

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

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

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

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

[...]

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

[...]

VII - planejamento de estudo de caso, de elaboração de plano de atendimento educacional especializado, de organização de recursos e serviços de acessibilidade e de disponibilização e usabilidade pedagógica de recursos de tecnologia assistiva;

VIII - participação dos estudantes com deficiência e de suas famílias nas diversas instâncias de atuação da comunidade escolar;

IX - adoção de medidas de apoio que favoreçam o desenvolvimento dos aspectos linguísticos, culturais, vocacionais e profissionais, levando-se em conta o talento, a criatividade, as habilidades e os interesses do estudante com deficiência;

X - adoção de práticas pedagógicas inclusivas pelos programas de formação inicial e continuada de professores e oferta de formação continuada para o atendimento educacional especializado;

XI - formação e disponibilização de professores para o atendimento educacional especializado, de tradutores e intérpretes da Libras, de guias intérpretes e de profissionais de apoio;

XII - oferta de ensino da Libras, do Sistema Braille e de uso de recursos de tecnologia assistiva, de forma a ampliar habilidades funcionais dos estudantes, promovendo sua autonomia e participação;

XIII - acesso à educação superior e à educação profissional e tecnológica em igualdade de oportunidades e condições com as demais pessoas;

XIV - inclusão em conteúdos curriculares, em cursos de nível superior e de educação profissional técnica e tecnológica, de temas relacionados à pessoa com deficiência nos respectivos campos de conhecimento;

XV - acesso da pessoa com deficiência, em igualdade de condições, a jogos e a atividades recreativas, esportivas e de lazer, no sistema escolar;

XVI - acessibilidade para todos os estudantes, trabalhadores da educação e demais integrantes da comunidade escolar às edificações, aos ambientes e às atividades concernentes a todas as modalidades, etapas e níveis de ensino;

Nesta perspectiva, a proibição de discriminação em tais contratos integra a pessoa com deficiência no contexto educacional, ao exigir que a sociedade se adapte aos seus impedimentos e não o contrário. A decisão monocrática do Supremo Tribunal Federal atentou implicitamente para tais fatos, afirmando que

[...] as instituições privadas de ensino exercem atividade econômica e, enquanto tal, devem se adaptar para acolher as pessoas com deficiência, prestando serviços educacionais que não enfoquem a questão da deficiência limitada à perspectiva médica, mas também ambiental. Esta última deve ser pensada a partir dos espaços, ambientes e recursos adequados à superação de barreiras – as verdadeiras deficiências de nossa sociedade.

Trata-se, portanto, da proibição de discriminação da pessoa com deficiência do direito à educação em contratos de prestação de serviços educacionais. Tema este não mencionado pela decisão monocrática do Supremo Tribunal Federal, mas que já era sinalizado pela jurisprudência dos tribunais superiores. O Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do Recurso Especial nº. 1.069.288-PR⁶⁴, de relatoria do Ministro Massami Uyeda, concluiu que a “[...] CF/1988 garante a igualdade e rechaça a discriminação sob qualquer forma ou pretexto das pessoas com necessidade especiais...”⁶⁵. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº. 440.440.028, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, reconheceu a necessidade de inclusão das pessoas com deficiência, sob pena de se criarem cidadãos de segunda classe:

PRÉDIO PÚBLICO – PORTADOR DE NECESSIDADE ESPECIAL – ACESSO. A Constituição de 1988, a Convenção Internacional sobre Direitos das Pessoas com Deficiência e as Leis nº 7.853/89 – federal –, nº 5.500/86 e nº 9.086/95 – estas duas do Estado de São Paulo – asseguram o direito dos portadores de necessidades especiais ao acesso a prédios públicos, devendo a Administração adotar providências que o viabilizem.⁶⁶

Extrai-se ainda deste acórdão:

XVII - oferta de profissionais de apoio escolar;

XVIII - articulação intersetorial na implementação de políticas públicas.

§ 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.”

⁶⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, *Recurso Especial* nº. 1069288-PR, Terceira Turma, Relator Ministro Massami Uyeda, julgado em 14 dez. 2010.

⁶⁵ GALINDO, Bruno. O direito antidiscriminatório entre a forma e a substância: igualdade material e proteção de grupos vulneráveis pelo reconhecimento da diferença. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão. *Direito à diversidade*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 43-60, p. 57.

⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário* nº. 440.028, Primeira Turma, Relator Ministro Marco Aurélio, julgado em 29 out. 2013.

Assentada a natureza constitucional da política pública de acessibilidade, necessariamente a ser implementada pelos demais Poderes Públicos, decorre do conjunto normativo a existência do direito subjetivo público de adequação dos edifícios e áreas públicas visando possibilitar a livre locomoção de portadores de necessidades especiais. É ele qualificado, quando se trata de escola pública, cujo acesso surge primordial ao pleno desenvolvimento da pessoa, consoante proclama o artigo 205 da Carta Federal. [...] A imposição quanto à acessibilidade aos prédios públicos é reforçada pelo direito à cidadania, ao qual têm jus os portadores de necessidades especiais. A noção de república pressupõe que a gestão pública seja efetuada por delegação e no interesse da sociedade e, nesta, aqueles estão integrados. Obstaculizar-lhes a entrada em hospitais, escolas, bibliotecas, museus, estádios, em suma, edifícios de uso público e áreas destinadas ao uso comum do povo, implica tratá-los como cidadãos de segunda classe, ferindo de morte o direito à igualdade e à cidadania.⁶⁷

Somada às decisões, acima citadas, a decisão monocrática do Supremo Tribunal Federal delinea o contexto no qual deverão se espelhar os próximos casos que cheguem aos tribunais brasileiros, acerca da Lei nº 13.146/2015. Espera-se que novas decisões orientem-se pela diretriz de não discriminação, expressa na Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, na Constituição da República e na Lei nº 13.146/2015, considerando que “[...] temos o direito a ser iguais quando a diferença nos inferioriza; temos o direito a ser diferentes quando a igualdade nos descaracteriza”⁶⁸.

CONCLUSÃO

O trabalho teve por objeto a análise da decisão monocrática proferida em face da Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 5.357 perante o Supremo Tribunal Federal. Sua importância está no fato de ter sido uma das primeiras decisões acerca da aplicação da Lei nº 13.146/2015, antes mesmo de sua entrada em vigor, e das diretrizes da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, recepcionada no ordenamento jurídico interno com *status* de norma constitucional.

Após o relato dos fatos que motivaram o indeferimento da medida cautelar, proposta pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino – CONFENEN, que pretendia a suspensão da eficácia do parágrafo 1º do artigo 28 e *caput* do artigo 30 da Lei nº 13.146/2015, o trabalho ateve-se aos fundamentos da decisão. Delineou-se o pluralismo jurídico e a

⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário* nº. 440.028, Primeira Turma, Relator Ministro Marco Aurélio, julgado em 29 out. 2013.

⁶⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. In: BALDI, César Augusto. *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 239-277, p. 272.

educação inclusiva e a proibição de discriminação da pessoa com deficiência como decorrentes da decisão monocrática do Supremo Tribunal Federal.

O pluralismo foi caracterizado não apenas como um princípio político, previsto na Constituição da República de 1988, como estruturante da República brasileira, mas como um princípio sociológico que determina a interpretação das normas constitucionais com base na própria sociedade. E, ainda, como um princípio que se opõe ao individualismo, resultando na afirmação da alteridade e no reconhecimento do outro.

O entrelaçar do pluralismo com o direito fundamental à educação possibilitou a concepção de educação inclusiva. A Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e a Lei nº 13.146/2015 estabeleceram um sistema de educação inclusiva, que impõe obrigações aos estabelecimentos de ensino privado para concretizá-lo. Daí as atribuições contidas no parágrafo 1º do artigo 28 e *caput* do artigo 30 do Estatuto da Pessoa com Deficiência. Os argumentos econômicos de onerosidade no cumprimento dessas obrigações, lançados ao pedido acautelatório perante o Supremo Tribunal Federal não prosperaram diante da afirmação do compromisso do Estado brasileiro de proteção e ampliação dos direitos humanos e fundamentais.

Não obstante, a pretensão acautelatória da Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino – CONFENEN tenha sido afastada por ausência de seus pressupostos, é possível deduzir da decisão monocrática do Supremo Tribunal Federal a proibição de discriminação da pessoa com deficiência nas interações privadas. Pode-se também afirmar que ele se constitui em princípio afirmado pelo artigo 4º da Lei nº 13.146/2015, que se fundamenta no direito à igualdade de tratamento e na eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Eis que em contratos de prestação de serviços educacionais, deve ser considerada a educação inclusiva, exigindo-se dos estabelecimentos de ensino privados o cumprimento das obrigações de acessibilidade sem importar em cobranças diferenciadas. Espera-se que as próximas decisões nos tribunais brasileiros orientem-se por esta diretriz.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David. A questão da diversidade e a Constituição de 1988. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão. **Direito à diversidade**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 18-26.

_____. O conceito de pessoas com deficiência e algumas de suas implicações no direito brasileiro. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, volume 86, p. 165-181, 2014. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, jan-mar/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, **Recurso Especial nº. 1069288-PR**, Terceira Turma, Relator Ministro Massami Uyeda, julgado em 14 dez. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5357**, Pleno, Relator Ministro Edson Fachin, julgado em 18 nov. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº. 440.028**, Primeira Turma, Relator Ministro Marco Aurélio, julgado em 29 out. 2013.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Lisboa: Almedina, 2006.

COELHO, Inocêncio Martires. O novo constitucionalismo e a interpretação constitucional. **Revista Direito Público**, nº. 12, p. 48-73, abril-maio-jun. 2006.

FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão. A proteção jurídica da pessoa com deficiência como uma questão de direitos humanos. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão. **Direito à diversidade**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 93-113.

GALINDO, Bruno. O direito antidiscriminatório entre a forma e a substância: igualdade material e proteção de grupos vulneráveis pelo reconhecimento da diferença. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão. **Direito à diversidade**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 43-60.

GONZAGA, Eugênia Augusta. A pessoa com deficiência e o direito à acessibilidade. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão. **Direito à diversidade**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 114-126.

LOBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades Familiares Constitucionalizadas**: para além do *numerus clausus*. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9408-9407-1-PB.pdf>. Acesso em: 01 nov. 2016.

MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. **A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2005.

MALISKA, Marcos Augusto. Democracia e constituição no Brasil contemporâneo. In: COMPLAK, Krystian; MALISKA, Marcos Augusto (coord.). **Polska I Brazylia: democracia e direitos fundamentais no constitucionalismo emergente**. Curitiba: Juruá, 2016, p. 21-39.

_____. Democracia e jurisdição constitucionais em sociedades plurais. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba, nº. 10, v. 2, p. 367-377, 2006.

_____. **Fundamentos da constituição: abertura, cooperação, integração**. Curitiba: Juruá, 2013.

MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. A influência dos direitos fundamentais no direito privado: notas sobre a evolução brasileira. In: GRUNDMANN, Stefan; MENDES, Gilmar Ferreira; MARQUES, Cláudia Lima; BALDUS, Christian; Malheiros, Manuel. **Direito Privado, Constituição e Fronteiras**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 31-55.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito protetivo após a convenção sobre a proteção da pessoa com deficiência: impactos do novo CPC e do estatuto da pessoa com deficiência. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 4, n. 1, p. 1-34, jan-jun/2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/o-direito-protetivo-no-Brasil/>>. Acesso em: 01 jul. 2016.

MIRAGEM, Bruno. Direito à diferença e autonomia: proteção da diversidade no direito privado em relação ao exercício individual das liberdades sexual e religiosa. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão. **Direito à diversidade**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 61-89.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MOTA PINTO, Paulo. Autonomia privada e discriminação: algumas notas. In: SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 361-404.

PIOVESAN, Flávia e Silva; SILVA, Roberto B. Dias da. Igualdade e diferença: o direito à livre orientação sexual na Corte Européia de Direitos Humanos e no Judiciário brasileiro. In: VIEIRA, José Ribas (Org.). **20 anos da Constituição cidadã de 1988: efetivação ou impasse institucional?** Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 341-367.

ROSENVOLD, Nelson. Curatela. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). **Tratado de direitos das famílias**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015, p. 731-800.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. In: BALDI, César Augusto. **Direitos humanos na sociedade cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 239-277.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 5ª ed., 2005.

_____. A influência dos direitos fundamentais no direito privado: notas sobre a evolução brasileira. In: GRUNDMANN, Stefan; MENDES, Gilmar; MARQUES, Cláudia Lima; BALDUS, Christian; MALHEIROS, Manuel. **Direito privado, constituição e fronteiras**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 57-89.

SCHIER, Paulo Ricardo. Constitucionalização do direito no contexto da Constituição de 1988. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Direito Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 45-60.

STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico**. Fundamentos de uma nova cultura no Direito. São Paulo: Editora Alfa-Omega, 2001.