parecer

ANÁLISE DO DECRETO Nº 10.502/2020
INSTITUIÇÃO DA POLÍTICA NACIONAL DE EDUCAÇÃO ESPECIAL – AVALIAÇÃO SOBRE RETROCESSOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO

alana

ALANA

Presidente
Ana Lucia Villela

Vice-Presidentes
Alfredo Villela Filho
Marcos Nisti

CEO
Marcos Nisti

Diretora de Gestão de Pessoas e Recursos
Lilian Okada

INSTITUTO ALANA

Diretoras-Executivas
Carolina Pasquali
Isabella Henriques

Comunicação

Coordenação
Belisa Rotondi

Projeto Gráfico
William Luz

Título: **Parecer Jurídico – Análise do Decreto nº 10.502/2020 – Instituição da Política Nacional de Educação Especial – Avaliação sobre Retrocessos no Ordenamento Jurídico**

Autoras: **Laís de Figueirêdo Lopes e Stella Camlot Reicher**

Publicado em São Paulo, outubro de 2020

Esta é uma publicação encomendada pelo Instituto Alana em outubro de 2020, que tem como objetivo difundir informações técnicas, para toda a sociedade, acerca da legalidade do Decreto 10.502/2020, que institui a Política Nacional de Educação Especial.

O Instituto Alana é uma organização da sociedade civil, sem fins lucrativos, que aposta em programas que buscam a garantia de condições para a vivência plena da infância.

parecer

ANÁLISE DO DECRETO Nº 10.502/2020
INSTITUIÇÃO DA POLÍTICA NACIONAL DE EDUCAÇÃO ESPECIAL – AVALIAÇÃO SOBRE RETROCESSOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO

APRESENTAÇÃO

Há oito anos, o Alana iniciou sua atuação no tema da inclusão da pessoa com deficiência. Em 2012, começou essa caminhada buscando um retrato da causa no Brasil, iniciando a construção de uma rede de relacionamentos com diversas organizações que já trabalhavam com o tema da inclusão e, especificamente, com a síndrome de Down.

O trabalho seguiu com o fomento de pesquisas, produção de conteúdo e encontros. Entre todas as ações, vale destacar o lançamento, em 2016, da pesquisa "Os benefícios da educação inclusiva para estudantes com e sem deficiência", feita em parceria com a ABT Associates.

O estudo demonstra a evidência de benefícios acadêmicos e sociais, como melhoras na memória, na alfabetização e nas habilidades de linguagem, em crianças com deficiência que frequentam escolas regulares. Também aponta que alunos com deficiência que foram incluídos em escolas regulares são mais propensos a fazer cursos superiores, pertencer a grupo de amizades, encontrar empregos ou viver de forma independente. Por sua vez, os estudantes sem deficiência que estudam em ambientes inclusivos têm menos opiniões preconceituosas e são mais receptivos às diferenças.

Com esse resultado em mãos, ficou premente a necessidade de entender o que a população brasileira pensava sobre o tema. Em 2019, um levantamento inédito do Datafolha feito a pedido do Alana revelou que, aproximadamente, nove em cada dez brasileiros acreditam que as escolas se tornam melhores ao incluir crianças com deficiência. Além disso, 76% da população entendem que as crianças com deficiência aprendem mais estudando junto com crianças sem deficiência.

Nesse mesmo ano, o Alana selou uma parceria com o Massachusetts Institute of Technology – MIT para fomentar pesquisas em síndrome de Down na instituição, com a criação do Alana Down Syndrome Center, uma nova referência em pesquisa em neurociência, tecnologia e inovação mundial, que tem como objetivos de estudo a cognição, o Alzheimer e as tecnologias para melhorar a vida de pessoas com síndrome de Down.

Foram muitas as ações nesses últimos anos realizadas pelo Alana ou nas quais se envolveu. Todas em compasso com o caminho seguido pela humanidade, de incluir pessoas com deficiência na sociedade, na escola e no trabalho, bem como de melhorar a sua qualidade de vida, fomentando novas formas de bem viver.

De acordo com dados do IBGE/2018*, o Brasil possui 12,7 milhões de pessoas com deficiência, que representam 6,7% da população brasileira. Vale dizer que, nos termos da definição da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, recepcionada pelo ordenamento legal brasileiro pelo Decreto 6.949 de 2009, "Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas".

* Dados do Censo 2010 redimensionados pelo IBGE em 2018, a partir de critérios que podem ser encontrados aqui: https://educa.ibge.gov.br/jovens/conheca-o-brasil/populacao/20551-pessoas--com-deficiencia.html

Essa mesma Convenção, introduzida no Direito pátrio com status de norma constitucional, possui como princípios:

- **O respeito pela dignidade inerente, a autonomia individual, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, e a independência das pessoas**
- **A não-discriminação**
- **A plena e efetiva participação e inclusão na sociedade**
- **O respeito pela diferença e pela aceitação das pessoas com deficiência como parte da diversidade humana e da humanidade**
- **A igualdade de oportunidades**
- **A acessibilidade**
- **A igualdade entre o homem e a mulher**
- **O respeito pelo desenvolvimento das capacidades das crianças com deficiência e pelo direito das crianças com deficiência de preservar sua identidade**

Também a Lei Brasileira de Inclusão, Lei 13.146 de 2015, assegura e promove, "em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania". E diz que toda a pessoa com deficiência "tem direito à igualdade de oportunidades com as demais pessoas e não sofrerá nenhuma espécie de discriminação".

Contudo, na contramão das conquistas do último século em torno da ampliação dos espaços de convívio entre pessoas com deficiência e pessoas sem deficiência, o governo brasileiro está promovendo a segregação de crianças e adolescentes com deficiência nos espaços escolares de todo o país.

Em flagrante desrespeito aos marcos regulatórios nacionais, inclusive contrariando a própria Constituição Federal, o Decreto 10.502, de 30 de setembro de 2020, instituiu a "Política Nacional de Educação Especial", que, inobstante ter na sua denominação a palavra "inclusiva", é um documento absolutamente discriminatório, que tem por mote a hierarquização do ser humano em razão de suas aptidões ou habilidades.

Referido decreto não só viola direitos humanos das crianças e adolescentes com deficiência, que estão tendo afastados os seus direitos à igualdade de oportunidades - notadamente de frequentar a escola regular - mas, igualmente, viola o direito de todos nós, como nação brasileira, de vivermos em uma sociedade plural e diversa, sem discriminações de quaisquer natureza.

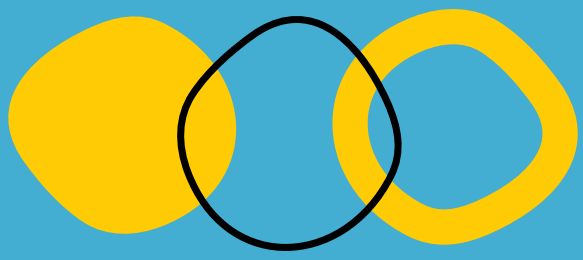
Assim, diante de tamanho impacto social, convidamos as advogadas Laís de Figueirêdo Lopes e Stella Camlot Reicher, renomadas profissionais dedicadas ao estudo do tema e à causa da defesa de pessoas com deficiência, para analisarem detalhadamente o Decreto 10.502/2020, a partir da interpretação das normas existentes, que incidem sobre a matéria, no plano nacional e internacional.

Para tanto, elaboraram o parecer jurídico que é apresentado nas próximas páginas e que chega às seguintes conclusões: "*a educação inclusiva é um direito público subjetivo; o atendimento educacional especializado não pode substituir o ensino regular; a liberdade de escolha das famílias e de atuação das instituições de ensino encontra limitação no cumprimento da legislação vigente; os princípios da primazia da norma mais favorável, da proibição de retrocesso em direitos humanos e da proibição da proteção insuficiente devem ser respeitados; e atos normativos que versem sobre políticas públicas acerca das pessoas com deficiência impõem a necessidade de sua consulta prévia*".

Assim, a publicação desse parecer jurídico tem como intenção difundir informações técnicas, para toda a sociedade, acerca da impossibilidade do Decreto 10.502/2020 manter-se no ordenamento jurídico. O Decreto é flagrantemente inconstitucional e viola valores éticos e morais da população brasileira.

Carolina Pasquali e Isabella Henriques

Diretoras Executivas do Instituto Alana



São Paulo, 23 de outubro de 2020

Ao
INSTITUTO ALANA
A/C: Isabella Henriques e Carolina Pasquali
Diretoras-executivas
São Paulo, SP
(via e-mail)

PARECER JURÍDICO – ANÁLISE DO DECRETO Nº 10.502/2020 – INSTITUIÇÃO DA POLÍTICA NACIONAL DE EDUCAÇÃO ESPECIAL – AVALIAÇÃO SOBRE RETROCESSOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO

Prezadas senhoras,

Vimos apresentar estudo e parecer jurídico[1] para o **INSTITUTO ALANA** com análise do Decreto Federal nº 10.502/2020, publicado em 1º de outubro de 2020, que instituiu a "Política Nacional de Educação Especial: Equitativa, Inclusiva e com Aprendizado ao Longo da Vida", elaborado a partir da interpretação das normas existentes que incidem sobre a matéria, no plano nacional e internacional, bem como da jurisprudência em relação ao tema no Supremo Tribunal Federal.

Permanecemos à disposição.

Atenciosamente,

Laís de Figueirêdo Lopes
OAB/SP 182.480

Stella Camlot Reicher
OAB/SP 209.998

[1] Este estudo e parecer jurídico contou com pesquisa e colaboração de Thais Tozzini Ribeiro (OAB/SP 390.820) e de Cláudio Roberto Barbosa Filho (OAB/SP 431.722) a quem agradecemos.

SUMÁRIO EXECUTIVO

Consulta-nos o **INSTITUTO ALANA** sobre as implicações no ordenamento jurídico do Decreto Federal nº 10.502/2020, publicado em 1º de outubro de 2020, que instituiu a nova "Política Nacional de Educação Especial."

O texto do Decreto causou imensa preocupação entre organizações da sociedade civil, especialistas em educação e os que lutam pelos direitos humanos das pessoas com deficiência pois, valendo-se de uma gramática de inclusão, o ato normativo distorce o entendimento do que é o sistema educacional inclusivo e o atendimento educacional especializado, com conceitos e modos de fazer a educação que contrariam os princípios da educação inclusiva.

Tanto é assim que a reação de diversos grupos foi imediata. No Congresso Nacional para sustar o ato normativo do Poder Executivo foram apresentados Projetos de Decretos Legislativos ("PDL's") e no Supremo Tribunal Federal a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 751, submetida pelo Partido Rede Sustentabilidade. Além disso, menos de 10 dias depois de publicado o Decreto, notas técnicas e de repúdio de diversas organizações da sociedade civil foram divulgadas, além de reportagens e entrevistas publicadas em jornais de grande circulação com a opinião de especialistas e relatos de pessoas com deficiência favoráveis à educação inclusiva. Pelo teor deste trabalho, nos ateremos aos argumentos jurídicos e não analisaremos o debate político envolvido.

Resgatamos a legislação nacional e internacional, assim como o monitoramento do direito à educação inclusiva no Brasil pela Organização das Nações Unidas (ONU) para tratar do texto do Decreto e suas implicações jurídicas. Ao final desta análise, concluímos que o Decreto Federal nº 10.502/2020 destoa da legislação construída nas últimas décadas sobre educação inclusiva, tanto no plano nacional quanto internacional, contrariando inclusive jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal, sendo, portanto, inconstitucional. Conforme as considerações aqui trazidas, a educação inclusiva é um direito público subjetivo; o atendimento educacional especializado não pode substituir o ensino regular; a liberdade de escolha das famílias e de atuação das instituições de ensino encontra limitação no cumprimento da legislação vigente; os princípios da primazia da norma mais favorável, da proibição de retrocesso em direitos humanos e da proibição da proteção insuficiente devem ser respeitados; e atos normativos que versem sobre políticas públicas acerca das pessoas com deficiência impõem a necessidade de sua consulta prévia.

O Decreto nº 10.502/2020 retrocede tanto do ponto de vista dos direitos quanto da política pública educacional inclusiva que vinha sendo implementada no Brasil, deturpando conceitos e abrindo espaço para mudança da lógica de financiamento e funcionamento do sistema. É certo que ainda há necessidade de melhoria no sistema educacional inclusivo, mas isso não acontecerá se os esforços forem vertidos para retirar das escolas regulares a obrigação de inclusão, fortalecendo as escolas especializadas conforme o sistema anteriormente vigente.

Já avançamos, inclusive em termos de sociedade. Pesquisa do Instituto Alana[2] realizada com o Datafolha em 2019 comprova que as percepções favoráveis à educação inclusiva são predominantes na população brasileira adulta: quase 90% concordam com a ideia de que as escolas se tornam melhores com a inclusão e quase 80% concordam que as crianças com deficiência vão aprender mais na escola inclusiva. Nessa linha, claro está o retrocesso, não apenas na legislação, mas nas práticas de gestão do sistema educacional.

Não resta dúvida que toda a legislação nacional deve estar alinhada com a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência que possui *status* de norma constitucional. Isso quer dizer que o direito à educação deve ser exercido de maneira inclusiva, ou seja, em igualdade de oportunidades com as crianças sem deficiência. Para tanto, o novo tratado de direitos humanos orientou especificamente como o direito à educação inclusiva deve ser concretizado, ou seja, com acessibilidade. Elevou ao mais alto grau hierárquico de normas a premissa de que a escolarização seja feita em ambiente escolar inclusivo, com os apoios necessários.

Além de inconstitucional, o Decreto nº 10.502/2020 pode causar um grande retrocesso no avanço da implementação do direito à educação inclusiva no país se não for rapidamente revertido, haja vista a iminência de matrículas para o ano letivo de 2021. Já atingidas de forma brutal pela pandemia do coronavírus e impedidas de exercerem o seu direito à educação inclusiva de forma plena em 2020, as educandas e os educandos com deficiência poderão sofrer uma grave violação se não puderem voltar à escola regular inclusiva ao "serem convidadas" a um "ambiente mais adequado" para suas especificidades. Acolher de forma seletiva e apartada, com base na deficiência, é discriminatório, excludente e segregador. Escola inclusiva é a escola que acolhe todos!

[2] Disponível em https://alana.org.br/wp-content/uploads/2019/10/Pesquisa-Datafolha_o-que-a-populacao-brasileira-pensa-sobre-educacao-inclusiva.pdf Acesso em 10.10.2020.

ÍNDICE

1. A CONSULTA

2. MARCO LEGAL SOBRE EDUCAÇÃO INCLUSIVA

2.1. Legislação vigente sobre o direito à educação inclusiva

2.2. Monitoramento Internacional do direito à educação inclusiva no Brasil

2.2.1. 1º Relatório do Estado Brasileiro (27 de maio de 2012)
2.2.2. Lista de questões da Sociedade Civil Brasileira (16 de abril de 2015)
2.2.3. Lista de questões do Comitê (24 de abril de 2015)
2.2.4. Resposta do Brasil à Lista de Questões do Comitê (26 de junho de 2015)
2.2.5. Relatório da Sociedade Civil Brasileira (18 de agosto de 2015)
2.2.6. Observações conclusivas do Comitê (04 de setembro de 2015)
2.2.7. Comentário Geral nº 4 (25 de novembro de 2016)

3. ANÁLISE DO DECRETO Nº 10.502, DE 30 DE SETEMBRO DE 2020

3.1. Direito à educação inclusiva como direito público subjetivo
3.2. Não discriminação: a cláusula de não-rejeição e as adaptações razoáveis
3.3. O Atendimento Educacional Especializado - apoio de natureza pedagógica não substitutivo às classes comuns
3.4 Direito à educação, escolha dos pais em relação às instituições de ensino
3.5. A primazia da norma mais favorável, a proibição de retrocesso e o princípio da proibição da proteção insuficiente
3.6. Ausência de consulta prévia
3.7. O julgamento da ADI nº 5.357/DF
3.8. ADPF nº 751/DF

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

ANEXO I - Legislação de interesse

1. A CONSULTA

Consulta-nos o **INSTITUTO ALANA** sobre as implicações no ordenamento jurídico do Decreto Federal nº 10.502/2020, publicado em 1º de outubro de 2020, que instituiu a nova "Política Nacional de Educação Especial."

Para esta análise, ao final, buscaremos responder as seguintes questões:

1. **Qual o sentido do direito à educação inclusiva contido na Constituição Federal Brasileira combinado com a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência?**
2. **O que é o Atendimento Educacional Especializado?**
3. **Pode o Atendimento Educacional Especializado ser ofertado por organizações da sociedade civil?**
4. **O AEE previsto pelo Decreto nº 10.502/2020 está de acordo com o conceito de Atendimento Educacional Especializado previsto no ordenamento jurídico vigente?**
5. **É possível segregar a criança com deficiência em "escolas especializadas" a partir do seu tipo ou grau de deficiência"?**
6. **É possível ter escolas bilíngues apenas para pessoas surdas, com deficiência auditiva ou surdocegos?**
7. **É possível dizer que algumas crianças têm capacidade para estar na escola e outras não?**
8. **O Decreto nº 10.502/2020 viola princípios e dispositivos constitucionais?**
9. **A família tem o direito de escolher em qual escola o seu filho ou sua filha deve estudar?**
10. **Podem as organizações da sociedade civil pedir ingresso como como amicus curiae na ADPF 751 no STF que discute o Decreto nº 10.502/2020?**

Para tanto, resgatamos a legislação nacional e internacional, o monitoramento do direito à educação inclusiva no Brasil pela Organização das Nações Unidas (ONU) e jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal para trazer os argumentos que importam no caso concreto.

2. MARCO LEGAL DA EDUCAÇÃO INCLUSIVA

2.1. Legislação vigente sobre o direito à educação inclusiva

A legislação sobre educação inclusiva no Brasil vigente tem seu marco na Constituição Federal de 1988, bem como no Estatuto da Criança e do Adolescente ("ECA") - Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990; na Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989; na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional ("LDB") - Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996; na Lei da Língua Brasileira de Sinais ("Libras") - Lei nº 10.436, de 24 de abril de 2002; na Lei do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação ("FUNDEB") - Lei nº 11.494, de 20 de junho de 2007; na Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência ("CDPD") e no seu Protocolo Facultativo, ratificados em 2008; na Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista - Lei nº 12.764/2012; no Plano Nacional de Educação - Lei nº 13.005/2014; e na Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (também conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência ou "LBI") - Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015; e em um amplo arcabouço normativo infralegal construído, que veio sendo aperfeiçoado com a chegada da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência no Brasil.

Começando pela Convenção, vale dizer que seu texto foi elaborado a partir de 2001, na ONU, por meio de um comitê *ad hoc* responsável por seus termos, e foi finalizada em 2006, após 8 sessões de trabalho. O resultado alcançado é fruto da dialética de considerações e harmonizações de diferentes contextos, sistemas jurídicos e culturas dos 192 países que fizeram parte de sua construção, e do envolvimento do movimento internacional de pessoas com deficiência e de especialistas em direitos humanos e inclusão, constituindo-se no primeiro tratado de direitos humanos do século XXI, que traz o acúmulo de todos os demais e o avanço temático específico a que se propôs. É, portanto, um patamar jurídico relevante a ser observado pelos países que aderiram a seus termos.

O Brasil foi um país protagonista na elaboração do tratado que contribuiu com muitos exemplos concretos sobre inclusão plena e efetiva como política pública e garantia de direitos. Tanto representantes da sociedade civil quanto do governo levaram as Nações Unidas propostas que passaram a fazer parte do tratado. Quando aberto para assinaturas, em março de 2007, o Brasil fez parte do grupo dos primeiros países que assinaram, em cerimônia solene, tanto a Convenção, quanto o Protocolo Facultativo que foi negociado em conjunto, sem ressalvas. O processo de ratificação nacional iniciou-se logo em seguida no Congresso Nacional, para confirmação da validade do tratado no nosso território.

Ratificada após a Emenda Constitucional nº 45/2004[3], que estabeleceu um quórum de aprovação específico para a equivalência constitucional - o que foi cumprido - a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU tem *status* de norma constitucional no Brasil.

O Governo brasileiro depositou o instrumento de ratificação da Convenção e do seu Protocolo Facultativo nas Nações Unidas em 1º de agosto de 2008. Esses atos internacionais entraram em vigor para o Brasil, no plano jurídico externo, em 31 de agosto de 2008. O Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, completou este ciclo com a promulgação do ato pelo Poder Executivo após confirmação do Poder Legislativo feita pelo Decreto Legislativo nº 186/2008 no ano anterior.

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU passou então a ser parâmetro de validade das normas no Brasil, sendo o novo paradigma jurídico que orienta todo e qualquer normativo em relação às pessoas com deficiência.

Antes de adentrar no tema da educação inclusiva em si, é importante destacar a mudança de olhar sobre as pessoas com deficiência, representada pelo próprio conceito positivado na Convenção da ONU. Diz-se dessa mudança que passamos do modelo médico para o modelo social de direitos humanos, ou seja, deixamos de enxergar as pessoas com deficiência como pessoas com problemas de saúde a serem curadas para olhar para a pessoa como um todo que, a despeito de ter uma limitação funcional, só tem a sua deficiência confirmada por conta do ambiente que obstaculariza a sua plena inclusão. Por esta nova visão, cristalizada hoje na Constituição Federal do Brasil, a deficiência é resultado de uma equação entre a limitação funcional do indivíduo e o ambiente em que ele está inserido[4], não sendo mais a pessoa com deficiência definida exclusivamente com base em diagnóstico médico, dissociado do contexto. Essa nova diretriz é fundamental para melhor análise do caso em tela.

Isto porque, ao incluir o ambiente como parte da equação que define a deficiência, a norma reconhece a enorme importância de que sejam adotadas medidas positivas para a superação das barreiras e das desigualdades resultantes da limitação funcional do indivíduo. Significa dizer que para promover a inclusão, na perspectiva da igualdade e do reconhecimento do direito à diferença, deve-se promover a acessibilidade e eliminar ou reduzir as barreiras que impedem a plena inclusão das pessoas com deficiência, independentemente da sua limitação pessoal.

---

[3] Conforme procedimento incorporado pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004: CF, Art. 5 (...) §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.

[4] CDPD. Artigo 1. Propósito. (...) Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.

O direito à educação não pode ser interpretado de forma dissociada do direito à igualdade de todos (perante e na lei), o que requer sua compreensão à luz da diversidade humana. Conforme já registramos outrora:

> "*Pensar em igualdade à luz da diversidade humana exige (re)conhecer a existência de indivíduos, de coletivos e suas interrelações, tendo em vista as especificidades de cada um. (...) exige empreender esforços para que todas as pessoas sejam respeitadas em suas peculiaridades e tenham acesso a meios que lhe permitam o pleno exercício de seus direitos fundamentais".* [5]

Quando estamos falando do direito à educação inclusiva, que passou a ter caráter constitucional no nosso país, estamos diante de um direito antes já garantido – que era o direito à educação – mas que ganha um contorno adicional que não pode ser desprezado: o direito à educação deve ser garantido de forma inclusiva. **É o que diz de forma clara e objetiva o artigo 24 da CDPD:**

> "Artigo 24. Educação.
> 1.Os Estados Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência à educação. Para efetivar esse direito sem discriminação e com base na igualdade de oportunidades, **os Estados Partes assegurarão sistema educacional inclusivo em todos os níveis, bem como o aprendizado ao longo de toda a vida,** com os seguintes objetivos:
> a) O pleno desenvolvimento do potencial humano e do senso de dignidade e auto-estima, além do fortalecimento do respeito pelos direitos humanos, pelas liberdades fundamentais e pela diversidade humana;
> b) O máximo desenvolvimento possível da personalidade e dos talentos e da criatividade das pessoas com deficiência, assim como de suas habilidades físicas e intelectuais;
> c) A participação efetiva das pessoas com deficiência em uma sociedade livre.
> 2.Para a realização desse direito, os Estados Partes assegurarão que:
> a) **As pessoas com deficiência não sejam excluídas do sistema educacional geral sob alegação de deficiência e que as crianças com deficiência não sejam excluídas do ensino primário gratuito e compulsório ou do ensino secundário, sob alegação de deficiência**;
> b) **As pessoas com deficiência possam ter acesso ao ensino primário inclusivo, de qualidade e gratuito, e ao ensino secundário, em igualdade de condições com as demais pessoas na comunidade em que vivem**;
> c**) Adaptações razoáveis de acordo com as necessidades individuais sejam providenciadas**;

[5] REICHER, Stella C. Diversidade humana e assimetrias: uma releitura do contrato social sob a ótica das capacidades. Revista SUR, v. 8, n. 14, jun. 2011, p. 173. Disponível em https://www.sur.conectas.org/wp-content/uploads/2017/11/sur14-port-daniel-vazquez-e-domitille-delaplace.pdf. Acesso em 10.10.2020.

> d) As pessoas com deficiência recebam o apoio necessário, **no âmbito do sistema educacional geral,** com vistas a facilitar sua efetiva educação;
> e) **Medidas de apoio individualizadas e efetivas sejam adotadas em ambientes que maximizem o desenvolvimento acadêmico e social, de acordo com a meta de inclusão plena" (grifos nossos)**.

Como já tivemos oportunidade de escrever sobre a Convenção:

> "o artigo 24, que trata da educação, é um dos mais emblemáticos que simboliza a mudança de paradigma do modelo médico para o modelo social, tão buscada pelas delegações dos Estados e pela sociedade civil, reforçando a ideia de que o sistema educacional deve ser inclusivo por princípio, sendo reservado à escola especial um papel residual complementar não-excludente"[6].

Ou seja, se por princípio temos que buscar a inclusão, a regra geral é que todos os investimentos e esforços de recursos financeiros, humanos e de gestão de política pública devem ser no sentido de garantir a educação inclusiva no sistema educacional regular. O atendimento educacional especializado, enquanto forma de apoio à inclusão educacional plena, não deve substituir a escola regular que é onde a educação inclusiva acontece. Este compromisso vem sendo cada vez mais reforçado como se verá adiante[7].

Importante registrar, que mesmo antes da Convenção da ONU, o Brasil já havia se comprometido no cenário internacional com outras declarações[8] e tratados, tanto no sistema internacional[9] quanto no sistema regional[10] de direitos humanos, que versam sobre direitos

---

[6] LOPES, Laís Vanessa Carvalho de Figueirêdo. Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, seu Protocolo Facultativo e a Acessibilidade. 2009. 229 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009. p. 111. Disponível em https://tede2.pucsp.br/handle/handle/8653 Acesso em 10. 10.2020.

[7] A Declaração de Incheon (2015) reconheceu que a "educação é um bem público, um direito humano fundamental e a base que garante a efetivação de outros direitos". A Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas (ONU), que previu 17 objetivos de desenvolvimento sustentável, o que envolve "(...) fornecer educação inclusiva e eqüitativa de qualidade em todos os níveis - educação infantil, fundamental, médio, superior, técnico e profissionalizante" (item 25) e "construir e melhorar as instalações de educação que são sensíveis à criança, à deficiência e ao gênero e fornecer ambientes de aprendizagem seguros, não violentos, inclusivos e eficazes para todos". (objetivo 4.a). Nações Unidas. A/70/L.1. Assembleia Geral. Transformando nosso mundo: Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável. pp. 6 e 17. Disponível em: https://undocs.org/en/A/70/L.1. Acesso em 10.10.2020.

[8] A Declaração de Salamanca (1994), fruto da Conferência Mundial sobre Necessidades Educativas Especiais, ocorrida em Salamanca, na Espanha, entre 7 e 10 de Junho de 1994, endereçou princípios, política e práticas na área da educação, tratando da diversidade e do direito de crianças com "necessidades educativas especiais" terem acesso às escolas regulares, já que "escolas regulares, seguindo esta orientação inclusiva, constituem os meios mais capazes para combater as atitudes discriminatórias, criando comunidades abertas e solidárias, construindo uma sociedade inclusiva e atingindo a educação para todos; além disso, proporcionam uma educação adequada à maioria das crianças e promovem a eficiência, numa ótima relação custo-qualidade, de todo o sistema educativo". Disponível em: http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001393/139394por.pdf Acesso em 08.10.2020.

[9] A Convenção sobre os Direitos da Criança (1990), promulgada pelo Decreto nº 99.170, de 21 de novembro de 1990, reconheceu "(...) o direito da criança à educação, a fim de que ela possa exercer progressivamente e em igualdade de condições esse direito" (art. 28) e que a criança com deficiência "(...) deverá desfrutar de uma vida plena e decente em condições que garantam sua dignidade, favoreçam sua autonomia e facilitem sua participação ativa na comunidade." (art. 23) Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm . Acesso em 08.10.2020

[10] Na OEA, a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência ou Convenção da Guatemala (1999), promulgada pelo Decreto nº 3.956, de 8 de outubro de2001, reconhece às pessoas com deficiência "os mesmos direitos humanos e liberdades fundamentais que outras pessoas e que estes direitos, inclusive o direito de não ser submetidas a discriminação com base na deficiência, emanam da dignidade e da igualdade que são

humanos em geral e sobre o direito à educação inclusiva em específico, a exemplo da Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência da OEA ou Convenção da Guatemala (1999), que já trazia a ideia da equação do modelo social de direitos humanos e o conceito da discriminação em relação as pessoas com deficiência:

> "Artigo I. Para os efeitos desta Convenção, entende-se por:
> 1. Deficiência
> O termo "deficiência" significa uma restrição física, mental ou sensorial, de natureza permanente ou transitória, que limita a capacidade de exercer uma ou mais atividades essenciais da vida diária, **causada ou agravada pelo ambiente econômico e social.**
> 2. Discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência
> a) o termo "discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência" **significa toda diferenciação, exclusão ou restrição baseada em deficiência, antecedente de deficiência, conseqüência de deficiência anterior ou percepção de deficiência presente ou passada, que tenha o efeito ou propósito de impedir ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício por parte das pessoas portadoras de deficiência de seus direitos humanos e suas liberdades fundamentais" (grifos nossos).**

No âmbito nacional, o arcabouço normativo que alicerça a educação inclusiva foi construído ao longo das últimas décadas, desde a Constituição Federal de 1988, e mais ainda 20 anos depois, impulsionado pela nova perspectiva da educação inclusiva a partir da ratificação da Convenção em 2008.

Nesse processo de afirmação do direito à educação inclusiva, transformações ocorreram, sempre no mesmo sentido de avançar para atingir a inclusão plena e efetiva. Confirmou-se o reconhecimento universal do direito à educação inclusiva e mudou-se a perspectiva de *integração* dos educandos com "necessidades especiais" para a *inclusão* dos educandos com deficiência. Não se trata de mera mudança de terminologia. O conceito também é diferente.

O Comitê de Monitoramento da ONU sobre a CDPD no Comentário Geral nº 4 que trata sobre o direito à educação inclusiva – como veremos adiante - ressalta a importância de reconhecer as diferenças entre exclusão, segregação, integração e inclusão, conforme segue:

> "*Exclusão* ocorre quando os estudantes estão direta ou indiretamente *impedidos ou tem negado o acesso à educação em qualquer forma*. A *segregação* ocorre quando a educação de estudantes com deficiência é *oferecida em ambientes separados*, concebidos ou usados para atender a

inerentes a todo ser humano". Também ratificamos essa Convenção. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/d3956.htm Acesso em 08.10.2020

> uma determinada ou várias deficiências, isolados de estudantes sem deficiência. A *integração* é um processo de inserção de pessoas com deficiência em instituições de ensino tradicionais existentes, desde que elas *possam se ajustar aos padrões estabelecidos de tais instituições*. *Inclusão* envolve um *processo de reforma sistemática, incorporando alterações e modificações no conteúdo, métodos de ensino, abordagens, estruturas e estratégias em matéria de educação, para superar as barreiras com uma visão que serve para fornecer a todos os estudantes da faixa etária relevante uma experiência e ambiente de aprendizagem igualitários e participativos, que melhor correspondam às suas necessidades e preferências*. Colocar os estudantes com deficiência no ensino regular sem as mudanças estruturais necessárias – por exemplo, organização, currículo e estratégias de ensino e aprendizagem – não constitui inclusão. Além disso, a integração não garante automaticamente a transição da segregação para a inclusão".

Em publicação acerca da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU, explica ROMEU SASSAKI sobre o artigo 24 essa diferença entre inclusão e integração:

> "a *inclusão* escolar é o processo de adequação da escola para que todos os alunos possam receber uma educação de qualidade, cada um a partir da realidade com que ele chega à escola, independentemente de raça, etnia, gênero, situação socioeconômica, deficiências, etc. É a escola que deve ser capaz de acolher todo tipo de aluno e de lhe oferecer uma educação de qualidade, ou seja, respostas educativas compatíveis com as suas habilidades, necessidades e expectativas. Por sua vez, a *integração* escolar é o processo tradicional de adequação do aluno às estruturas físicas, administrativa, curricular, pedagógica e política da escola. A integração trabalha com o pressuposto de que todos os alunos precisam ser capazes de aprender no nível pré-estabelecido pelo sistema de ensino. No caso de alunos com deficiência (intelectual, auditiva, visual, física ou múltipla), a escola comum condicionava a matrícula a uma certa prontidão que somente as escolas especiais (e, em alguns casos, as classes especiais) conseguiriam produzir".[11]

Os conceitos positivados na hermenêutica jurídica demandam a atualização da interpretação do ordenamento, não podendo ser deturpados ou reinterpretados à medida da conveniência dos governantes. Inclusão é mais do que integração e, por óbvio, do que segregação que é considerada exclusão.

A Constituição Federal de 1988, desde sua promulgação, já trazia o direito à educação inclusiva em todos os níveis com base no princípio de igualdade de oportunidades, reconhecendo que o dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia "de

[11] SASSAKI, Romeu Kazumi. Artigo 24. Educação. In RESENDE, Ana Paula Crosara; VITAL, Flavia Maria de Paiva. A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência – Versão Comentada. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, 2008. P. 101.

atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, *preferencialmente* na rede regular de ensino" (CF, art. 208, III).

A Convenção veio depois desse texto existente e foi recepcionada com valor de norma constitucional, pois os direitos e as garantias previstos na Constituição Federal "não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte" (CF, art. 5º, §2º).

Assim, uma interpretação conforme a Constituição deve levar em conta o texto da Convenção, que determina a ideia de que todos têm o direito de estar juntos na escola, sendo dever do Estado Brasileiro a oferta de um "sistema educacional inclusivo em todos os níveis, bem como o aprendizado ao longo de toda a vida", como diz o artigo 24 da CDPD. O mesmo texto da Convenção proíbe que as crianças sejam excluídas do sistema regular por serem crianças com deficiência e reconhece a necessidade de medidas de apoio, sempre com a meta de inclusão e nunca de segregação.

O Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - é anterior a Convenção e já reafirmava o texto constitucional do dever do Estado com a educação inclusiva, trazendo a mesma expressão da época sobre o atendimento educacional especializado *preferencialmente* na rede regular de ensino para crianças e adolescentes com deficiência, além de reconhecer o ensino obrigatório e gratuito como direito público subjetivo (art. 54, III e § 1º)[12].

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB) - Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996 - não fez diferente em relação ao respeito e conexão com o texto constitucional. Dispôs sobre a educação especial como modalidade de educação escolar, a ser ofertada de forma transversal e na rede regular de ensino.

Assim sendo, mesmo que o texto constitucional de 1998 e as leis editadas na década seguinte – ECA e LDB – trouxessem a ideia do "*preferencialmente* na rede regular de ensino", esse entendimento vem sendo atualizado por normativos posteriores, a partir da chegada da Convenção, e traduzido nos documentos e normativos infralegais, a exemplo do Decreto nº 7.611, de 17 de novembro de 2011 que trata do Atendimento Educacional Especializado (AEE), e que reafirma o dever do Estado de garantir "(...) um sistema educacional inclusivo em todos os níveis, sem discriminação e com base na igualdade de oportunidades". Diga-se, de

[12] Art. 54. É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente: I - ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria; II - progressiva extensão da obrigatoriedade e gratuidade ao ensino médio; III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino; IV – atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a cinco anos de idade; V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um; VI - oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do adolescente trabalhador; VII - atendimento no ensino fundamental, através de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde. § 1º O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo. § 2º O não oferecimento do ensino obrigatório pelo poder público ou sua oferta irregular importa responsabilidade da autoridade competente. § 3º Compete ao poder público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsável, pela freqüência à escola. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em 10.10.2020.

passagem, que este não foi expressamente revogado pelo novo Decreto nº 10.502, de 30 de setembro de 2020.

Este mesmo Decreto nº 7.611/2011, foi o que alterou o Decreto nº 6.253/2007, que regulamentou a Lei nº 11.494/2007 que trata do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (FUNDEB), para incluir a *"*dupla matrícula dos estudantes da educação regular da rede pública que recebem atendimento educacional especializado", assim entendida como *"*o cômputo do estudante tanto na educação regular da rede pública, quanto no atendimento educacional especializado*"* (art. 9, e §1º), "oferecido pelos sistemas públicos de ensino ou por instituições comunitárias, confessionais ou filantrópicas sem fins lucrativos, com atuação exclusiva na educação especial, conveniadas com o Poder Executivo competente" (art. 9, § 2º). A educação inclusiva ganhou então um reforço financeiro para a plena inclusão dos alunos com deficiência.

Nessa mesma linha, a Política Nacional de Educação Especial na Perspectiva da Educação Inclusiva, de 2008, já trazia a ideia de que *"(...) na perspectiva da educação inclusiva, a educação especial passa a integrar a proposta pedagógica da escola regular, promovendo o atendimento aos estudantes com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades/superdotação."*[13]

O que se conclui é que todos os atos normativos já vinham sendo editados nesse sentido, de reconhecer a importância do atendimento educacional especializado como apoio à educação inclusiva, a ser ofertado na rede regular de ensino, e que excepcionalmente poderia ser feito fora da escola, mas nunca em substituição a ela. Reconhecendo que implementar e efetivar direitos requer recursos financeiros, humanos e tecnológicos, esta vindo sendo a linha de implementação progressiva do direito.

Mais recentemente, a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (também conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência ou LBI) - Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015, em vigor desde 2016 – corroborou ainda mais essa diretriz. Seu texto já vinha sendo elaborado antes mesmo da Convenção. Na medida em que o Brasil via os avanços propostos no tratado internacional, os principais atores envolvidos na sua redação acordaram aguardar a edição do tratado internacional para regulamentar e complementar seus termos em território nacional.

Com o intuito de atualizar as normas face o novo paradigma internacional, a LBI deixou claro que a inclusão educacional deve ser assegurada sem que custo adicional seja imputado à criança com deficiência ou à sua família. É dever do Estado, ao assegurar a educação

[13] Ministério da Educação. Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização, Diversidade e Inclusão (SECADI). Política Nacional de Educação Especial na Perspectiva da Educação Inclusiva, 2008, p.11. Disponível em http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=16690-politica-nacional-de-educacao-especial-na-perspectiva-da-educacao-inclusiva-05122014&Itemid=30192. Acesso em 10.10.2020.

inclusiva, ofertada pelo sistema público, ou por quem, complementarmente, oferece o serviço educacional por meio de pessoa jurídica de direito privado.

A positivação dos avanços incomodou a Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino e a levou, em 2015, a ingressar com uma ação direta de inconstitucionalidade (ADI 5357) no Supremo Tribunal Federal (STF) questionando o § 1º do artigo 28 e artigo 30, *caput*, da LBI. Esses dispositivos impuseram o dever de disponibilizar recursos necessários para a garantia da educação inclusiva, sem a obrigação de pagamento de custos adicionais pelos alunos com deficiência e em processos seletivos para ingresso e permanência em cursos oferecidos pelas instituições de ensino superior e de educação profissional e tecnológica.

O STF confirmou no julgamento da ADI o entendimento de que **a educação inclusiva é um direito indisponível dos cidadãos brasileiros e que deve ser garantido na sua integralidade, com todos os recursos de acessibilidade necessários. Ainda que uma organização privada o faça em complementariedade, deverá o fazer da mesma forma, ou seja, ofertando todos os apoios necessários, não podendo cobrar valores adicionais em razão da deficiência, sob pena de configurar discriminação.**

Como se vê, o marco legal da educação inclusiva no Brasil tem origem na Constituição Federal que recebeu reforços com a chegada da Convenção no Brasil. As práticas para efetivação e garantia do direito à educação inclusiva vêm sendo construídas e aprimoradas gradativamente desde então. A edição do Decreto nº 10.502/2020 vai na contramão de todos os esforços envidados no sentido da meta de inclusão plena prevista na nossa Carta Magna, sendo, portanto, inconstitucional. Antes de analisar o decreto em si, vejamos o percurso do monitoramento internacional pelo qual passou o tema na ONU.

2.2. Monitoramento Internacional do direito à educação inclusiva no Brasil

Com a ratificação da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU e seu Protocolo Facultativo, o Brasil assumiu um compromisso internacional em relação ao cumprimento dos direitos assegurados pelo tratado às pessoas com deficiência, e reconheceu a competência do órgão do sistema internacional de proteção de direitos humanos responsável por acompanhar e monitorar a implementação da Convenção, a saber, o Comitê da ONU de Monitoramento sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

Integrado por 18 peritos com deficiência, eleitos pelos Estados Partes observando-se a equidade de gênero, de distribuição geográfica, de representação de diferentes formas de civilização e dos principais sistemas jurídicos[14], além de acompanhar a implementação do

[14] Faz parte deste Comitê a Senadora Mara Gabrilli, mulher e pessoa com deficiência, que foi eleita para um mandato de 2019 a 2022, durante a 11ª Sessão da Conferência dos Estados Partes da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas

tratado, cabe ao Comitê de Monitoramento receber petições individuais denunciado violações de direitos e formular recomendações gerais.

O monitoramento ocorre por meio de alguns mecanismos, dentre os quais, a submissão de relatórios periódicos pelos Estados-Parte ao Comitê, descrevendo as medidas tomadas, os desafios e os avanços na execução das obrigações decorrentes do tratado[15]. O Comitê examina os relatórios, podendo, quando entender necessário, solicitar informações complementares ao Estado-Parte, para ao final do processo, fazer sugestões e recomendações gerais em relação à implementação da Convenção.

Dado que a Convenção reconhece de forma expressa a importância de que a sociedade civil, em especial, as pessoas com deficiência e suas organizações representativas, estejam envolvidas e participem ativamente do processo de monitoramento, nessa interface entre o Comitê de Monitoramento e os Estados-Parte há espaço para que a sociedade civil apresente ao órgão de monitoramento a sua perspectiva em relação à implementação dos direitos assegurados.

O primeiro relatório de monitoramento do Brasil[16] foi apresentado em 27 de maio de 2012, e sobre ele a sociedade civil e o Comitê se manifestaram. Organizações de pessoas com deficiência, buscando incidir no processo, submeteram ao Comitê em 16 de abril de 2015, sugestões de pontos a serem incluídos na lista de questões que o órgão pretendia fazer ao governo brasileiro sobre o relatório inicial apresentado pelo país, tendo ainda participado de reunião prévia com membros do Comitê para pautar as sugestões[17]. Em 24 de abril de 2015, o Comitê apresentou a lista de questões (*list of issues)*[18], que foram respondidas pelo Brasil em 29 de junho de 2015[19].

Nesse diálogo internacional[20], a Defensoria Pública da União e a Defensoria Pública do Estado de São Paulo submeteram em 31 de julho de 2015 um relatório sobre a

---

com Deficiência, quando ainda era deputada federal, sendo a primeira representante do Brasil na história. No dia 2 de outubro de 2020, ou seja, no dia seguinte à publicação do Decreto em análise, a Mara Gabrilli como Senadora agora apresentou PDL para sustar os efeitos do Decreto em referência. Disponível em https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/145033 Acesso em 10.10.2020.

[15] O relatório inicial deve ser apresentado em até 2 (dois) anos após a data que o país ratificou a Convenção (art. 35, 1). Após, os relatórios devem submetidos ao Comitê pelo menos a cada 4 (quatro) anos e em ocasiões que este for requisitado pelo Comitê (art. 35, 2). Havendo atraso pelo Estado Parte na submissão do relatório, o Comitê pode notificá-lo da necessidade da sua apresentação. Sendo o relatório não for apresentado em até 3 (três) meses após a notificação, o Comitê poderá examinar in loco a implementação da Convenção, no território (art. 36, 2), a partir de informações confiáveis que lhe forem disponibilizadas. O Estado Parte será convidado pelo Comitê para participar do exame.

[16] O Relatório Inicial do Brasil está disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/082/61/PDF/G1408261.pdf?OpenElement> Acesso em 07.10.2020.

[17] A Lista de Questões da Sociedade Civil está disponível em: < https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2fCRPD%2fICO%2fBRA%2f20172&Lang=en > Acesso em 07.10.2020.

[18] Lista de questões disponível em: < https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G15/103/77/PDF/G1510377.pdf?OpenElement> Acesso em 07.10.2020.

[19] A Resposta do Brasil à lista de questões do Comitê está disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G15/158/50/PDF/G1515850.pdf?OpenElement> Acesso em 07.10.2020.

[20] Em 27 de março de 2015, a Disability Council International, organização internacional sem fins lucrativos que atua na promoção dos direitos das pessoas com deficiência e acompanha as atividades do Comitê de Monitoramento, apresentou revisão

implementação dos artigos 9 (Acessibilidade) e 14 (Liberdade e segurança da pessoa) da Convenção[21] e, em 18 de agosto de 2015, um grupo de organizações de pessoas com deficiência[22] apresentou ao Comitê relatório com a sua visão sobre as ações realizadas pelo Estado Brasileiro para implementar a Convenção no país, a partir da perspectiva apresentada pelo governo brasileiro[23]. Em agosto de 2015 foi realizada em Genebra sessão do Comitê em que representantes do governo brasileiro e da sociedade civil estiveram presentes para discutir o relatório brasileiro e as ponderações apresentadas pela sociedade civil.

Como etapa final deste processo, em 04 de setembro de 2015 o Comitê emitiu observações conclusivas sobre o *status* da implementação da Convenção no Brasil[24], com recomendações voltadas ao governo brasileiro.

No ano seguinte, depois de analisar a situação em alguns países, o Comitê de Monitoramento editou o Comentário Geral nº 04[25], de 25 de novembro de 2016, que busca interpretar e elucidar o conteúdo do artigo 24 da Convenção, sobre o direito à educação. É uma espécie de jurisprudência administrativa do Comitê de Monitoramento da ONU que importa para a nossa análise do Decreto nº 10.502/2020.

Para sintetizar o processo de monitoramento da implementação da Convenção no Brasil com foco no direito à educação inclusiva, fizemos a linha do tempo abaixo com os documentos relevantes que serão analisados no presente parecer. Logo em seguida, detalhamos o conteúdo desses marcos temporais.

---

independente sobre o relatório inicial submetido pelo Brasil, que não tratou, todavia, sobre o direito à educação (artigo 24 da Convenção). Mais informações sobre a organização disponíveis em: <https://www.geneve-int.ch/disability-council-international-disabcouncil-1>. O Relatório da DisabCouncil está disponível em: < https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2fCRPD%2fICO%2fBRA%2f19942&Lang=en > Acesso em 07.10.2020.

[21] O Relatório Conjunto das Defensorias Públicas está disponível em : < https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2fCRPD%2fCSS%2fBRA%2f21307&Lang=en > Acesso em 07.10.2020.

[22] Abraça - Associação brasileira para ação por direitos das pessoas com autismo; FCD Brasil - Federação da Fraternidade Cristã de Pessoas com Deficiência; FBASD - Federação Brasileira das Associações de Síndrome de Down; Essas Mulheres; Instituto Baresi - Fórum nacional de pessoas com doenças raras; e RIADIS - Red Latinoamericana de Organizaciones de Personas com Discapacidad y sus Famílias.

[23] O Relatório da Sociedade Civil Brasileira está disponível em: <https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2fCRPD%2fCSS%2fBRA%2f21427&Lang=en > Acesso em 07.10.2020.

[24] O Relatório com Observações Conclusivas está disponível em: < https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G15/220/75/PDF/G1522075.pdf?OpenElement > Acesso em 07.10.2020.

[25] O Comentário Geral nº 04 está disponível em: < https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD/C/GC/4&Lang=en > Acesso em 07.10.2020.

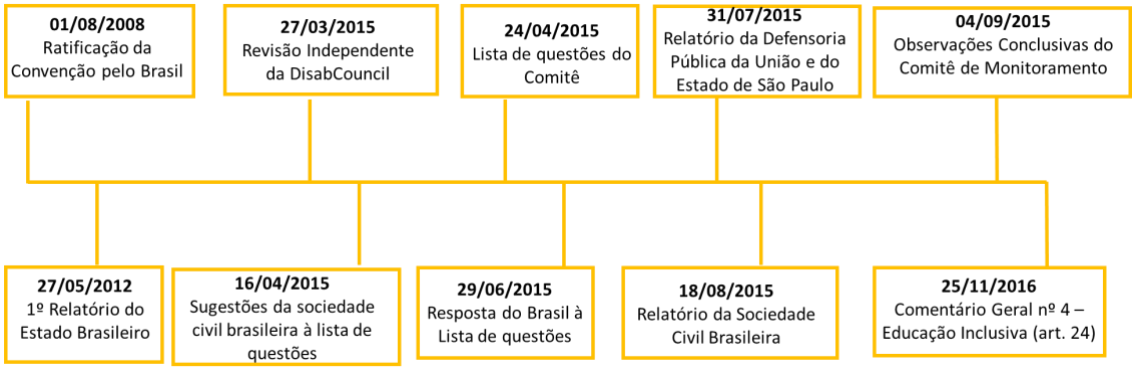


Imagem 1 – Linha do tempo: monitoramento internacional da implementação da Convenção no Brasil

2.2.1. 1º Relatório do Estado Brasileiro (27 de maio de 2012)

O Relatório do Brasil tratou das medidas adotadas pelo país no cumprimento das obrigações assumidas com a ratificação da Convenção. Em relação à educação inclusiva, o relatório afirma que o "*direito à educação para todas as pessoas é reconhecido pelo Estado Brasileiro, que busca ofertar um sistema educacional inclusivo em todos os níveis com base nos princípios de igualdade oportunidade, conforme artigos 205, 206 e 208 da Constituição Federal, especialmente esse último que, em seu inciso III, dispõe que o dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino*".

Reconhece o Estado Brasileiro que as medidas normativas e as políticas públicas criadas levaram a avanços na educação regular e na organização do sistema escolar[26].Como mencionado no relatório, o Censo Escolar de 2009 demonstrou que a matrícula de alunos alvo da educação especial na pré-escola ficou em 74.779, revelando uma diferença em relação com outros níveis educacionais, já que a matrícula não é compulsória nesse estágio, como é para crianças de 4 a 17 anos. Visando eliminar essa diferença, as seguintes ações foram tomadas:

(i) Expansão do financiamento pelo Fundo Nacional para o Desenvolvimento da Educação Básica e Valorização do Magistério (FUNDEB), que antes era restrito para educação primária, pré-escolar, secundária e educação de jovens e adultos;

(ii) Edição do Decreto nº 6.571/2008, que confere recursos dobrados do FUNDEB para alunos alvo da educação especial;

[26] Consta ainda do relatório oficial do Brasil que, de acordo com o Censo Escolar do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais, em 2006 os estudantes alvo da educação especial que estavam inscritos em classes regulares no sistema escolar representavam 46,4% do total, enquanto, em 2009, eles correspondiam a 60,5%. Do número total dos estudantes com deficiência no sistema educacional pré-escolar, 10.864 meninos (56,9%) e 8.216 meninas (43,1%) com deficiência estavam inscritos em creches e estavam matriculados em pré-escolas 32.835 meninos (59%) e 55.699 meninas (41%) com deficiência.

(iii) Edição da Emenda Constitucional nº 59/2009, que tornou obrigatória a educação para todas as crianças de 4 a 17 anos até 2006, garantindo o acesso legal, gratuito e compulsório na educação pré-escolar;

(iv) Edição da Política Nacional de Educação Especial na Perspectiva da Educação Inclusiva; e

(v) Edição da Resolução do Conselho Nacional de Educação nº 04/2009[27].

Relata ainda o desenvolvimento do Programa de Implantação de Salas de Recursos Multifuncionais pela Secretaria de Educação Especial do Ministério da Educação, que através de equipamento eletrônico, livros didáticos, mobília acessível, materiais pedagógicos e recursos acessíveis possibilitavam a participação dos estudantes na escola regular[28].

Em relação às medidas para garantir que profissionais do sistema escolar recebam treinamento adequado em relação ao tema da deficiência, e para integrar pessoas com deficiência na equipe escolar, o Ministério da Educação efetivou ações contínuas de formação de educadores e gestores no processo de desenvolvimento e implementação do sistema educacional inclusivo nas escolas públicas.

Quanto a adaptações e outras medidas para assegurar o acesso à educação para a vida, iniciativa para dar suporte aos alunos com deficiência foi desenvolvida dentro da estrutura do Atendimento Educacional Especializado, por meio do qual estratégias de ensino e recursos de acessibilidade necessários para prover a educação especial são determinados. Incluem-se atividades e a coordenação com os professores em sala de aula regular, baseadas na avaliação das habilidades e necessidades do estudante. Essas medidas foram direcionadas a todos os níveis, estágios e métodos educacionais.

É possível perceber, pela síntese aqui colocada acerca da implementação do artigo 24 da Convenção, que o Estado Brasileiro vinha envidando esforços para promover o exercício do direito à educação inclusiva no país.

2.2.2. Lista de questões da Sociedade Civil Brasileira (16 de abril de 2015)

Apontam as organizações da sociedade civil que desde a adoção da Política Nacional de Educação Especial na Perspectiva da Educação Inclusiva, em 2008, o Brasil avançou muito na garantia do acesso das crianças com deficiência a educação regular. Contudo, tanto a Meta

[27] Disponível em http://portal.mec.gov.br/dmdocuments/rceb004_09.pdf Acesso em 12.10.2020.

[28] Menciona o relatório que em 2010, 24.301 foram entregues, chegando ao total de 42% do público total das escolas públicas que possuem alunos alvo da educação especial distribuídos através de 83% de todos os municípios brasileiros. Em 2011, foram implantadas outras iniciativas no contexto do Plano Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência, como o estabelecimento de 17.000 salas de recursos multifuncionais e a contratação de 648 educadores e 648 intérpretes de LIBRAS para garantir a acessibilidade para deficientes auditivos em estabelecimentos federais de educação.

4 da Política Nacional de Educação, instituída pela Lei nº 13.005/2014, com vigência decenal até 2024, quanto o Decreto nº 7.611/2011, que dispõe sobre a educação especial e o atendimento educacional especializado, foram considerados insuficientes pela sociedade civil organizada para a plena efetivação do direito à educação inclusiva. Ainda que o processo de acesso às escolas regulares públicas seja reconhecido, ainda são desafios as acomodações razoáveis e o suporte profissional no ambiente escolar.

Dizem que o Governo brasileiro ainda não fora capaz de executar a sua função de supervisionar as escolas privadas, que continuam tendo condutas discriminatórias em relação às crianças com deficiência por meio da negação da sua matrícula ou da cobrança de taxas adicionais para aceitá-las.

Nesse sentido, foram colocadas as seguintes questões:

1) O que, em termos de legislação e políticas, tem sido feito pelo governo brasileiro para garantir o acesso de crianças e adolescentes a uma educação inclusiva, de acordo com o artigo 23 da Convenção sobre os Direitos da Criança e artigo 24 da Convenção, incluindo acomodações razoáveis, como, por exemplo, assistentes pessoais para suportar jovens com deficiência no ambiente escolar, tecnologia assistiva, equipamentos alternativos de comunicação, acessibilidade física, materiais em formatos acessíveis, dentre outros?

2) Qual é o impacto esperado do corte de 7 bilhões de reais do orçamento federal destinado para as políticas de educação inclusiva?

3) O que vem sendo feito para prevenir a exclusão e a discriminação das crianças com deficiência feitas pelas escolas privadas através de, por exemplo, negação de matrícula ou cobrança de taxas adicionais?

4) É sabido que crianças pequenas com deficiência em idade para frequentar a educação infantil têm ficado de fora das escolas regulares ou vem frequentando escolas especiais segregadas. Que medidas ou programas vem sendo planejados para garantir a inclusão de crianças com deficiência na educação infantil e para transferir alunos de escolas especiais para escolas regulares em um sistema inclusivo?

2.2.3. Lista de questões do Comitê (24 de abril de 2015)

As perguntas apresentadas pela sociedade civil e o encontro em que pautaram os temas para integrantes do Comitê influenciaram a lista de questões do órgão direcionadas ao Estado Brasileiro sobre a implementação do artigo 24 da Convenção, cujas formulações oficiais foram as seguintes:

1) Por favor, forneça estatísticas do número de crianças com deficiência que estão atualmente excluídas do sistema educacional do Estado Parte e informe o Comitê das acomodações razoáveis e medidas de suporte para estudantes com deficiência em todos os níveis do sistema de educação regular.

2) Por favor, indique se as crianças têm o direito subjetivo a uma educação inclusiva e se educação segregada involuntária é considerada uma forma de discriminação.

2.2.4. Resposta do Brasil à Lista de Questões do Comitê (26 de junho de 2015)[29]

Em relação a pergunta nº 1, o Brasil afirmou que na área da educação esforços tem sido feitos para que as crianças e adolescentes com deficiência frequentem as escolas regulares ao invés das escolas especiais, o que se tornou possível graças a um sistema educacional que é inclusivo em todos os níveis, mencionando os seguintes instrumentos que regulavam a educação inclusiva:

(I) Política Nacional de Educação Especial na Perspectiva da Educação Inclusiva, que conceitua a educação especial como uma modalidade de ensino que perpassa todos os níveis, etapas e modalidades, realiza o atendimento educacional especializado, disponibiliza os recursos e serviços e orienta quanto a sua utilização no processo de ensino e aprendizagem nas turmas comuns do ensino regular;

(II) Decreto nº 6.571/2008, que foi substituído pelo Decreto nº 7.611/2011 e regulamenta a educação especial e o atendimento educacional especializado;

(III) Resolução do Conselho Nacional de Educação nº 04/2009, que regulamentou o atendimento educacional especializado como um componente suplementar da educação regular e parte do projeto pedagógico das escolas;

[29] Disponível em: https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G15/158/51/PDF/G1515851.pdf?OpenElement. Acesso em 23.10.2020.

(IV) Decreto nº 7.084/2010[30], que dispõe sobre materiais de ensino e a adoção de mecanismos para garantir a acessibilidade para estudantes e professores com deficiência no sistema escolar do Estado;

(V) P*rograma Benefício de Prestação Continuada na Escola*, uma medida interministerial que monitora a situação de crianças com deficiência de baixa renda de 0 a 18 anos e possibilita que eles se matriculem e frequentem a escola.

Informou ainda que, como forma de implementar as referidas medidas, há o *Programa de Educação Inclusiva: Direito à Diversidade*[31], que objetiva apoiar a formação de gestores e educadores, a fim de transformar os sistemas educacionais em sistemas educacionais inclusivos. Indica as seguintes ações: (i) realizar Seminário Nacional de Formação dos coordenadores municipais e dirigentes estaduais, (ii) prestar apoio técnico e financeiro e orientar a organização da formação de gestores e educadores dos municípios polos e de abrangência; e (iii) disponibilizar referenciais pedagógicos para a formação regional. Além disso, o *Programa Dinheiro Direto na Escola*, que alocou 304,6 milhões de reais entre 2008 e 2012 para adaptar prédios de 32.800 de escolas por todo o país para torná-las acessíveis para pessoas com deficiência.

O Brasil relatou que essas medidas ajudaram a aumentar o acesso à educação regular e a reestruturar o sistema das escolas públicas.[32] Ainda que não haja estatísticas em relação ao número de crianças em idade escolar com deficiência fora da escola, o que permitiria responder à pergunta realizada, a taxa de inclusão para a educação infantil aumentou de 21% em 2007 para 70% em 2012. Em 2012, tinham 470.000 crianças recebendo o Benefício de Prestação Continuada.

Em relação a pergunta nº 2, o Brasil reconheceu que o Ministério da Educação deve cumprir com o artigo 24 da Convenção. O direito a educação só pode ser garantido em um sistema educacional inclusivo. O Ministério considera que os serviços providos para as pessoas com deficiência por organizações da sociedade civil são complementares aos oferecidos no sistema regular de educação.

No que diz respeito à segregação educacional involuntária, disse que adicionalmente às possíveis sanções criminais, visto que a discriminação contra pessoas com deficiência é um

[30] Este Decreto foi revogado pelo Decreto nº 9.099/2017, que dispõe sobre o Programa Nacional do Livro e do Material Didático. Diz o art. 25 que "o Ministério da Educação adotará mecanismos para promoção da acessibilidade no PNLD, destinados aos estudantes e aos professores com deficiência" e seu parágrafo único, que "os editais do PNLD deverão prever as obrigações para os participantes relativas aos formatos acessíveis". Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Decreto/D9099.htm#art29>. Acesso: 08.10.20.

[31] Mais informações disponíveis em: <http://portal.mec.gov.br/par/194-secretarias-112877938/secad-educacao-continuada-223369541/17434-programa-educacao-inclusiva-direito-a-diversidade-novo>. Acesso em 08.10.20.

[32] Em 2008, conforme relatou o goveno brasileiro ao Comitê, havia 375.775 estudantes com deficiência frequentando as escolas regulares. Esse número cresceu para 620.777 estudantes em 2012, um aumento de 60%. O número de crianças com deficiência na educação infantil refletiu o aumento no número de matrículas dessas crianças em escolas regulares. Como resultado, o número de crianças em escolas especiais caiu de 65.694 em 2008 para 18.652 em 2012.

crime com sanção de 1 a 3 anos de prisão, o artigo 7º da Lei nº 12.764/2012 prevê uma multa de 3 a 20 salários-mínimos como punição para o gestor escolar, ou autoridade competente, que recusar a matrícula de aluno com transtorno do espectro autista, ou qualquer outro tipo de deficiência.

O Decreto nº 8.368/2014, norma regulamentadora da referida Lei, determina ao Ministério da Educação a aplicação da referida multa no âmbito dos estabelecimentos de ensino a ele vinculados e das instituições de educação superior privadas, observado o procedimento previsto na Lei nº 9.784/1999. (art. 5º, parágrafo 1º). O mesmo Decreto determina ainda que o órgão público federal que tomar conhecimento da recusa de matrícula de pessoas com deficiência em instituições de ensino vinculadas aos sistemas de ensino estadual, distrital ou municipal deverá comunicar a recusa aos órgãos competentes pelos respectivos sistemas de ensino e ao Ministério Público. (art. 7º)

Por fim, o Brasil dispõe que, levando em consideração os princípios do sistema nacional de educação como aplicáveis de forma cooperativa e colaborativa pelas autoridades federais, as autoridades credenciadoras das instituições educacionais são responsáveis pela aplicação de procedimento administrativo com objetivo de investigar a conduta prevista no artigo 7º da Lei nº 12.764/2012.

2.2.5. Relatório da Sociedade Civil Brasileira (18 de agosto de 2015)[33]

Sobre a educação inclusiva, o Relatório da Sociedade Civil Brasileira destacou que, desde a adoção da Política Nacional de Educação Especial na Perspectiva da Educação Inclusiva em 2008, o Brasil vem expandindo o acesso das crianças com deficiência para a educação em geral, particularmente para a educação inclusiva. Todo ano, informações referentes ao acesso à educação mostram um aumento significativo no número de matrículas inclusivas e uma redução constante nas classes especiais segregadas.

Apontou o relatório que, com a Política Nacional de Educação Inclusiva, as regras operacionais do atendimento educacional especializado (AEE) foram determinadas, por meio do suporte das escolas regulares, ao invés da substituição da educação segregada para pessoas com deficiência. Isso remediou parcialmente a interpretação equivocada do artigo 208, III, da Constituição Federal, que estabelece o atendimento educacional especializado como direito a ser garantido *preferencialmente* na escola regular. Já denunciava então, desde essa época, que

[33] O relatório da sociedade civil foi organizado pelas seguintes organizações em ordem alfabética: Associação Brasileira para Ação por Direitos das Pessoas com Autismo (Abraça); Federação Brasileira das Associações de Síndrome de Down (FBASD); Fraternidade Cristã de Pessoas com Deficiência do Brasil (FCD); Inclusive, Inclusão e Cidadania; Instituto Baresi; Instituto MetaSocial; Movimento Down; Rede Brasileira do Movimento de Vida Independente (Rede MVI-Brasil) e RIADIS – Rede Latinoamericana de Organizaçãoes Não-Governamentais de Pessoas com Deficiência e suas Famílias. Disponível em: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2fCRPD%2fCSS%2fBRA%2f21427&Lang=en Acesso em 23.10.20.

o termo "preferencialmente" ainda estava sendo utilizado para justificar a exclusão das pessoas com deficiência na escola regular de diversas formas.

Informou ainda a sociedade civil que, de acordo com o Ministério da Educação, em 2007, 654.606 estudantes com deficiência estavam matriculados no Brasil, dos quais 54% (348.470) estavam em classes segregadas ou escolas especiais. Em 2014, 886.815 (79% do total) estudantes com deficiência estavam matriculados em classes regulares, enquanto 188.047 (21% do total) em escolas especiais. Como se vê, houve uma enorme melhoria, com mais estudantes com deficiência matriculados em escolas de ensino regular"[34].

Pontuou a importância de se reconhecer os avanços que vem junto com a Política Nacional de Educação Especial na Perspectiva da Educação Inclusiva, que foi construída para estar alinhada com a Convenção. Ela permite que mais crianças com deficiência estejam cobertas pela política pública de educação com substancial redução de estudantes em ambientes escolares segregados.

Apesar dos esforços realizados pelo Brasil, o relatório da sociedade civil mencionou que na grande maioria das escolas, o que vem sendo feito não cumpre com a educação inclusiva descrita na Convenção, sendo ainda mais difícil para as crianças com deficiência intelectual e autismo. Algumas salas multifuncionais têm sido instaladas nas escolas públicas, mas nem tudo vem sendo utilizado, há falta de alguns materiais e há escolas que não são acessíveis para todos os estudantes.

Nenhum monitoramento das escolas inclusivas ou avaliação do progresso dos estudantes vem sendo feita. A comunidade dos surdos está dividida entre escolas inclusivas e escolas bilíngues. Consta do relatório que algumas organizações de pessoas com deficiência têm sido envolvidas na reforma que permitiu uma educação mais inclusiva, criando políticas, treinando professores, mas que tiveram que lutar para que isso fosse possível.

Educação inclusiva não é uma disciplina obrigatória na faculdade de pedagogia ou no programa de formação para todos os professores – é restrita aos professores de educação inclusiva. Ainda não há números sobre a exclusão em geral. Com isso, as pessoas com

[34] Buscando números mais atuais, segundo o INEP, o Censo Escolar 2018 revela ainda mais avanços na medida em que: "o número de matrículas de alunos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e/ou altas habilidades/superdotação em classes comuns (incluídos) ou em classes especiais exclusivas chegou a 1,2 milhão em 2018, um aumento de 33,2% em relação a 2014. Esse aumento foi influenciado pelas matrículas de ensino médio que dobraram durante o período. Considerando apenas os alunos de 4 a 17 anos da educação especial, verifica-se que o percentual de matrículas de alunos incluídos em classe comum também vem aumentando gradativamente, passando de 87,1% em 2014 para 92,1% em 2018. Disponível em http://portal.inep.gov.br/artigo/-/asset_publisher/B4AQV9zFY7Bv/content/censo-escolar-2018-revela-crescimento-de-18-nas-matriculas-em-tempo-integral-no-ensino-medio/21206#:~:text=O%20n%C3%BAmero%20de%20matr%C3%ADculas%20de,2%25%20em%20rela%C3%A7%C3%A3o%20a%202014. Acesso em 23.10.2020.

deficiência que não participam de qualquer tipo de programa educacional permanecem invisíveis nas estatísticas.

Destaca o relatório que uma boa prática para tirar essas crianças e adolescentes da invisibilidade é o Programa do Benefício de Prestação Continuada na Escola. A partir de dados desse público com deficiência em famílias de baixa renda que recebem o referido benefício, agentes públicos passaram a buscar ativamente as crianças que estavam fora da escola, analisando a situação dessas famílias e provendo meios para que possam frequentar a escola.

Além disso, destaca que em 2013, o Brasil expandiu e fortaleceu o direito à educação na infância com a alteração da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional[35], garantindo educação compulsória a partir dos 4 anos de idade, desde a pré-escola, até os 17 anos, através da educação básica e do ensino médio. Antes a educação obrigatória só começava aos 7 anos de idade e não incluía a pré-escola[36].

O relatório traz dados interessantes em relação à inclusão em áreas rurais, apontando que dessas matrículas 90.545 (98%) são em um ambiente inclusivo, de acordo com o Ministério da Educação. Diz que a mesma porcentagem foi registrada para a educação da população indígena com 1.627 (98%) em classes regulares e 38 (2%) em classes especiais, e que estudantes quilombolas tiveram 3.864 matrículas em classes regulares, com o índice de 100% de inclusão. Destaca, todavia, que embora as informações mostrem as matrículas, não há informação disponível sobre as crianças que estão totalmente excluídas do acesso à escola.

Em vários estados brasileiros, a Política Nacional de Educação Inclusiva tem encontrado barreiras para avançar, a exemplo de São Paulo, Minas Gerais e Paraná, onde o sistema de educação segregado para crianças com deficiência ainda persiste, a partir do entendimento de que o atendimento educacional especializado pode funcionar como um substituto da educação inclusiva, especialmente por conta do poder político das escolas especiais e da falta de consciência das famílias sobre os benefícios da educação inclusiva. Segundo o relatório, como consequência disso, centenas de milhões de reais do orçamento governamental que poderiam ser investidos para qualificar a educação inclusiva são gastos com as chamadas escolas especiais.

[35] A Lei nº 12.796, de 4 de abril de 2013 alterou a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, para dispor sobre a formação dos profissionais da educação e dar outras providências.

[36] Contudo, os dados do Ministério da Educação da época, segundo o relatório, mostram que há muito menos crianças com deficiência assistidas. Em 2008, 93.297 estudantes com deficiência estavam matriculados no ensino infantil e, em 2014, somente 61.374, o que pode indicar uma falta de assistência do Estado para essas crianças. Além disso, 23% do total de matrículas de crianças com deficiência com até 5 anos no Brasil são feitas em escolas especiais segregadas, um número particularmente alto, considerando o impacto da exclusão no ensino infantil.

Segundo o relatório, a aprovação da Meta 4 da Política Nacional de Educação[37] tem enfraquecido a Política de Educação Inclusiva em favor da educação segregada das crianças com deficiência nas escolas especiais com base no termo "preferencialmente". O AEE é "suporte à inclusão" e não "substitutivo" a ela. Com base na referida Meta, muitos estados estão criando escolas segregadas ou permitindo que escolas que já começaram a trabalhar para prover suporte para a educação inclusiva, voltem a educação substituta nas escolas especializadas, competindo, assim, com a inclusão.

Ainda que seja notável o progresso real no acesso às escolas públicas regulares, diz o relatório que famílias de todo o Brasil vem reportando dificuldades em obter as acomodações razoáveis solicitadas, como suporte profissional no ambiente escolar, apesar das previsões legais nesse sentido. Ainda faltam materiais adaptados para o aprendizado e métodos avaliativos para medir o progresso dos alunos com deficiência.

Por outro lado, as escolas privadas ainda discriminam sistematicamente crianças com deficiência, negando a sua matrícula e cobrando taxas adicionais para aceitar alunos com deficiência. O Estado brasileiro não cumpre com o seu papel de supervisionar as escolas privadas em termos de inclusão e, apesar das Obrigações Gerais impostas pela Convenção, os Conselhos Estaduais de Educação ainda aprovam o funcionamento de escolas mesmo quando não possuem as condições mínimas de acessibilidade e deliberadamente discriminam crianças com deficiência.

A palavra "preferencialmente" na legislação referente a educação, quando descontextualizada dos propósitos da Convenção, se torna mais um motivo para negar o acesso à educação inclusiva para pessoas com deficiência. O artigo 8º da Lei nº 7.853/1989 proíbe a discriminação contra pessoas com deficiência no ambiente escolar. Embora a exclusão escolar seja uma realidade, não há dados claros que demonstrem condenações com base nessa legislação.

Em relação ao ensino superior, o relatório da sociedade civil aponta que o número de estudantes com deficiência aumentou expressivamente nos últimos anos, principalmente por conta de ações afirmativas, que reservam cotas em universidades para minorias, incluindo estudantes com deficiência, e de acesso a crédito para pagar as mensalidades das universidades particulares. No entanto, muitas universidades não têm estrutura física acessível

[37] A Meta 4 da Política Nacional de Educação possui a seguinte redação: "universalizar, para a população de 4 (quatro) a 17 (dezessete) anos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação, o acesso à educação básica e ao atendimento educacional especializado, preferencialmente na rede regular de ensino, com a garantia de sistema educacional inclusivo, de salas de recursos multifuncionais, classes, escolas ou serviços especializados, públicos ou conveniados".

nem fornecem materiais acessíveis de aprendizado ou acomodações razoáveis para os estudantes, que são deixados à própria sorte ou dependem da boa vontade de seus colegas.

A falta de consciência sobre os direitos das pessoas com deficiência faz com que todo progresso atingido até agora seja frágil e, em última instância, que os direitos das pessoas com deficiência não sejam garantidos. Nesse sentido, algumas famílias não reconhecem os direitos de suas crianças a uma educação inclusiva, e lutam politicamente contra a inclusão e as perspectivas da Convenção.

Ao final, a Sociedade Civil Brasileira fez as seguintes recomendações para garantir o pleno exercício do direito à educação inclusiva:

- **Tomar medidas para garantir a formação obrigatória de todos os professores** (além dos professores da educação especial) no ensino de crianças com deficiência e incluir a educação inclusiva como parte integrante dos currículos básicos de formação de professores nas universidades para garantir que os valores e princípios da educação inclusiva sejam difundidos no início da formação de professores e carreiras docentes. Incluir em todos os cursos de graduação, principalmente os relacionados à profissão de docência, disciplinas sobre direitos da pessoa com deficiência, acessibilidade, respeito à diferença etc;

- **Tomar medidas para garantir a acessibilidade física dos ambientes das escolas e universidades e fornecer acomodações razoáveis necessárias para os alunos aprenderem e progredirem**. Certificar-se de que os planos de educação individuais são elaborados para todos os alunos, bem como a disponibilidade de dispositivos de assistência, materiais educacionais acessíveis e o fornecimento de suporte em salas de aula. Incentivar o ensino da língua de sinais e da cultura surda, inclusive reforçando o nível de formação profissional da língua de sinais aos professores de todas as escolas. O treinamento deve ser criado e implementado em colaboração com organizações de pessoas surdas e conduzido por pessoas surdas que são nativas da Língua Brasileira de Sinais (LIBRAS);

- **Tomar as ações necessárias para garantir que a política de educação infantil seja integralmente inclusiva, promovendo o acesso, dando o suporte necessário, abordando ativamente as barreiras para crianças com deficiência, que atualmente se encontram em situação de exclusão, e fortalecendo o Programa Benefício de Prestação Continuada na Escola, para garantir que as crianças mais vulneráveis tenham meios para ir à escola**. Aprovar legislação determinando que todas as crianças com deficiência devem frequentar pré-escolas regulares, em vez de pré-escolas e escolas especiais, e que tenham prioridade de vagas. Educar as famílias sobre os benefícios e o direito à inclusão e envolver as famílias, a comunidade escolar e a sociedade em campanhas de promoção do direito à educação inclusiva;

- **Remover a referência a "preferencialmente" do artigo 208 da Constituição e outras legislações, a fim de garantir que esteja totalmente alinhado com o artigo 24 da Convenção, não permitindo qualquer interpretação equivocada sobre o direito das pessoas com deficiência à educação inclusiva;** e

- Abster-se de autorizar o funcionamento de escolas privadas sem padrões mínimos de acessibilidade ou que discriminem crianças com deficiência, de acordo com a Convenção e punir, de acordo com a legislação, a discriminação com base na deficiência, incluindo nisso a negação de acomodação razoável no ambiente escolar ou cobrança extra para o alojamento.

2.2.6. Relatório do Comitê com observações conclusivas (04 de setembro de 2015)

Em relação ao direito à educação inclusiva (artigo 24 da Convenção), na devolutiva ao Estado Brasileiro, o Comitê da ONU manifestou preocupação sobre a situação de crianças com deficiência que têm matrícula recusada em escolas, sobre a cobrança de taxas adicionais de alunos com deficiência e com a falta de acomodação razoável e ambientes escolares inclusivos no sistema regular de ensino.

Recomendou ao Brasil que fortaleça seus esforços, com alocações orçamentárias adequadas, para consolidar a inclusão no sistema educacional, que implemente mecanismo para proibir, monitorar e sancionar discriminação com base na deficiência em sistemas públicos e privados de ensino e para prover acomodações razoáveis e acessibilidade em todas as unidades educacionais.

O Comitê demandou que o país **submeta o segundo, terceiro e quarto relatórios periódicos até 1º de setembro de 2022**, incluindo informações acerca da implementação das observações conclusivas.

2.2.7. Comentário Geral nº 4 (25 de novembro de 2016)

Em 25 de novembro de 2016, após o processo de verificação do Brasil citado acima, o Comitê de Monitoramento da ONU editou o Comentário Geral nº 4[38], que trata do conteúdo normativo do direito à educação, expresso no artigo 24 da Convenção.

[38] Ao ratificar a Convenção, os Estados aceitam que o órgão de monitoramento do tratado desempenhará papel fundamental na interpretação dos direitos consagrados e, como vimos, no acompanhamento de sua correta implementação. É nesse sentido que vem o Comentário Geral nº 4 emitido pelo referido Comitê. Disponível em: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD/C/GC/4&Lang=en Acesso em 05.10.20.

Os Comentários Gerais do Comitê são interpretações autênticas, legítimas e autorizadas dos direitos humanos individuais ou da natureza jurídica das obrigações de direitos humanos consagradas na Convenção. Segundo STIG LANGVAD (membro do Comitê da Convenção de 2010 a 2018) e MARITE DECKER (Assessora de Direitos Humanos)[39], pretendem ser uma extensão e uma explicação dos direitos da Convenção, preenchendo os direitos abstratos com um significado detalhado[40].

Podem esclarecer conceitos, orientar sobre como colocar em prática o conteúdo de direitos humanos protegidos e servem de parâmetro para avaliar o progresso dos Estados-Parte em relação ao cumprimento de suas obrigações em nível nacional, regional e federal, como uma espécie de "jurisprudência administrativa". Nesse sentido, servem de argumento em ações judiciais ou reclamações, na medida em que seu conteúdo deve ser reconhecido pelos Estados-Parte como parte de suas obrigações decorrentes da Convenção.

O Comentário Geral nº 4, ao tratar da educação inclusiva, esclarece que o paradigma da inclusão envolve métodos, abordagens, estruturas e estratégias educativas para superar as barreiras com a visão de servir para prover todos os estudantes de idade relevante com uma experiência educativa justa e participativa e com um ambiente que melhor corresponde às suas necessidades e preferências. Isso é **o contrário da segregação, que ocorre quando a educação dos estudantes com deficiência é realizada em ambientes separados, projetados ou usados para responder a uma deficiência em particular ou a múltiplas deficiências de modo isolado dos estudantes sem deficiências.**

Com base no conceito de "pessoa por inteiro" como característica marcante da educação inclusiva, reconhece a capacidade de todas as pessoas de aprender, incluindo as que tem alguma deficiência, desde que providos suportes, acomodações razoáveis e intervenção precoce para que possam alcançar seu potencial total de aprendizado. Essa **abordagem tem por objetivo acabar com a segregação dentro do projeto educacional através da garantia do ensino inclusivo em sala de aula a partir de ambientes de aprendizagem acessíveis e com os suportes apropriados.**

Segundo o Comentário Geral nº 4, no planejamento de atividades de aprendizagem o foco deve ser nas capacidades e aspirações dos alunos, mais do que no conteúdo em si. Efetivar o direito à educação sem discriminação e com base na igualdade de oportunidades inclui, nessa perspectiva, o direito de não ser segregado e de poder acessar ambientes de

[39] Disponível em: https://enil.eu/news/the-purpose-and-use-of-un-treaty-body-general-comments/ Acesso em 08.10.2020.
[40] A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1965, promulgada no Brasil pelo Decreto nº 7.030/2009, já dizia que os tratados precisam de interpretação contextual contínua, como se depreende do texto a seguir, transcrição de seu artigo 31,1: *"Um tratado deve ser interpretado de boa-fé segundo o sentido comum atribuível aos termos do tratado em seu contexto e à luz de seu objetivo e finalidade."*

aprendizado acessíveis, suportes individuais e acomodações razoáveis – que devem ser oferecidos de forma gratuita em todos os níveis da educação obrigatória.

Para efetivar o artigo 24 a exclusão das pessoas com deficiência do sistema de educação básica deve ser proibida - isso inclui, portanto, vedação a previsões legislativas ou regulatórias que limitem a inclusão das pessoas com base no seu nível de deficiência. Cabe aos Estados-Parte, ao contrário, adotar medidas voltadas a modificar ou abolir leis, regulamentações, costumes e práticas que constituam discriminação contra as pessoas com deficiência e que estejam violando o conteúdo normativo do artigo 24 da Convenção.

Em relação ao dever dos Estados-Parte de adotar medidas, dentro do máximo dos recursos disponíveis, para atingir progressivamente a plena realização de direitos econômicos, sociais e culturais, inclusive por meio de cooperação internacional (art. 4, §2), destaca o Comentário Geral que **essa realização progressiva** deve ser lida em conjunto com o objetivo geral da Convenção, no sentido de que **os Estados Parte têm a obrigação específica e contínua de agir da maneira mais rápida e eficaz possível em direção à plena realização do artigo 24. Isso não é compatível com a sustentação de 2 (dois) sistemas de educação: um sistema de ensino regular e um sistema de educação especial/segregado**.

Devem os Estados-Parte assegurar a não exclusão e eliminar desvantagens estruturais para remover todas as formas de discriminação legal, administrativas e outras que impeçam o direito de acesso a uma educação inclusiva, para assim assegurar a participação e a igualdade efetiva a todas as pessoas com deficiência.

Como veremos, ao invés de promover a inclusão, o Decreto nº 10.502/2020 em análise neste parecer abre a possibilidade para um regime de segregação de crianças e adolescentes com deficiência - verdadeiro retrocesso de caráter discriminatório no campo educacional, incompatível com o dever de realização progressiva do direito à educação para todos. Os recursos de atendimento educacional especializado, que são complementares, de apoio à educação inclusiva, são retomados na centralidade da política pública como foco principal. O que se busca com este decreto é, pois, regulamentar uma política a partir de sua exceção e não da sua essência inclusiva.

3. ANÁLISE DO DECRETO Nº 10.502, DE 30 DE SETEMBRO DE 2020

O Decreto nº 10.502/2020, no *caput* de seu art. 1º., trata da *"garantia dos **direitos à educação e ao atendimento educacional especializado** aos educandos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação"*. Apesar de lançar mão de linguagem aparentemente inclusiva, no decorrer da leitura seu conteúdo revela sua verdadeira vocação como um instrumento de exclusão dos educandos com deficiência.

Como veremos a seguir, a partir da legislação nacional vigente e de tratados internacionais de direitos humanos incorporados ao sistema jurídico brasileiro, mencionados no item anterior, o Decreto nº 10.502/2020 ignora que a educação inclusiva é um direito público subjetivo; que o atendimento educacional especializado não pode substituir o ensino regular; que a liberdade de escolha das famílias e de atuação das instituições de ensino encontra limitação no cumprimento da legislação vigente; que, no campo dos direitos humanos, os princípios da proibição de retrocesso e da proibição da proteção insuficiente devem ser respeitados; e que legislar sobre direito das pessoas com deficiência impõe a necessidade de sua consulta prévia.

3.1. Direito à educação inclusiva como direito público subjetivo

A educação é um direito fundamental (CF, art. 6), inalienável e indisponível, reconhecido a todos os cidadãos brasileiros, com e sem deficiência, assegurado como dever do Estado e da família, com a colaboração de toda a sociedade, para o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho (art. 205).

É um direito público subjetivo que se vincula aos conceitos de cidadania e dignidade, e que tem crianças e adolescentes em idade escolar como titulares, como reafirmou recentemente o Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário 888.815[41]/RS, de relatoria do Min. Roberto Barroso, em relação ao tema do *homeschooling*:

> *"1. A **educação é um** direito **fundamental relacionado** à **dignidade da pessoa humana e à própria cidadania, pois exerce dupla função: de um lado, qualifica** a **comunidade como um todo, tornando**-a **esclarecida, politizada, desenvolvida (CIDADANIA); de outro, dignifica o indivíduo, verdadeiro titular desse** direito subjetivo **fundamental (DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA). No caso da** educação **básica obrigatória (CF, art. 208, I), os titulares desse** direito **indisponível à educação** são **as crianças e adolescentes em idade escolar.** 2. É dever da família, sociedade e Estado assegurar* à *criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade,* a educação. *A Constituição Federal consagrou o dever de solidariedade entre* a *família e o Estado como núcleo principal à formação educacional das crianças, jovens e adolescentes com* a *dupla finalidade de defesa integral dos direitos das crianças e dos adolescentes e sua formação em cidadania, para que o Brasil possa vencer o grande desafio de*

[41] Recurso Extraordinário n. 888815/RS, Relator(a): Min. Roberto Barroso, Redator(a) do acórdão: Min. Alexandre De Moraes, Julgamento: 12/09/2018, Publicação: 21/03/2019, Órgão julgador: Tribunal Pleno. Disponível em http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749412204. Acesso em 07.10.2020

*uma **educação** melhor para as novas gerações, imprescindível para os países que se querem ver desenvolvidos. (...) "*

Além disso, o ensino no Brasil deve também ser ministrado com base em alguns princípios (art. 206[42]), dentre os quais a ***igualdade de condições para o acesso e permanência na escola.***

Da interpretação sistemática do texto constitucional temos que o direito à educação é assegurado a todas as crianças e adolescentes, com e sem deficiência, concretizando-se pela oferta do ensino fundamental obrigatório e gratuito pelo Poder Público (art. 208, §2º), assegurado aos educandos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação, visando a igualdade de condições para o acesso e permanência na escola, **a garantia de acesso ao atendimento educacional especializado** (art. 208, III).

Tamanha é a responsabilidade estatal em relação à garantia do direito à educação, que o *"não oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente"* (art. 208, §2º). [43]

O ensino obrigatório deve, portanto, ser ofertado pelo Poder Público de forma regular, respeitando e fazendo cumprir as leis que regem a sua oferta no país e os princípios que informam a ordem jurídica brasileira. Segundo o artigo 24 da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência já citado, o sistema de educação deve ser inclusivo em todos os seus níveis. **Isso significa que a oferta da educação no Brasil deve ser sempre na perspectiva inclusiva**.

A deficiência que sob a ótica médica era um problema de um indivíduo que precisava ser diagnosticado e tratado na perspectiva biológica, passa, com a Convenção da ONU, a ser uma característica da humanidade, de reconhecimento da diversidade, em que importa a interação com as barreiras que ao impedir sua plena inclusão as tornam pessoas com deficiência[44]. Do Preâmbulo da Convenção se extrai que se trata de *"um conceito em evolução*

---

[42] Art. 206. (...) *I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;*
II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber;
III - pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino;
IV - gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais;
V - valorização dos profissionais da educação escolar, garantidos, na forma da lei, planos de carreira, com ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, aos das redes públicas; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006)
VI - gestão democrática do ensino público, na forma da lei;
VII - garantia de padrão de qualidade.
VIII - piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública, nos termos de lei federal. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006)

[43] Incumbe também ao Poder Público *"(…) recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela frequência à escola"* (Constituição Federal, art. 208, §3º).

[44] A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência trouxe o modelo social de direitos humanos como novo paradigma entendendo que *"pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental,*

(...) que resulta da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras devidas às atitudes e ao ambiente que impedem a sua plena e efetiva participação na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas".

Nesta perspectiva, para se garantir o direito à educação a alunos com deficiência é preciso mitigar fatores que limitam ou impedem a sua fruição; reconhecer a deficiência como elemento da diversidade; respeitar as pessoas em suas peculiaridades; não discriminar e garantir acesso e permanência na escola em igualdade de condições, ou seja, é preciso que a educação seja inclusiva[45].

O direito à educação recebeu assim, na Convenção, a especificidade necessária, ao garantir às pessoas com deficiência um **sistema educacional inclusivo em todos os níveis[46].** Vejamos:

> "Art. 24. 1. Os Estados Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência à educação. Para efetivar esse direito sem discriminação e com base na igualdade de oportunidades, **os Estados Partes assegurarão sistema educacional inclusivo em todos os níveis**, bem como o aprendizado ao longo de toda a vida, com os seguintes objetivos (...)".[47]

Com isso, o direito a um sistema educacional inclusivo como premissa para a realização do direito à educação inclusiva ganhou *status* constitucional no Brasil.

O Decreto nº 10.502/2020, ao tratar do tema da educação, não respeita essa diretriz constitucional e faz a distinção sobre "escolas especializadas" que se destaca a seguir, já de antemão equivocada por ter que todas as escolas serem inclusivas, como já se sabe:

> "Art.2.º (...) VI - escolas especializadas - instituições de ensino planejadas para o atendimento educacional aos educandos da educação especial que não se beneficiam, em seu desenvolvimento, quando incluídos em escolas

---

intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas" (art. 1).

[45] O direito à educação deve ser implementado respeitando os princípios *"do respeito pela dignidade inerente, a autonomia individual, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, e a independência das pessoas; a não-discriminação; e plena e efetiva participação e inclusão na sociedade; o respeito pela diferença e pela aceitação das pessoas com deficiência como parte da diversidade humana e da humanidade; a igualdade de oportunidades; e a acessibilidade."* (CDPD, art. 3)

[46] A educação superior também é assegurada às pessoas com deficiência. No artigo 24, parágrafo 5º, a Convenção reconhece que será assegurado às pessoas com deficiência o *"acesso ao ensino superior em geral, treinamento profissional de acordo com sua vocação, educação para adultos e formação continuada, sem discriminação e em igualdade de condições, cabendo aos Estados Partes assegurar a provisão de adaptações razoáveis".*

[47] O direito à educação visa, segundo a Convenção, "(a) *o pleno desenvolvimento do potencial humano e do senso de dignidade e auto-estima, além do fortalecimento do respeito pelos direitos humanos, pelas liberdades fundamentais e pela diversidade humana; (b) o máximo desenvolvimento possível da personalidade e dos talentos e da criatividade das pessoas com deficiência, assim como de suas habilidades físicas e intelectuais; e (c) a participação efetiva das pessoas com deficiência em uma sociedade livre",* objetivos estes alinhados ao conteúdo do texto constitucional. Decreto n. 6.949, de 26 de agosto de 2009. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em 07.10.2020.

regulares inclusivas e que apresentam demanda por apoios múltiplos e contínuos"

A nomenclatura "escolas especializadas" é uma repaginação das antigas "escolas especiais" e representa algo que não é possível ser aceito: a segregação de pessoas com base na alegação de ter uma deficiência. Nesses espaços que antes albergavam exclusivamente pessoas com deficiência de maneira a separá-las das demais, hoje é permitido que seja provido o atendimento educacional especializado de que fala o texto constitucional, como uma forma de suporte pedagógico, à luz dos princípios da acessibilidade e da igualdade de condições para o acesso e permanência na escola. Uma coisa é a escola especial funcionar como apoio pedagógico – o que é autorizado como se vê - mas outra é se propor a ser o espaço principal de ensino e aprendizagem de educandos com deficiência, "que não se beneficiam em seu desenvolvimento, quando incluídos em escolas regulares inclusivas" como substituição à escola regular – o que é constitucionalmente vedado.

Além do viés constitucional, dispositivos da Lei Brasileira de Inclusão que tratam sobre o direito à educação e a decisão proferida pelo STF no julgamento da ADI 5357-DF, corroboram que todas as escolas, públicas ou privadas, devem ser inclusivas e estão obrigadas a ofertar ensino aos educandos com deficiência, sem atribuir às famílias e/ou a estes estudantes quaisquer custos relacionados – o que inclui a oferta do Atendimento Educacional Especializado, professores de apoio, recursos de tecnologia, adaptações razoáveis e **o que mais for necessário para que usufruam do direito à educação no sistema regular de ensino em igualdade de condições com os educandos sem deficiência.**

No entanto, segundo o Decreto, são "escolas regulares inclusivas" as *"instituições de ensino que oferecem atendimento educacional especializado aos educandos da educação especial em classes regulares,* ***classes especializadas*** *ou salas de recursos"* (art. 2º, X). Na sequência explica o Decreto que "classes especializadas" são aquelas *"organizadas em escolas regulares inclusivas, com acessibilidade de arquitetura, equipamentos, mobiliário, projeto pedagógico e material didático,* ***planejados com vistas ao atendimento das especificidades do público ao qual são destinadas, e que devem ser regidas por profissionais qualificados para o cumprimento de sua finalidade***" (art. 2º, VII).

Chamamos a atenção para a incongruência do conceito de classes especializadas organizadas em escolas regulares inclusivas. Isso porque, as classes especializadas, como diz o Decreto, são ***planejadas de modo a atender as especificidades do público ao qual são destinadas.***

Sendo o seu uso exclusivo de um público específico que tenha essas especificidades, sejam crianças e adolescentes com a mesma deficiência ou com deficiências diversas, as classes especializadas são espaços que segregam e discriminam em função da deficiência, pois afastam os alunos com deficiência do convívio com alunos sem deficiência e, ao mesmo tempo,

privam os alunos sem deficiência de vivenciar a diversidade, diferente da sala de recursos que funciona como *locus* de apoio para acessibilidade.

Reconhecendo que a educação é um direito público subjetivo e que a inclusão acontece quando alunos com e sem deficiência tem a oportunidade de conviver e aprender com as suas diferenças, para que este direito seja assegurado a educandos com deficiência a escola inclusiva não pode excluir e nem segregar.

Não se pode trabalhar a partir da perspectiva da (in)capacidade dos educandos com deficiência de progredir e nem agrupá-los em salas separadas, ainda que dentro de escolas regulares - algo próprio do modelo de *integração* aplicado à educação, já suplantado pela Convenção e demais normas vigentes no campo da educação – prática esta que induz à formação de verdadeiros guetos dentro do sistema escolar, o que apenas prejudica e não promove a inclusão.

3.2. **Não discriminação: a cláusula de não-rejeição e as adaptações razoáveis**

No intuito de assegurar o direito à educação na perspectiva inclusiva, **a Convenção traz duas medidas antidiscriminatórias de aplicação imediata: a cláusula de não-rejeição e as adaptações razoáveis. Vejamos:**

> *"Art. 24 (...)*
> *2.Para a realização desse direito, os Estados Partes assegurarão que:*
> ***a) As pessoas com deficiência não sejam excluídas do sistema educacional geral sob alegação de deficiência e que as crianças com deficiência não sejam excluídas do ensino primário gratuito e compulsório ou do ensino secundário, sob alegação de deficiência;***
> *b) As pessoas com deficiência possam ter acesso ao ensino primário inclusivo, de qualidade e gratuito, e ao ensino secundário, em igualdade de condições com as demais pessoas na comunidade em que vivem;*
> ***c) Adaptações razoáveis de acordo com as necessidades individuais sejam providenciadas;***
> *d) As pessoas com deficiência recebam o apoio necessário, no âmbito do sistema educacional geral, com vistas a facilitar sua efetiva educação;*
> *e) Medidas de apoio individualizadas e efetivas sejam adotadas em ambientes que maximizem o desenvolvimento acadêmico e social, de acordo com a meta de inclusão plena."*

Por força da *cláusula de não-rejeição* (art. 24, 2,"a") o Estado Brasileiro tem o dever de assegurar que estudantes com deficiência não sejam rejeitados do sistema de educação geral com base na deficiência**.**

Como já tivemos a oportunidade de destacar em atuação na ADI 5357-DF[48], ensina FACUNDO PENILLAS CHAVES, Consultor para Direitos Humanos e Deficiência do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, que segundo esta cláusula de não-rejeição:

> *"(...) medidas ou regimes não devem ser colocados em prática levando à negação do direito de estudantes de escolher obter sua educação em escolas regulares ou em outros estabelecimentos de ensino disponíveis para o público em geral." (...) Os Estados Partes não podem adotar leis ou políticas que forcem alunos a estudar em escolas especiais",* sendo "a *cláusula de não-rejeição (...) aplicável de forma individual e não (...) sujeita a testes de razoabilidade."* [49]

A segunda medida antidiscriminatória refere-se ao dever de prover adaptações razoáveis, entendidas como "*as modificações e os ajustes necessários e adequados que não acarretem ônus desproporcional ou indevido, quando requeridos em cada caso, a fim de assegurar que as pessoas com deficiência possam gozar ou exercer, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, todos os direitos humanos e liberdades fundamentais" (art. 2º, CDPD).*

Sendo antidiscriminatórias e necessárias à realização do direito a educação inclusiva, devem ser ofertadas de imediato, já que sua negativa é considerada discriminação com base na deficiência pela Convenção, conforme expresso textualmente:

> *"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****."* (art. 2)

Essas duas diretrizes antidiscriminatórias elencadas no art. 24 da Convenção aumentam o dever do Estado Brasileiro de implementar um sistema educacional inclusivo de qualidade em todos os níveis, pois exige que haja política pública educacional inclusiva para garantia de que o sistema regular de ensino, por meio de instituições públicas ou privadas, não

[48] Na ADI, a Associação Brasileira para a Ação por Direitos das Pessoas com Autismo – ABRAÇA foi "*amicus curiae*" representada pelo nosso escritório de advocacia – hoje *Szazi, Bechara, Storto, Reicher e Figueiredo Lopes Advogados* (www.sbsa.com.br). Na petição de apresentação dos subsídios da organização, tivemos oportunidade também de escrever sobre isso na p. 26. Disponível em http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4818214. Acesso em 07.10.2020.

[49] Disponível em http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CRPD/DGD/2015/FacundoChavez.docx. Acesso em 07.10.2020.

recuse e nem discrimine as crianças com deficiência em razão de sua deficiência, provendo os recursos de acessibilidade e as adaptações razoáveis para garantia de seu desenvolvimento[50].

Ademais, o texto fala em "apoio necessário", no âmbito do sistema educacional geral, para facilitar sua efetiva educação; acrescentando que deve haver "medidas de apoio individualizadas e efetivas" adotadas em ambientes que maximizem o desenvolvimento acadêmico e social "de acordo com a meta de inclusão plena." Ou seja, os apoios são necessários, mas devem ser prestados no sistema regular de ensino que é o nosso sistema educacional geral, sempre com vistas à meta que é de *inclusão plena*.

No entanto, como se pode falar em *inclusão plena* em escolas especiais que só recebem educandos com deficiência? Como ter escolas bilíngues apenas para surdos e não para surdos e ouvintes? Como garantir o desenvolvimento *acadêmico* e *social* das crianças com deficiência no sistema educacional se voltarmos a segregá-las por tipo de deficiência? Se todos os tipos de deficiência não estiverem representados na escola regular como garantir que estarão no mercado de trabalho e na vida em sociedade como um todo? Estas e outras perguntas encontram no Decreto uma resposta fácil: a exclusão como alternativa que exige menor esforço: segregar os educandos com deficiência num sistema educacional próprio, apartado.

O Decreto nº 5.626/2005[51], que regulamentou a Lei nº 10.436, de 24 de abril de 2002, sobre a Língua Brasileira de Sinais (Libras), diz que escolas e classes bilíngues são *"**aquelas em que a Libras e a modalidade escrita da Língua Portuguesa sejam línguas de instrução utilizadas no desenvolvimento de todo o processo educativo***", sendo abertas a alunos surdos e ouvintes (art. 22).

Já o Decreto nº 10.502/2020, que não revogou expressamente o anterior, prevê que "escolas bilíngues de surdos" são *"instituições de ensino da rede regular nas quais a comunicação, a instrução, a interação e o ensino são realizados em Libras como primeira língua e em língua portuguesa na modalidade escrita como segunda língua, **destinadas a educandos surdos, que optam pelo uso da Libras, com deficiência auditiva, surdocegos, surdos com outras deficiências associadas e surdos com altas habilidades ou superdotação"*** (art. 2º, VIII); e "classes bilíngues de surdos" aquelas com ***"enturmação de educandos surdos, com deficiência auditiva e surdocegos**, que optam pelo uso da Libras, organizadas em escolas regulares inclusivas, em que a Libras é reconhecida como primeira língua e utilizada como*

[50] Segundo Facundo Penillas Chaves *"esses dois elementos do artigo 24 se reinforçam mutuamente e não devem ser confundidos com a obrigação geral maior de implementação de estruturas de educação inclusiva de qualidade, que não devem ser substituídas unicamente pelos esquemas antidiscriminação".* Disponível em http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CRPD/DGD/2015/FacundoChavez.docx. Acesso em 07.10.2020.
[51] Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5626.htm. Acesso em 05.10.2020.

língua de comunicação, interação, instrução e ensino, em todo o processo educativo, e a língua portuguesa na modalidade escrita é ensinada como segunda língua. (art. 2º, IX).

Ao prever que escolas e classes bilíngues destinam-se apenas a alunos *surdos, com deficiência auditiva e surdocegos,* em oposição ao Decreto nº 5.626/2005, que contemplava nesses espaços participação de alunos ouvintes, o Decreto segrega educandos com deficiência

Em relação aos educandos surdos e surdo-cegos, o art. 2º do Decreto é simbólico da opção simplista feita, ao dizer que o Atendimento Educacional Especializado ocorrerá *"em escolas bilíngues de surdos e em classes bilíngues de surdos nas escolas regulares inclusivas"*, enquanto o Decreto nº 5.626/2005, não revogado, prevê a adoção de apoios "*em todos os níveis, etapas e modalidades de educação, desde a educação infantil até à superior*", devendo-se "*garantir o atendimento às necessidades educacionais especiais de alunos surdos, desde a educação infantil, nas salas de aula e, também, em salas de recursos, em turno contrário ao da escolarização".*

É certo que a Convenção prevê que os Estados-Parte deverão garantir todos os recursos de acessibilidade para todos os tipos de deficiência, incluindo, no caso dos surdos, a facilitação do aprendizado da língua de sinais e a promoção da identidade linguística da comunidade surda, conforme segue:

> "3. Os Estados Partes assegurarão às pessoas com deficiência 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. Para tanto, os Estados Partes tomarão medidas apropriadas, incluindo:
>
> a) Facilitação do aprendizado do braille, escrita alternativa, modos, meios e formatos de comunicação aumentativa e alternativa, e habilidades de orientação e mobilidade, além de facilitação do apoio e aconselhamento de pares;
>
> b) Facilitação do aprendizado da língua de sinais e promoção da identidade lingüística da comunidade surda;
>
> c) Garantia de que a educação de pessoas, em particular crianças cegas, surdocegas e surdas, seja ministrada nas línguas e nos modos e meios de comunicação mais adequados ao indivíduo e em ambientes que favoreçam ao máximo seu desenvolvimento acadêmico e social.
>
> 4. A fim de contribuir para o exercício desse direito, os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para empregar professores, inclusive professores com deficiência, habilitados para o ensino da língua de sinais

e/ou do braille, e para capacitar profissionais e equipes atuantes em todos os níveis de ensino. Essa capacitação incorporará a conscientização da deficiência e a utilização de modos, meios e formatos apropriados de comunicação aumentativa e alternativa, e técnicas e materiais pedagógicos, como apoios para pessoas com deficiência".

Isso não quer dizer que tais medidas deverão ser feitas à revelia do sistema educacional inclusivo e sim dentro do sistema educacional inclusivo, não sendo possível, por esses dispositivos, a proposta de segregação que o Decreto Federal traz.

3.3. O Atendimento Educacional Especializado - apoio de natureza pedagógica não substitutivo às classes comuns

O entendimento de que a oferta do Atendimento Educacional Especializado deve ocorrer prioritariamente na rede regular de ensino está previsto desde 1988 na Constituição Federal, que em seu art. 208, III, menciona a garantia do "atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino".

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – Lei nº 9.394/96 também, ao reconhecer a educação especial como modalidade de educação a ser oferecida para educandos com deficiência **preferencialmente na rede regular de ensino**, visando garantir serviços de apoio especializado para eliminar barreiras que possam obstruir o processo de escolarização destes estudantes. [52]

Já havia, no entanto, desde a LDB, a previsão de classes, escolas ou serviços especializados, que poderiam ofertar o Atendimento Educacional Especializado, com a condicionante de que quando não fosse possível o exercício do direito à educação nas classes comuns de ensino regular (art. 58).[53] Mas isso foi antes da Convenção. Sob a égide do nosso sistema, quais critérios serão utilizados para pautar essa decisão? A deficiência?

O Atendimento Educacional Especializado encontra previsão em amplo conjunto normativo que vem sendo aperfeiçoado desde sua primeira previsão constitucional.

---

[52] Em relação à educação escolar pública (art. 4, III), a LDB reconheceu que o dever do estado em relação ao público-alvo da educação especial será efetivado mediante garantia de atendimento educacional especializado gratuito.

[53] LDB .*"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**.*
§1º Haverá, quando necessário, serviços de apoio especializado, na escola regular, para atender às peculiaridades da clientela de educação especial.
§2º O atendimento educacional será feito em classes, escolas ou serviços especializados, sempre que, em função das condições específicas dos alunos, não for possível a sua integração nas classes comuns de ensino regular.
*§ 3º A oferta de educação especial, nos termos do **caput** deste artigo, tem início na educação infantil e **estende-se ao longo da vida**, observados o inciso III do art. 4º e o parágrafo único do art. 60 desta Lei."*

Determina a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (art. 28), de 2015, que é dever das escolas, públicas e privadas desenvolver, implementar, acompanhar e avaliar *"**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*".

Neste contexto, a nova política que se pretende instituir por meio do Decreto nº 10.502/2020 é, além de equivocada, no mínimo, uma política de exceção. Ao invés de fortalecer a política pública inclusiva e os apoios que ela necessita para acontecer de forma plena, o governo se dedica a regular em detalhes a exceção, de modo a confundir os cidadãos, os familiares de crianças com deficiência e os gestores educacionais sobre qual a regra geral.

Fica expressa no Decreto nº 10.502/2020 a intenção de segregar o atendimento dos educandos por deficiência. O art. 7º explicita tal pretensão ao elencar de forma desordenada, serviços e recursos da educação especial sem incluir no rol dos "serviços da educação especial" as escolas regulares como um espaço para a oferta do Atendimento Educacional Especializado, como parte do processo de educação especial na perspectiva inclusiva, enfraquecendo assim o direito das pessoas com deficiência de frequentar o ensino regular.

A redação do artigo do Decreto em análise contempla como serviços da educação especial centros de apoio às pessoas com deficiência visual, centros de atendimento educacional especializado aos educandos com deficiência intelectual, mental e transtornos globais do desenvolvimento; centros de atendimento educacional especializado aos educandos com deficiência físico-motora; centros de atendimento educacional especializado; serviços de atendimento educacional especializado; serviços de atendimento educacional especializado para crianças de zero a três anos; centros de atividades de altas habilidades e superdotação; centros de capacitação de profissionais da educação e de atendimento às pessoas com surdez; classes bilíngues de surdos; classes especializadas; escolas bilíngues de surdos; escolas especializadas; escolas-polo de atendimento educacional especializado.

Além disso, o Decreto nº 10.502/2020 abre uma lacuna no ordenamento para dizer que *"poderão ser constituídos outros serviços e recursos para atender os educandos da educação especial, ainda que sejam utilizados de forma temporária ou para finalidade específica"*. (art. 7º, §único). Ora, se assegurar a educação inclusiva requer continuidade, como isso pode ser feito por meio de serviços temporários ou criados para finalidades específicas?

Assegurar o direito à educação como um direito de todos exige atentar para as peculiaridades dos educandos e prover as medidas de adaptação razoável e de acessibilidade, incluindo concepções pedagógicas, métodos de avaliação alternativos e materiais acessíveis

que lhes permitam participar e usufruir do ambiente escolar **em igualdade de condições com os educandos sem deficiência – e isso deve ocorrer primordialmente dentro do sistema regular de ensino, e não em escolas ou classes especiais.**

No entanto, ao dedicar atenção excessiva à educação especial, o Decreto reforça a narrativa da possibilidade de que este é um caminho que pode ser escolhido pelos estabelecimentos educacionais e famílias em substituição à inclusão no sistema regular de ensino.

Assim é que o Decreto reconhece como parte da Política as "escolas especializadas", como *"instituições de ensino **planejadas para o atendimento educacional aos educandos da educação especial que não se beneficiam, em seu desenvolvimento, quando incluídos em escolas regulares inclusivas** e que apresentam demanda por apoios múltiplos e contínuos*" (art. 2º, VI).

Identifica-se, que adequados estavam até este Decreto todos os atos normativos da legislação brasileira em relação à educação inclusiva, uma vez reforçados pela vigência da Convenção, assegurando nos planos constitucional e infraconstitucional, o reconhecimento da educação inclusiva.

Além disso, partir da premissa de que alguns educandos "***não se beneficiam, em seu desenvolvimento, quando incluídos em escolas regulares inclusivas"***, como fez o Decreto, confronta o paradigma da presunção de capacidade[54] reconhecido pela Convenção, e por força do qual devemos entender que as pessoas com deficiência são capazes de exercer sua capacidade jurídica, de frequentar a escola regular; de ter um emprego no mercado de trabalho aberto e não em oficinas protegidas, e assim poder usufruir de tudo aquilo que as pessoas sem deficiência usufruem.

Contudo, sob o argumento discriminatório e excludente de que educandos com deficiência podem não ser capazes de se beneficiar da educação ofertada dentro de um sistema educacional inclusivo, o Decreto fomenta o fortalecimento de um **sistema paralelo que permite que educandos com deficiência sejam direcionados para instituições apartadas do sistema regular de ensino**.

Por todo o exposto verifica-se que com o Decreto nº 10.502/2020, **foi rechaçada a garantia de um sistema educacional inclusivo e a obrigatoriedade de medidas voltadas a**

[54] A presunção é de que em todas as esferas da vida as pessoas com deficiência são capazes. Este novo entendimento da ONU em relação a capacidade jurídica de pessoas com deficiência, por exemplo, é de que todas as pessoas têm capacidade de expressar seus desejos e vontades ainda que para isso precisem de algum apoio para tomar decisão, o que não desnatura a sua capacidade (art. 12 da CDPD). Assim sendo, apenas as pessoas "em coma" não poderiam expressar suas vontades.

assegurar a educandos com deficiência o apoio necessário à fruição do direito à educação em igualdade de condições, dentro do sistema regular de ensino.

Em relação à natureza do atendimento educacional especializado, o Plano Nacional da Educação (PNE), instituído pela Lei nº 13.005, de 25 de junho de 2014[55], com vigência decenal até 2024, prevê na estratégia 4.4 garantir o *"**atendimento educacional especializado em salas de recursos multifuncionais, classes, escolas ou serviços especializados, públicos ou conveniados, nas formas complementar e suplementar,** a todos (as) alunos (as) com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação, matriculados na rede pública de educação básica, conforme necessidade identificada por meio de avaliação, ouvidos a família e o aluno".*

A estratégia 4.8. do PNE determina a garantia da educação inclusiva e veda expressamente a exclusão do ensino regular sob alegação de deficiência, ressaltando a necessidade de articulação pedagógica entre o ensino regular e o Atendimento Educacional Especializado. **O PNE deixa claro que a oferta do AEE não pode prescindir do ensino regular e que o Atendimento Educacional Especializado tem caráter complementar e não substitutivo da educação regular (e inclusiva).**

Já a Política Nacional da Educação Especial na Perspectiva da Educação Inclusiva, de 2008, cuja reforma pretende o Decreto nº 10.502/2020, deixa claro que no curso de todo o processo de escolarização o Atendimento Educacional Especializado deve estar articulado com a proposta pedagógica do ensino comum. Vejamos: [56]

> ***"O atendimento educacional especializado tem como função identificar, elaborar e organizar recursos pedagógicos e de acessibilidade que eliminem as barreiras para a plena participação dos estudantes, considerando suas necessidades específicas.*** *As atividades desenvolvidas no atendimento educacional especializado diferenciam-se daquelas realizadas na sala de aula comum,* ***não sendo substitutivas à escolarização.*** *Esse atendimento complementa e/ou suplementa a formação dos estudantes com vistas à autonomia e independência na escola e fora dela. Dentre as atividades de atendimento educacional especializado são disponibilizados programas de enriquecimento curricular, o ensino de linguagens e códigos específicos de comunicação e sinalização e tecnologia*

[55] Lei nº 13.005, de 25 e junho de 2014. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13005.htm. Acesso em 10.10.2020.

[56] PNEEPEI (2008). Op. cit., p. 11. Disponível em http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=16690-politica-nacional-de-educacao-especial-na-perspectiva-da-educacao-inclusiva-05122014&Itemid=30192. Acesso em 10.10.2020.

assistiva. ***Ao longo de todo o processo de escolarização esse atendimento deve estar articulado com a proposta pedagógica do ensino comum."*** [57]

O Atendimento Educacional Especializado, segundo o Decreto nº 7.611/2011 o definiu, é um "*conjunto de atividades, recursos de acessibilidade e pedagógicos organizados institucional e continuamente*", prestado de forma "*complementar à formação dos estudantes com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento, como apoio permanente e limitado no tempo e na frequência dos estudantes às salas de recursos funcionais*"; ou "*suplementar à formação de estudantes com altas habilidades ou superdotação"* [58](art. 2º, §1º), devendo ainda *"integrar a proposta pedagógica da escola"* (art. 2º, §2º)

Conforme se extrai da legislação que antecede o Decreto, o AEE é definido como um serviço de apoio, de natureza pedagógica e complementar, vinculado à proposta pedagógica da escola, e que não substitui o ensino regular. Por ter como foco as especificidades educacionais, sua natureza é pedagógica, e não clínica ou terapêutica, devendo por isso mesmo ser realizado "**prioritariamente, na sala de recursos multifuncionais da própria escola ou em outra escola de ensino regular, no turno inverso da escolarização, não sendo substitutivo às classes comuns",** como ensina a Resolução CNE nº 4, de 2 de outubro de 2009. [59]

O Decreto nº 10.502/2020 não redefine de forma expressa o Atendimento Educacional Especializado, mas coloca que sua implementação deverá ser feita por meio de escolas especializadas e classes especializadas, conceituando as escolas regulares inclusivas como instituições de ensino que oferecem atendimento educacional especializado aos educandos da educação especial em classes regulares, classes especializadas ou salas de recursos.

Nesta mistura de conceitos, corrobora que a educação deve ser ofertada pelo sistema regular de ensino, mas cria uma série de exceções inconstitucionais. Vejamos.

Em seu art. 6, I, ao tratar das diretrizes para implementação da Política, o Decreto de 2020 prevê a oferta de *"(...) atendimento educacional especializado e de qualidade, em classes e escolas regulares inclusivas, classes e escolas especializadas ou classes e escolas bilíngues de surdos a todos que demandarem esse tipo de serviço, para que lhes seja assegurada a inclusão social, cultural, acadêmica e profissional, de forma equitativa e com a possibilidade de aprendizado ao longo da vida."*

---

[57] PNEEPEI (2008). Op. cit., p. 11. Disponível em http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=16690-politica-nacional-de-educacao-especial-na-perspectiva-da-educacao-inclusiva-05122014&Itemid=30192. Acesso em 10.10.2020.

[58] Decreto n. 7.611, de 17 de novembro de 2011. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/d7611.htm. Acesso em 07.10.2020.

[59] Disponível em http://portal.mec.gov.br/dmdocuments/rceb004_09.pdf. Acesso em 06.10.2020.

Nesse sentido, regula pela exceção, distorcendo conceitos, ao mencionar que o AEE poderia, numa perspectiva inclusiva, ser prestado em classes especializadas e em salas de recursos. Nos termos da legislação vigente, o AEE deve ser prioritariamente ofertado na rede regular de ensino, nas salas de recursos multifuncionais e não em salas especializadas, já que estas são destinadas a receber de forma segregada grupos de alunos com deficiência.

Outro aspecto importante diz respeito a um dos objetivos da Política, a saber, *"assegurar o atendimento educacional especializado como diretriz constitucional, para além da institucionalização de tempos e espaços reservados para atividade complementar ou suplementar"* (art, 4º, II).

Sendo o AEE o tipo de atendimento que deve ser prestado, na maioria das vezes no contraturno, de forma complementar ou suplementar ao público-alvo da educação especial, não está clara qual seria a diferença entre o AEE e *a institucionalização de tempos e espaços reservados para atividade complementar ou suplementar*. Contudo, é possível afirmar que é uma forma de segregar pessoas com deficiência.

O Decreto nº 10.502/2020 confere ao Atendimento Educacional Especializado um sentido diverso daquele que lhe é reconhecido por força da LDB e de outras normativas vigentes, induzindo o entendimento de que poderia ser ofertado de forma mais ampliada e não apenas complementar ou suplementar. Com isso, o Decreto abre espaço para que se reconheça formalmente a possibilidade da oferta do AEE substituir o ensino regular, o que em nosso entendimento viola a legislação constitucional e infraconstitucional vigente.

Ora, embora conste dos objetivos do Decreto nº 10.502/2020 (art. 4º) este de "assegurar o atendimento educacional especializado como diretriz constitucional, para além da institucionalização de tempos e espaços reservados para atividade complementar ou suplementar", nos parece que não há como mudar o caráter complementar ou suplementar do AEE, por tudo o que já foi exposto. A educação especial, como uma modalidade transversal de educação e com todos os seus recursos e tal qual é entendida no Brasil e traduzida nos seus atos normativos, nunca pode ser substitutiva da educação regular inclusiva, sob pena de retirarmos da criança com deficiência o direito à educação em igualdade de oportunidades com as demais crianças.

Além disso, a oferta e a garantia do AEE não podem ser condicionadas a avaliações multidisciplinares como previu a Nota Técnica MEC/SECADI/DPEE nº 4/2014, de 23 de janeiro de 2014: [60]

[60] Nota Técnica MEC/SECADI/DPEE nº 4/2014, de 23 de janeiro de 2014. Disponível em Ministério da Educação. Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização, Diversidade e Inclusão. Diretoria de Políticas de Educação Especial Manual da consolidação

"Para realizar o AEE, cabe ao professor que atua nesta área, elaborar o Plano de Atendimento Educacional Especializado – Plano de AEE, documento comprobatório de que a escola, institucionalmente, reconhece a matrícula do estudante público-alvo da educação especial e assegura o atendimento de suas especificidades educacionais. (...) ***Neste liame não se pode considerar imprescindível a apresentação de laudo médico (diagnóstico clínico) por parte do aluno com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento ou altas habilidades/superdotação, uma vez que o AEE caracteriza-se por atendimento pedagógico e não clínico.***

Durante o estudo de caso, primeira etapa da elaboração do Plano de AEE, se for necessário, o professor do AEE poderá articular-se com profissionais da área da saúde, tornando-se o laudo médico, neste caso, um documento anexo ao Plano de AEE. ***Por isso, não se trata de documento obrigatório, mas, complementar, quando a escola julgar necessário. O importante é que o direito das pessoas com deficiência à educação não poderá ser cerceado pela exigência de laudo médico****. (...)* [61]

A ***exigência de diagnóstico clínico dos estudantes com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento, altas habilidades/superdotação, para declará-los no Censo Escolar como público-alvo da educação especial e, por conseguinte, garantir-lhes o atendimento de suas especificidades educacionais denotaria imposição de barreiras ao seu acesso ao sistema de ensino, configurando-se em discriminação e cerceamento de direito****."*

O professor do AEE pode se articular com outros profissionais, inclusive da área da saúde, para apoiar a tomada de decisões acerca da melhor forma de conduzir o percurso educativo do aluno. Avaliações podem apoiar a identificação de necessidades psicopedagógicas de alunos já matriculados e utilizadas para amparar a construção dos planos individualizados de ensino dos alunos com deficiência[62][63]

---

da inclusão escolar no Brasil: 2003 a 2016. p. 93. Disponível em http://www.ufpb.br/cia/contents/manuais/a-consolidacao-da-inclusao-escolar-no-brasil-2003-a-2016.pdf. Acesso em 10.10.2020.

[61] Ministério da Educação. Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização, Diversidade e Inclusão. Diretoria de Políticas de Educação Especial Manual da consolidação da inclusão escolar no Brasil: 2003 a 2016. pp. 93-94. Disponível em http://www.ufpb.br/cia/contents/manuais/a-consolidacao-da-inclusao-escolar-no-brasil-2003-a-2016.pdf. Último acesso em 21.092017. Acesso em 10.10.2020.

[62] Sobre o tema o Conselho Estadual de Educação de São Paulo, por meio da Deliberação CEE nº 149/2016, esclarece que:
"(...) é desejável que cada aluno da educação especial ou seus pais, apresentem - quando possível- uma avaliação, laudo ou relatório de profissional especializado (inclusive médicos), em que sejam indicadas as necessidades e as medidas de adaptação escolar necessárias para permitir seu aprendizado e desenvolvimento, uma vez que as formas de deficiência e sua manifestação em cada indivíduo são extremamente variáveis e devem ser conhecidas das escolas, até para que seus profissionais possam responder às necessidades da maneira mais adequada." Conselho de Educação do Estado de São Paulo. Deliberação CEE n. 149/2016, p. 12. Disponível em https://iage.fclar.unesp.br/ceesp/textos/2016/1796-73-Delb-149-16-Ind-155-16.doc. Acesso em 10.10.2020.

[63] A Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, ao atribuir às escolas públicas e privadas de qualquer etapa e modalidade de ensino o dever de adotar ações voltadas ao atendimento de alunos com deficiência (art. 28, §1º), incluindo a implementação do AEE, não condiciona o cumprimento deste dever à realização de qualquer avaliação ou diagnóstico que comprovem a deficiência.

Todavia, contraria as normas vigentes por segregar e excluir crianças com deficiência do sistema regular de ensino e cercear o direito à educação inclusiva valer-se de avaliações de qualquer outra natureza para definir os educandos com deficiência que "não se beneficiam, em seu desenvolvimento, quando incluídos em escolas regulares", bem como definir *"(...) critérios de identificação, acolhimento e acompanhamento dos educandos que não se beneficiam das escolas regulares inclusivas"* (Decreto nº 10.502/2020, art. 2º, VI e 9º, III), para decidir *"considerados o impedimento de longo prazo e as barreiras a serem eliminadas ou minimizadas para que ele tenha as melhores condições de participação na sociedade"* (Decreto nº 10.502/2020, art. 6º, IV), que tipo de instituição "melhor" lhe proverá o AEE, conforme pretende o Decreto nº 10.502/2020.

Configura discriminação por motivo de deficiência conforme art. 2º da CDPD e art. 4º, §1º da LBI, e nos termos da Lei nº 7.853/1989, segundo a qual *"constitui crime punível com reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos e multa, recusar, cobrar valores adicionais, suspender, procrastinar, cancelar ou fazer cessar inscrição de aluno em estabelecimento de ensino de qualquer curso ou grau, público ou privado, em razão de sua deficiência"* (art. 8º).

Resta claro, portanto, que a natureza das atividades e do suporte ofertado por meio do **AEE têm natureza pedagógica**; que o **AEE não substitui a escolarização e o ensino regular obrigatório** ofertado nas salas comuns, devendo por isso mesmo ser realizado no contraturno da escola. Há que coexistir e estar articulado com a proposta pedagógica da escola de ensino comum, que segue as diretrizes e bases curriculares nacionais e ser assegurado aos educandos público alvo da educação especial para que possam, em igualdade de condições, ingressar e permanecer na escola e assim usufruir do direito à educação em igualdade de condições.

Assim é que, também sob este aspecto o art. 6º, I e IV do novo Decreto não atendem à legislação de referência sobre a matéria.

Há diversas organizações da sociedade civil no Brasil que atuam no atendimento de pessoas com deficiência na área de saúde e educação. No entanto, as ofertas vinculadas ao Sistema Único de Saúde (Sus) e ao Sistema Único de Assistência Social (Suas) não podem ser confundidas com os serviços considerados como parte do sistema educacional. A escolarização acontece na escola, conforme preceituam as normas do sistema de educação vigente, e não pode ser substituída por outras formas de atendimento das pessoas com deficiência, que apesar de importantes, não substituem o processo formativo que lhes é ofertado na escola regular.

O atendimento educacional especializado tem essa característica. É constituído por práticas e recursos pedagógicos de apoio à escolarização. Sendo o atendimento educacional especializado de natureza pedagógica, deve ser ofertado por instituições que atuem precipuamente no campo da educação.

Note-se que desde 2013 a LDB, com redação dada pela Lei nº 12.796/2013, previu expressamente que o "dever do Estado com educação escolar pública será efetivado mediante a garantia de: (...) III - atendimento educacional especializado gratuito aos educandos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação, transversal a todos os níveis, etapas e modalidades, preferencialmente na rede regular de ensino; (...) (art. 4º.)."

Essa mesma lei modificativa da LDB determinou que a ampliação do atendimento educacional especializado pelo poder público se dará, como alternativa preferencial, na própria rede regular de ensino, independente do apoio a outras instituições que também provejam este apoio. Vejamos:

> *"Art. 60. Os órgãos normativos dos sistemas de ensino estabelecerão critérios de caracterização das instituições privadas sem fins lucrativos, especializadas e com atuação exclusiva em educação especial, para fins de apoio técnico e financeiro pelo Poder Público.*
> *Parágrafo único.* ***O poder público adotará, como alternativa preferencial, a ampliação do atendimento aos educandos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação na própria rede pública regular de ensino, independentemente do apoio às instituições previstas neste artigo"*** *(Redação dada pela Lei nº 12.796, de 2013)*

Na mesma direção, deixou claro que para fins de apoio técnico e financeiro, os "órgãos normativos dos sistemas de ensino estabelecerão critérios de caracterização das instituições privadas sem fins lucrativos, especializadas e com atuação exclusiva em educação especial" (art. 60, parágrafo único).

Como vimos, a LDB privilegia que o AEE ocorra e seja financiado para que aconteça dentro da rede regular de ensino, rede esta que deve ser equipada e preparada para acolher todos os educados, com e sem deficiência.

Embora o AEE possa ser oferecido por "*instituições privadas sem fins lucrativos, de natureza confessional ou filantrópica",* como tantas que atualmente prestam esses serviços a educandos com deficiência, pela redação dada pelas alterações na LDB, a destinação de recursos públicos para financiamento dessas organizações só pode ocorrer se estas tiverem atuação exclusiva no campo da educação e quando operacionalizem o AEE conforme os

parâmetros da legislação vigente, de forma complementar e sem substituir o acesso ao ensino comum.

É comum que organizações da sociedade civil tenham mais de uma área de atuação. Com lógicas diferentes dos órgãos públicos, muitas APAES e entidades com perfil semelhante atuam de forma multidisciplinar, nas áreas de saúde, educação e assistência. Poderiam, por óbvio, criar organizações separadas, específicas na área da educação para fazer o atendimento educacional especializado.

Parte do embate da implementação da educação inclusiva é o financiamento da escola regular de ensino e o financiamento do AEE, que buscou-se equacionar com a dupla matrícula. As organizações que atuam como escolas especiais deveriam ter se ressignificado com mais protagonismo nessa mudança de paradigma. Foi o que fez, por exemplo, a antiga APAE de São Paulo, hoje intitulada de Instituto Jô Clemente[64].

O Decreto nº 10.502/2020 prevê todavia em seu artigo 13 que a colaboração dos entes federativos à Política "ocorrerá por meio de adesão voluntária, na forma a ser definida em instrumentos específicos dos respectivos programas e ações do Ministério da Educação e de suas entidades vinculadas". Em seu artigo 14, prevê que a União poderá prestar assistência financeira e apoio técnico aos entes federativos apoio técnico, na forma a ser definida em instrumento específico de cada programa ou ação, para fins de implementação da Política.

De todo modo, o financiamento de qualquer forma de AEE ofertada aos educandos com deficiência, deve estar em consonância com os parâmetros que a legislação brasileira define, sob pena de estimular que sejam excluídos do sistema regular de ensino, o que fere os compromissos assumidos pelo Estado Brasileiro, ao firmar a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

A oferta de assistência financeira a um política no campo da educação especial - que se diz na perspectiva inclusiva - mas cria mecanismos que possibilitam a exclusão de educandos com deficiência do sistema regular de ensino viola o dever do Estado Brasileiro, de "abster-se de participar em qualquer ato ou prática incompatível com a presente Convenção e assegurar que as autoridades públicas e instituições atuem em conformidade com a presente Convenção." (art. 4, 1, "d"), além de configurar discriminação por motivo de deficiência.

É certo que ainda há necessidade de melhoria no sistema educacional inclusivo, mas isso não acontecerá se os esforços forem vertidos para retirar das escolas regulares a obrigação de inclusão, devolvendo para as escolas especiais o sistema anteriormente vigente. Nessa linha,

[64] Maiores informações sobre o Instituto Jô Clemente em: https://www.ijc.org.br/pt-br/Paginas/default.aspx. Acesso em 10.10.2020.

claro está o retrocesso, não apenas na legislação, mas nas práticas de gestão do sistema educacional.

3.4. Direito à educação, escolha dos pais em relação às instituições de ensino

Ponto importante a ser analisado sobre o Decreto nº 10.502/2020 diz respeito ao direito de escolha dos pais em relação às escolas que seus filhos irão frequentar. Algumas considerações são relevantes, a partir da análise da legislação internacional e nacional aplicáveis.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), ao tratar do direito à educação de forma ampla e universal, afirma que *"**toda a pessoa tem direito à educação**"*, que esta *"(...) deve visar à plena expansão da personalidade humana e ao reforço dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais e (...) favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade"*, (...), reconhecendo que ***"aos pais pertence a prioridade do direito de escolher o gênero de educação a dar aos filhos"*** [65]***(art. 26).***

O Pacto de Direitos Econômicos Sociais e Culturais[66], aponta em seu art. 13 que os Estados Partes ***reconhecem o direito de toda pessoa à educação;*** que ***a educação deverá '(...) visar ao pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido de sua dignidade e fortalecer o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais;*** *(...) capacitar todas as pessoas a participar efetivamente de uma sociedade livre, favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e entre todos os grupos raciais, étnicos ou religiosos e promover as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz."* Diz que Estados Parte devem:

> *"(...)* ***respeitar a liberdade dos pais e, quando for o caso, dos tutores legais de escolher para seus filhos escolas distintas daquelas criadas pelas autoridades públicas, sempre que atendam aos padrões mínimos de ensino prescritos ou aprovados pelo Estado,*** *e de fazer com que seus filhos venham a receber educação religiosa ou moral que esteja de acordo com suas próprias convicções* e conclui que nenhum das disposições do artigo *"(...)* ***poderá ser interpretada no sentido de restringir a liberdade de indivíduos e de entidades de criar e dirigir instituições de ensino, desde que respeitados os princípios enunciados no parágrafo 1 do presente artigo e que essas instituições observem os padrões mínimos prescritos pelo Estado."***

[65] Disponível em http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. Acesso em 10.10.2020.

[66] A Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto dos Direitos Civis e Políticos e Pacto de Direitos Econômicos Sociais e Culturais constituem o que se denomina *"Bill of Rights"* ou Carta de Direitos no campo do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

A Convenção sobre os Direitos da Criança reconheceu o ***direito da criança à educação*** (art. 28) e que a criança com deficiência "*(...)* ***deverá desfrutar de uma vida plena e decente em condições que garantam sua dignidade, favoreçam sua autonomia e facilitem sua participação ativa na comunidade****."* (art. 23). No artigo 29, reforça que nada ***"será interpretado de modo a restringir a liberdade dos indivíduos ou das entidades de criar e dirigir instituições de ensino, desde que sejam respeitados os princípios enunciados no parágrafo (...) e que a educação ministrada em tais instituições esteja acorde com os padrões mínimos estabelecidos pelo Estado****."*

Crianças e adolescentes, com ou sem deficiência, são, portanto, sujeitos de direitos e titulares do direito à educação, devendo ter asseguradas as condições que garantam sua dignidade, favoreçam sua autonomia e facilitem sua participação ativa na comunidade.

Da legislação internacional de direitos humanos analisada decorre que a liberdade de escolha dos pais por escolas distintas das criadas pelas autoridades públicas e a liberdade de indivíduos e entidades de criar e dirigir instituições de ensino deve ser respeitada, desde que estas escolas atendam a padrões mínimos de ensino prescritos ou aprovados pelo Estado e desde que a educação que ministrem respeite padrões mínimos estabelecidos pelo Estado.

Ou seja, no caso das escolas especiais, precisariam ser organizadas em séries e seguir os padrões mínimos curriculares exigidos. Por conta da própria lógica de estrutura e funcionamento do sistema educacional é que se entende que ele deve ser inclusivo e prioritário, devendo o atendimento educacional especializado servir de forma complementar e de apoio ao educando com deficiência, para que tenha as adaptações necessárias para seu desenvolvimento.

No cenário nacional, a Constituição de 1988 autoriza a coexistência de instituições públicas e privadas (art. 206, III), afirmando que o ensino será ministrado respeitando, dentre outros princípios, o *"pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas,* ***e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino****",* sendo que o **ensino é livre à iniciativa privada, desde que cumpridas as normas gerais da educação nacional e que haja autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público** (art. 209).

A LDB (art. 19) também reconhece que nos diferentes níveis do sistema nacional de ensino as instituições de ensino podem ser públicas, quando criadas ou incorporadas, mantidas e administradas pelo Poder Público; ou privadas, quando mantidas e administradas por pessoas físicas ou jurídicas de direito privado,[67] também condicionando **o exercício do**

[67] Quanto criadas e mantidas pela iniciativa privada, aquelas destinadas à educação infantil integram os sistemas municipais de ensino (art. 18, II); as de ensino fundamental e médio integram os sistemas estaduais de ensino (art. 17, III); e as de educação superior que forem assim organizadas integram o sistema federal de ensino (art. 16, II).

ensino pela iniciativa privada ao *cumprimento das normas gerais da educação nacional e do respectivo sistema de ensino, - autorização de funcionamento e avaliação de qualidade pelo Poder Público e à sua capacidade de autofinanciamento.* [68]

A estrutura do sistema nacional de educação autoriza, portanto, que atores públicos e privados sejam responsáveis pelo ensino. Todavia, **o sistema é único**. As regras gerais de estruturação e funcionamento e os princípios que regem o sistema se aplicam a todas as instituições que dele fazem parte, sem privilégios ou ônus desproporcionais, sejam públicas ou privadas.

O ensino é assim permitido às instituições públicas e privadas que cumprem as normas gerais da educação nacional e desde que exista autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público. Como se viu, a Convenção e diversas outras normas vigentes no campo da educação preveem que a educação deve ser inclusiva.

Diante disso, a liberdade de escolha dos pais em relação às escolas públicas ou instituições de ensino privadas, não pode, todavia, ser sustentada quando não há cumprimento de padrões mínimos de ensino prescritos ou aprovados pelo Estado e quando a educação que ministram não seguem padrões mínimos estabelecidos pelo Estado, a dizer, não são inclusivas.

Além disso, em relação às famílias dispõe a LDB que "(…) ***é dever dos pais ou responsáveis efetuar a matrícula das crianças na educação básica a partir dos 4 (quatro) anos de idade*** (art. 6º).[69] Já o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) prevê que ***"os pais ou responsáveis têm a obrigação de matricular seus filhos ou pupilos na rede regular de ensino"*** (art. 55), assegurado o direito de *"(…) ter ciência do processo pedagógico, bem como participar da definição das propostas educacionais"* (art. 54, § único), competindo ao Poder Público "*(...) recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsável, pela freqüência à escola"* (art. 53, §3º).

Decorre destes dispositivos que **as famílias têm a obrigação de efetuar a matrícula de crianças e adolescentes na rede regular de ensino, em escolas do ensino fundamental, cuja frequência deve ser acompanhada pelo Poder Público.**

---

[68] LDB, *art. 7º O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições:*
I - cumprimento das normas gerais da educação nacional e do respectivo sistema de ensino;
II - autorização de funcionamento e avaliação de qualidade pelo Poder Público;
III - capacidade de autofinanciamento, ressalvado o previsto no art. 213 da Constituição Federal.

[69] Segundo a LDB *"o ensino fundamental será presencial, sendo o ensino a distância utilizado como complementação da aprendizagem ou em situações emergenciais"* (art. 32, §4º), cabendo aos Municípios e, supletivamente, aos Estados e à União o dever de *"matricular todos os educandos a partir de sete anos de idade e, facultativamente, a partir de seis anos, no ensino fundamental"* (art. 87, §3º).

Embora se possa buscar nos documentos internacionais argumentos para dizer que a família teria o direito de escolher matricular crianças e adolescentes fora da rede regular, em vista da liberdade que lhe é assegurada, esta opção apenas seria possível quando a instituição cumpre as normas gerais de educação nacional – que, hoje, no Brasil, apontam na direção da educação provida numa perspectiva inclusiva, e não segregatória.

Tendo o Brasil se comprometido a implementar um sistema inclusivo de educação, que vincula a oferta de serviços de educação por instituições públicas e privadas, a opção pelas escolas especializadas, em detrimento do acesso ao ensino regular, foge à lógica do sistema. É por isso que não cabe à família determinar *"alternativa educacional mais adequada"* ou participar *"no processo de decisão sobre os serviços (...) do atendimento educacional especializado, considerados o impedimento de longo prazo e as barreiras a serem eliminadas ou minimizadas para que ele tenha as melhores condições de participação na sociedade, em igualdade de condições com as demais pessoas",* como propõe o Decreto nº 10.502/2020.

A liberdade de escolha das famílias não é inovação do Decreto nº 10.502/2020. As famílias têm, e não é de hoje, a liberdade de escolher onde matricular seus filhos. Contudo, a instituição escolhida deve obedecer às regras vigentes que regulamentam o sistema educacional inclusivo brasileiro.

A opção ou definição da "alternativa educacional mais adequada" pelas famílias e a decisão de colocar crianças e adolescentes com deficiência em instituições que se organizam, estruturam ou prestam serviços em dissonância com os preceitos da educação inclusiva encontra, em nosso entendimento, limitação. Ao sair do sistema educacional inclusivo a família segregará a criança com deficiência, o que não lhe é dado o direito de fazer.

Há casos excepcionais de crianças que vivem em condição hospitalar e que ainda assim teriam direito à escolarização. E que ainda sim seriam de metodologias e técnicas pedagógicas que a criança precisaria. Não é da educação na UTI ou em classes hospitalares o Decreto trata.

Pretende o Decreto nº 10.502/2020 fazer crer que somente com sua entrada em vigor as famílias tiveram assegurada a sua participação nos serviços de Atendimento Educacional Especializado listados em seu art. 2º. O fato é que esta participação da família já tinha previsão no Decreto nº 7.611/2011, art. 2º, §2º. Veja-se:

> *"Art. 2º (...)*
> *§ 2º O atendimento educacional especializado deve integrar a proposta pedagógica da escola,* ***envolver a participação da família para garantir pleno acesso e participação dos estudantes****, atender às necessidades específicas das pessoas público-alvo da educação especial, e ser realizado em articulação com as demais políticas públicas."*

Nos termos do Decreto nº 7.611/11, o Atendimento Educacional Especializado deve ser operacionalizado para os estudantes com deficiência, de forma limitada no tempo e na frequência às salas de recursos multifuncionais. A família, junto com a escola, deve se envolver a fim de possibilitar o acesso e a participação dos educandos no AEE.

O Decreto retoma o modelo médico, trazendo para os profissionais de saúde a decisão que precisa ser pedagógica se estamos tratando da educação ao prever: "planos de desenvolvimento individual e escolar como instrumentos de planejamento e de organização de ações, cuja elaboração, acompanhamento e *avaliação* envolvam a escola, a família, os profissionais do serviço de atendimento educacional especializado, *e que possam contar com outros profissionais que atendam educandos com deficiência,* transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação".

Mais uma vez, ao invés de avançar em regulamentações ausentes e reforçar o paradigma da inclusão existente, o Decreto nº 10.502/2020 retrocede, deturpando conceitos e abrindo espaço para mudança da lógica de funcionamento do sistema.

3.4. A Primazia da norma mais favorável, a proibição de retrocesso e o princípio da proibição da proteção insuficiente

Tratando o Decreto nº 10.502/2020 do direito à educação, um direito fundamental, na análise de seus dispositivos deve-se atentar, aos princípios hermenêuticos da primazia da norma mais favorável ao indivíduo, da proibição de retrocesso e da proibição da proteção insuficiente, sem prejuízo de outros que sejam de interesse.

A primazia da norma mais favorável ao indivíduo implica reconhecer conforme esclarece a doutrina que *"(...) nenhuma norma de direitos humanos pode ser invocada para limitar, de qualquer modo, o exercício de qualquer direito ou liberdade já reconhecida por outra norma internacional ou nacional. Assim, caso haja dúvida na interpretação de qual norma deve reger determinado caso, impõe-se que seja utilizada a norma mais favorável ao indivíduo, quer seja tal norma de origem internacional ou nacional."* [70]

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência reconheceu expressamente o princípio da primazia da norma mais favorável (artigo 4º, §4) ao prever expressamente que *"nenhum dispositivo (...) afetará quaisquer disposições mais propícias à realização dos direitos das pessoas com deficiência, as quais possam estar contidas na*

[70] Ramos, André de Carvalho. Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 89.

legislação do Estado Parte ou no direito internacional em vigor para esse Estado" e que *"não haverá nenhuma restrição ou derrogação de qualquer dos direitos humanos e liberdades fundamentais reconhecidos ou vigentes em qualquer Estado Parte da presente Convenção, em conformidade com leis, convenções, regulamentos ou costumes, sob a alegação de que a presente Convenção não reconhece tais direitos e liberdades ou que os reconhece em menor grau".*

Afirmar que as normas mais favoráveis devem prevalecer significa dizer que na seara dos direitos humanos as conquistas alçadas não devem ser mitigadas. Ao contrário, devem ser perenizadas e protegidas para que, por força de atos estatais não se retroaja ao *status quo* anterior, menos benéfico aos beneficiários dos direitos conquistados. Direitos humanos não podem retroceder.

É neste contexto de prevalência da norma mais favorável que surge o princípio da proibição de retrocesso segundo o qual é vedado aos Estados reduzir ou mitigar proteção conferida a direitos humanos.

O direito à educação inclusiva reconhecido com *status* constitucional impôs ao Estado Brasileiro o dever positivo de sua efetivação por meio da garantia de um sistema educacional inclusivo em todos os níveis. Essa conquista no campo dos direitos das pessoas com deficiência, portanto, não pode sofrer retrocessos.

A adoção do Decreto nº 10.532/2020 e a pretensão de modificar os pressupostos da educação inclusiva para incorporar uma estrutura de educação que segrega e exclui, viola a primazia da norma mais favorável e configura retrocesso na implementação de um direito social constitucionalmente assegurado: o direito à educação na perspectiva inclusiva.

Como já tivemos a oportunidade de pontuar na ocasião do julgamento da ADI 5357-DF, o STF se pronunciou sobre a impossibilidade de retrocessos no campo dos direitos sociais no julgamento do ARE 745745 AGR / MG da seguinte forma:

> ***"Refiro-me ao princípio da proibição do retrocesso, que, em tema de direitos fundamentais de caráter social, impede que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive, consoante adverte autorizado magistério doutrinário*** *(...)*
>
> ***Na realidade, a cláusula que proíbe o retrocesso em matéria social traduz, no processo de sua concretização, verdadeira dimensão negativa pertinente aos direitos sociais de natureza prestacional (como o direito à saúde), impedindo, em consequência, que os níveis de concretização dessas prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser reduzidos ou suprimidos,*** *exceto na hipótese – de todo inocorrente na espécie – em que*

políticas compensatórias venham a ser implementadas pelas instâncias governamentais.

Bem por isso, o Tribunal Constitucional português (Acórdão nº 39/84), ***ao invocar a cláusula da proibição do retrocesso, reconheceu a inconstitucionalidade de ato estatal que revogara garantias já conquistadas em tema de saúde pública, vindo*** *a proferir decisão assim resumida pelo ilustre Relator da causa, Conselheiro VITAL MOREIRA, em douto voto de que extraio o seguinte fragmento ("Acórdãos do Tribunal Constitucional", vol. 3/95-131, 117-118, 1984, Imprensa Nacional, Lisboa):*

*"**Que o Estado não dê a devida realização às tarefas constitucionais, concretas e determinadas, que lhe estão cometidas, isso só poderá ser objecto de censura constitucional em sede de inconstitucionalidade por omissão. Mas quando desfaz o que já havia sido realizado para cumprir essa tarefa, e com isso atinge uma garantia de um direito fundamental, então a censura constitucional já se coloca no plano da própria inconstitucionalidade por acção.***

Se a Constituição impõe ao Estado a realização de uma determinada tarefa – a criação de uma certa instituição, uma determinada alteração na ordem jurídica –, então, quando ela seja levada a cabo, o resultado passa a ter a protecção directa da Constituição. O Estado não pode voltar atrás, não pode descumprir o que cumpriu, não pode tornar a colocar-se na situação de devedor. (...) Se o fizesse, incorreria em violação positiva *(...)* ***da Constituição****."*

.....

Em ***grande*** *medida,* ***os direitos sociais*** *traduzem-se para o Estado* ***em obrigação de fazer****, sobretudo de criar certas instituições públicas (sistema escolar,* ***sistema de segurança social****, etc.).*

Enquanto elas não forem criadas, a Constituição só pode fundamentar exigências para que se criem; mas após terem sido criadas, a Constituição passa a proteger a sua existência, como se já existissem à data da Constituição. As tarefas constitucionais impostas ao Estado em sede de direitos fundamentais no sentido de criar certas instituições ou serviços não o obrigam apenas a criá-los, obrigam-no também a não aboli-los uma vez criados. Quer isto dizer que a partir do momento em que o Estado cumpre (total ou parcialmente) as tarefas constitucionalmente impostas para realizar um direito social, o respeito constitucional deste deixa de consistir (ou deixar de consistir apenas) numa obrigação positiva, para se transformar (ou passar também a ser) numa obrigação negativa. O Estado, que estava obrigado a actuar para dar satisfação ao direito social, passa a estar obrigado a abster-se de atentar contra a realização dada ao direito Social."

A educação inclusiva reconhecida na perspectiva constitucional, representa a concretização de um dever imposto ao Estado Brasileiro e reforçado com a incorporação da Convenção. A adoção de medidas voltadas a fragilizar este direito devem ser consideradas inconstitucionais.

A Convenção impôs ao Estado Brasileiro o dever de *"adotar todas as medidas necessárias, inclusive legislativas, para modificar ou revogar leis, regulamentos, costumes e práticas vigentes, que constituírem discriminação contra pessoas com deficiência"* (art. 4, 1, "b") e de *"tomar todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação baseada em deficiência, por parte de qualquer pessoa, organização ou empresa privada"* (art. 4, 1, "e").No campo das obrigações de não fazer, impôs o dever de *"abster-se de participar em qualquer ato ou prática incompatível com a presente Convenção e assegurar que as autoridades públicas e instituições atuem em conformidade com a presente Convenção"* (art. 4, 1, "d").

Embora o Poder Executivo possa criar políticas e programas a fim de conferir concretude ao conteúdo da Convenção, o Estado Brasileiro não pode colocar em prática medidas que não concorrem positivamente para a garantia do direito à educação inclusiva.

A partir das digressões já apresentadas acerca do Decreto nº 10.502/2020, entendemos que sua publicação configura verdadeiro retrocesso e violação ao princípio da primazia da norma mais favorável. Trata-se de instrumento que viola conteúdo material da Constituição.

O Decreto nº 10.502/2020 não confere efetividade ao conteúdo constitucional agregado pela Convenção em relação ao direito à educação inclusiva – ao contrário, fragiliza este direito. Na contramão da proposta de um sistema educacional inclusivo em todos os níveis, reforça a possibilidade de que crianças e adolescentes com deficiência sejam mantidos fora do sistema regular de ensino, ao estipular diretriz de ***"assegurar o atendimento educacional especializado como diretriz constitucional, para além da institucionalização de tempos e espaços reservados para atividade complementar ou suplementar***" (art. 4º, III).

A previsão do Decreto em relação ao AEE abre espaço para que sua oferta pelas organizações que elenca substitua o ensino regular, o que em nosso entendimento é inconstitucional. Além disso, permite que crianças e adolescentes com deficiência sejam privados de terem a inclusão assegurada dentro do sistema regular de ensino, sob o argumento de que podem não se beneficiar do ensino regular e de que em razão de sua deficiência devem ser postas em escolas especializadas, classes especializadas ou escolas que não atendem em conjunto crianças com e sem deficiência.

Num contexto em que a educação inclusiva é constitucionalmente reconhecida, a proteção suficiente se verifica quando a legislação e atos emanados das autoridades competentes tenham como objetivo concretizar esse direito.

Segundo o Princípio da Proibição da Proteção Insuficiente, interessante parâmetro para balizar a (in)constitucionalidade de atos legislativos na proteção de direitos fundamentais, o Estado deve editar leis e medidas efetivas à sua proteção e garantia e não ao contrário. Todavia, ao criar legislação ou editar atos de autoridades competentes que contrariem ou não garantam a devida proteção constitucional a um direito fundamental, entende-se que a proteção assegurada foi insuficiente. É este o caso do Decreto nº 10.532/2020 em relação ao direito constitucional à educação inclusiva.

Sobre o Princípio da Proibição da Proteção Insuficiente ou Deficitária o STF no julgamento do RE 567.985 / MT[71], que teve como Relator o Ministro Marco Aurélio, entendeu que *"(...)* ***emerge como parâmetro de aferição de constitucionalidade da intermediação legislativa de direitos fundamentais o chamado princípio da proibição da concretização deficitária, cujo fundamento último radica-se no dever, imputável ao Estado, de promover a edição de leis e ações administrativas efetivas para proteger os direitos fundamentais****."*

Uma conduta estatal que não é suficiente para conferir a devida proteção a direitos fundamentais pode ser que considerada desproporcional em sentido estrito. Ante a ausência de proporcionalidade, passível de ser considerada inconstitucional por omissão.

Como pontuamos por ocasião do julgamento da ADI 5357-DF, o STF no julgamento do ARE 745745 AgR/MG, já se pronunciou no sentido de que o Estado tem o dever de conferir real efetividade à afirmação constitucional de direitos sociais:

> *(...)* ***As situações configuradoras de omissão inconstitucional – ainda que se cuide de omissão parcial derivada da insuficiente concretização, pelo Poder Público, do conteúdo material da norma impositiva fundada na Carta Política – refletem comportamento estatal que deve ser repelido, pois a inércia do Estado qualifica-se como uma das causas geradoras dos processos informais de mudança da Constituição, tal como o revela autorizado magistério doutrinário*** *(ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ, "Processos Informais de Mudança da Constituição", p. 230/232, item n. 5, 1986, Max Limonad; JORGE MIRANDA, "Manual de Direito Constitucional", tomo II/406 e 409, 2ª ed., 1988, Coimbra Editora; J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, "Fundamentos da Constituição", p. 46, item n. 2.3.4, 1991, Coimbra Editora).*

[71] RE 567.985/MT. Data: 18.04.2013. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4614447 Acesso em 10.10.2020.

O fato inquestionável é um só: a inércia estatal em tornar efetivas as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela Constituição e configura comportamento que revela um incompreensível sentimento de desapreço pela autoridade, pelo valor e pelo alto significado de que se reveste a Constituição da República.

Nada mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem convenientes aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos.

(...)

O desprestígio da Constituição – por inércia de órgãos meramente constituídos – representa um dos mais graves aspectos da patologia constitucional, pois reflete inaceitável desprezo, por parte das instituições governamentais, da autoridade suprema da Lei Fundamental do Estado.

Essa constatação, feita por KARL LOEWENSTEIN ("Teoria de la Constitución", p. 222, 1983, Ariel, Barcelona), coloca em pauta o fenômeno da erosão da consciência constitucional, motivado pela instauração, no âmbito do Estado, de um preocupante processo de desvalorização funcional da Constituição escrita, como já ressaltado, pelo Supremo Tribunal Federal, em diversos julgamentos, como resulta evidente da seguinte decisão consubstanciada em acórdão assim ementado:

"(…) ***DESCUMPRIMENTO DE IMPOSIÇÃO CONSTITUCIONAL LEGIFERANTE E DESVALORIZAÇÃO FUNCIONAL DA CONSTITUIÇÃO ESCRITA****.*

– O Poder Público – quando se abstém de cumprir, total ou parcialmente, o dever de legislar, imposto em cláusula constitucional, de caráter mandatório – infringe, com esse comportamento negativo, a própria integridade da Lei Fundamental, estimulando, no âmbito do Estado, o preocupante fenômeno da erosão da consciência constitucional *(****ADI 1.484-DF****, Rel. Min. CELSO DE MELLO).*

– ***A inércia estatal em adimplir as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição e configura, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado. É que nada se revela mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem ajustados à conveniência e aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos.***

(...) Em tema de implementação de políticas governamentais previstas e determinadas no texto constitucional, notadamente nas áreas de

> ***educação infantil (RTJ 199/1219-1220) e de saúde pública (RTJ 174/687 – RTJ 175/1212-1213), a Corte Suprema brasileira tem proferido decisões que neutralizam os efeitos nocivos, lesivos e perversos resultantes da inatividade governamental, em situações nas quais a omissão do Poder Público representava um inaceitável insulto a direitos básicos assegurados pela própria Constituição da República, mas cujo exercício estava sendo inviabilizado por contumaz (e irresponsável) inércia do aparelho estatal.***
>
> ***O Supremo Tribunal Federal, em referidos julgamentos, colmatou a omissão governamental, conferiu real efetividade a direitos essenciais, dando-lhes concreção, e, desse modo, viabilizou o acesso das pessoas à plena fruição de direitos fundamentais, cuja realização prática lhes estava sendo negada, injustamente, por arbitrária abstenção do Poder Público. (...).”***

Assim, considerando que o Decreto nº 10.532/2020 não conferiu real efetividade ao conteúdo constitucional agregado pela Convenção em relação ao tema da educação inclusiva, tendo suas previsões inclusive contrariado o reconhecimento deste direito, resta violado, em nosso entendimento, o postulado da proibição de proteção insuficiente.

3.5. Ausência de consulta prévia

Quando o governo brasileiro apresentou seu relatório de monitoramento a ONU sobre implementação e monitoramento nacional da Convenção, afirmou que o Conselho Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência (CONADE) cumpre *parcialmente* a função de monitoramento independente, apesar de não obedecer os princípios relacionados ao *status* legal e do funcionamento das instituições nacionais para a promoção e proteção dos direitos humanos. Isso porque as organizações da sociedade civil que representam pessoas com deficiência fazem parte de sua composição, mas dividem espaço com representantes do governo neste órgão, o que vai de encontro com a obrigação da Convenção e aos Princípios de Paris, que exige um mecanismo de monitoramento independente, feito apenas de representantes da sociedade civil.

Assim, a sua composição colegiada representaria uma limitação real para atribuir ao CONADE o papel de mecanismo independente estabelecido na Convenção. Como o CONADE está estruturado no modelo adotado pelo Estado brasileiro para a criação de conselhos de direitos, esta é uma questão que requer uma análise aprofundada bem como medidas de ajuste no futuro para a reformulação dos mecanismos existentes e o estabelecimento de novos.

Nesse ínterim, o CONADE fez ajustes em seu regimento interno para prever expressamente a sua participação no processo de monitoramento das obrigações assumidas pelo Brasil pela ratificação da Convenção. Isto não quer dizer que o tema está resolvido.

Na resposta do Comitê ao Brasil, há o registro de preocupação com o tema pelo fato de o CONADE não constituir um mecanismo independente de monitoramento de acordo com os Princípios relacionados ao *status* de instituições nacionais para promoção e proteção de direitos humanos (Princípios de Paris). Nesse sentido, o Comitê recomendou expressamente que o Brasil como Estado Parte estabeleça um mecanismo independente alinhado com os Princípios de Paris com recursos necessários para promover, proteger e monitorar a implementação da Convenção, garantindo a plena participação das pessoas com deficiência e as suas organizações representativas.

De toda forma, mesmo não sendo oficialmente o órgão de monitoramento nacional, continua sendo o CONADE um colegiado de participação social importante para o debate nacional sobre as políticas públicas e os direitos das pessoas com deficiência. E ainda que tenha caráter deliberativo sobre a temática, este não foi sequer consultado.

Este então é outro ponto relevante que representa uma violação promovida pelo Decreto nº 10.502/2020: a ausência de consulta prévia. Isto porque o item (3) do artigo 4º da Convenção dispõe que, na elaboração e implementação de legislação e políticas para aplicar a Convenção e em outros processos de tomada de decisão relativos às pessoas com deficiência, os Estados Partes realizarão consultas estreitas e envolverão ativamente pessoas com deficiência, inclusive crianças com deficiência, por intermédio de suas organizações representativas.

Entretanto, o processo de construção do Decreto não ocorreu dessa forma, desrespeitando a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Não só não houve consulta pública nos termos do Decreto nº 9.191/2017 que regulamenta o tema na Administração Pública Federal[72] para ouvir as organizações representativas interessadas, como nem mesmo foi consultado o CONADE que é a instância colegiada que reúne

[72] Pela Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência deveria ter havido consulta estreita às organizações representativas de pessoas com deficiência. Deveria então o MEC ter encaminhado a partir dos trâmites definidos no Decreto nº 9.191, de 1º de novembro de 2017 que regulamenta a Consulta Pública no âmbito do Poder Executivo Federal, além de ter feito discussões públicas por meio de audiências e seminários sobre o tema. "CAPÍTULO VI - CONSULTA PÚBLICA - Competência para aprovar a consulta pública - Art. 40. A proposta de ato normativo a ser submetida a consulta pública será encaminhada pelo titular do órgão ao qual está afeta a matéria, por meio de aviso dirigido ao Ministro de Estado Chefe da Casa Civil da Presidência da República, acompanhada da documentação referida no art. 30.
Procedimento da consulta pública - Art. 41. Na hipótese de a Casa Civil da Presidência da República concluir pela adequação, conveniência e oportunidade da proposta de ato normativo: I - a íntegra da proposta e os termos da consulta serão publicados no Diário Oficial da União pela Casa Civil da Presidência da República; e II - a consulta pública será disponibilizada no sítio eletrônico da Presidência da República e, caso se entenda conveniente, adicionalmente, no sítio eletrônico do órgão proponente.
Processamento das sugestões - Art. 42. As sugestões à consulta pública serão recebidas pela Casa Civil da Presidência da República e analisadas em conjunto com o órgão proponente.
Resultado da consulta pública - Art. 43. No prazo de três meses após o término do recebimento das sugestões, o órgão proponente deverá encaminhar à Casa Civil da Presidência da República: I - exposição de motivos com a proposta final de ato normativo; ou II- justificativa da desistência da proposta. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Decreto/D9191.htm#art59 Acesso em 10.10.2020.

organizações representativas de pessoas com deficiência no Brasil, mesmo que com membros de governo também em sua composição.

Além de não ter havido consulta formal ao órgão sobre o assunto, sequer todos os conselheiros e conselheiras foram convidados para a cerimônia de assinatura do decreto que aconteceu no Palácio do Planalto. Depois de editado, na terça-feira seguinte, o órgão realizou uma reunião virtual onde se decidiu criar um Grupo de Trabalho (GT) para estudar propostas de aperfeiçoamento ao Decreto nº 10.502/2020. Como a votação anterior havida na reunião mencionada para decidir sobre o repúdio ao Decreto perdeu de 9 a 13 votos, é preciso atentar para o que pode sair do CONADE enquanto colegiado em relação ao tema.

3.6. O julgamento da ADI 5.357/DF

Diante do exposto acima, importante ainda trazer algumas considerações sobre o olhar da Suprema Corte sobre o tema da educação inclusiva. A principal manifestação do Supremo Tribunal Federal ocorreu no julgamento da ADI nº 5.357/DF proposta pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino – CONFENEN, sob a relatoria do Ministro EDSON FACHIN, por meio da qual se pediu a declaração de inconstitucionalidade do §1º do artigo 28 e artigo 30, *caput*, da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência - Lei nº 13.146/2015.

Pretendia a CONFENEN, com a declaração de inconstitucionalidade, afastar a obrigatoriedade das escolas privadas de prover aos educandos com deficiência todos os apoios necessários à oferta dos serviços educacionais de forma inclusiva, sob a alegação de que o cumprimento das exigências levaria ao encerramento das atividades de muitas delas, em razão da vedação legal de cobrança de taxas extras.

Dada a importância do tema e o histórico de conquistas no campo do direito à educação inclusiva, relevantes atores da sociedade civil se mobilizaram e se disponibilizaram para contribuir com a discussão apresentando-se como *amici curiae*.[73]

Organizações da sociedade civil se uniram em um amplo trabalho de incidência, que incluiu a realização de audiências com os Ministros do STF. A Suprema Corte, por fim, julgou improcedente o pedido da CONFENEN e declarou constitucionais os dispositivos da Lei

[73] Foram admitidos: 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, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB, a Associação Brasileira para a Ação por Direitos das Pessoas com Autismo – ABRAÇA, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo – DPSP, o Movimento de Ação e Inovação Social MAIS – Movimento Down, a Organização Nacional de Cegos do Brasil – ONCB – a Federação das Fraternidades Cristãs de Pessoas com Deficiência do Brasil – FDC/BR, Organização Nacional de Entidades de Deficientes Físicos no Brasil – ONEDEF, Associação de Pais, Amigos e Pessoas com Deficiência de Funcionários de Banco do Brasil e da Comunidade – APABB e Federação Nacional das Associações Pestalozzi.

Brasileira de Inclusão acima citados. Os dois principais argumentos que embasaram a decisão foram o *princípio da igualdade* e a *necessidade do ensino inclusivo*.

A ementa do voto (parte do acórdão que resume a decisão majoritária) sintetiza os fundamentos da decisão, que podem ajudar a antever a visão do STF sobre o Decreto nº 10.502/2020. Colacionamos com grifos nossos:

> "AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA CAUTELAR. LEI 13.146/2015. ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. ENSINO INCLUSIVO. CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. INDEFERIMENTO DA MEDIDA CAUTELAR. CONSTITUCIONALIDADE DA LEI 13.146/2015 (arts. 28, § 1º e 30, caput, da Lei nº 13.146/2015).
>
> 1. **A Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência concretiza o princípio da igualdade como fundamento de uma sociedade democrática que respeita a dignidade humana**.
>
> 2. À luz da Convenção e, por consequência, da própria Constituição da República**, o ensino inclusivo em todos os níveis de educação não é realidade estranha ao ordenamento jurídico pátrio, mas sim imperativo que se põe mediante regra explícita**.
>
> 3. Nessa toada, **a Constituição da República prevê em diversos dispositivos a proteção da pessoa com deficiência**, conforme se verifica nos artigos 7º, XXXI, 23, II, 24, XIV, 37, VIII, 40, § 4º, I, 201, § 1º, 203, IV e V, 208, III, 227, § 1º, II, e § 2º, e 244.
>
> 4. Pluralidade e igualdade são duas faces da mesma moeda. **O respeito à pluralidade não prescinde do respeito ao princípio da igualdade.** E na atual quadra histórica, uma leitura focada tão somente em seu aspecto formal não satisfaz a completude que exige o princípio. **Assim, a igualdade não se esgota com a previsão normativa de acesso igualitário a bens jurídicos, mas engloba também a previsão normativa de medidas que efetivamente possibilitem tal acesso e sua efetivação concreta**.
>
> 5**. O enclausuramento em face do diferente furta o colorido da vivência cotidiana, privando-nos da estupefação diante do que se coloca como novo, como diferente**.
>
> 6**. É somente com o convívio com a diferença e com o seu necessário acolhimento que pode haver a construção de uma sociedade livre, justa e solidária**, em que o bem de todos seja promovido sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (Art. 3º, I e IV, CRFB).
>
> 7. **A Lei nº 13.146/2015 indica assumir o compromisso ético de acolhimento e pluralidade democrática adotados pela Constituição** ao

> exigir que não apenas as escolas públicas, mas também as particulares deverão pautar sua atuação educacional a partir de todas as facetas e potencialidades que o direito fundamental à educação possui e que são densificadas em seu Capítulo IV." [74]

O Ministro EDSON FACHIN afirmou em seu voto não só que o processo de inclusão fortalece uma sociedade igualitária e democrática como também é **dever constitucional**.

Para a análise do Decreto nº 10.502/2020 interessa o percurso hermenêutico realizado pelo STF na ADI nº 5357/DF para concluir pela constitucionalidade dos § 1º, do artigo 28, e art. 30 da LBI e com isso, afirmar a constitucionalidade e a importância do ensino inclusivo que deve ser provido sem repasse de custo adicional para as pessoas com deficiência que dele se beneficiam sob pena de gerar, nas palavras do Ministro EDSON FACHIN, "o enclausuramento em face do diferente".

O voto da Ministra CARMEN LÚCIA reconheceu que a educação inclusiva orienta o sistema educacional brasileiro, tendo como alicerces a Constituição Federal e a Convenção, que reforçou a impossibilidade de retrocesso. Destacamos de seu voto, com grifos nossos:

> "19. Dentre os objetivos da educação inclusiva tem-se destacado a necessidade de **observância das diversidades e das formas variadas de respeito do outro, tidos como nortes do sistema educacional**.
>
> [...] 24. Passadas mais de duas décadas desde o advento da Constituição da República e mais de 14 anos desde a assinatura desses documentos nacionais e internacionais **não se pode cogitar de motivos novos, como sugerido pela Autora, que pudessem validamente obstar a aplicação de normas e a execução de políticas públicas densificadoras de direitos fundamentais de cidadãos que enfrentam dificuldades e limitações outras que lhes reduzem a possibilidade de participar e competir em igualdade de condições com os demais."**

Em suma, entendeu o Supremo que os artigos da Lei Brasileira de Inclusão que exigem que escolas particulares pautem sua atuação pela ótica da inclusão encontra respaldo na Constituição Federal e na Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência da ONU. A *contrario sensu*: **qualquer ação ou omissão que seja oposta ao paradigma da educação**

[74] Embora a ação em tela tivesse um claro viés econômico, já que pretendia refutar dispositivo legal para permitir às escolas privadas cobrar taxas extras de alunos com deficiência ao promover a inclusão em si, o único voto pela parcial procedência da ADI foi o do Ministro Marco Aurélio, que mais se ateve à análise econômica da questão. Cabe-nos aqui hachurar a digressão sobre o risco de a análise econômica ser trazida à tona nos debates sobre o Decreto nº 10.502/2020, conforme apontamos anteriormente. O Decreto nº 7.611/2011 que dispõe sobre educação especial determinou que "para efeito da distribuição dos recursos do FUNDEB, será admitida a dupla matrícula dos estudantes da educação regular da rede pública que recebem atendimento educacional especializado. A dupla matrícula implica o cômputo do estudante tanto na educação regular da rede pública, quanto no atendimento educacional especializado". Ou seja, a ampliação dos institutos que compõem o Atendimento Educacional Especializado, aumentando consequentemente o rol das entidades que podem ofertar os diferentes tipos de serviços previstos no art. 2º do Decreto nº 10.502/2020, tem consequências economicamente sensíveis em relação ao financiamento da educação especial, uma vez que pode deslocar dotações orçamentárias destinadas a educação inclusiva.

inclusiva não possui respaldo na Constituição Federal. Este é o caso do Decreto nº 10.502/2020.

Assim, a decisão do STF na ADI nº 5357/DF confirmou o paradigma do direito constitucional à educação inclusiva, vinculando assim outras decisões do Poder Judiciário, bem como atos do Poder Executivo e do Legislativo, já que as decisões em sede de controle concentrado de constitucionalidade (caso de ADI) possuem eficácia *erga omnes*[75].

De acordo com os motivos expostos pelos Ministros ao declarar a improcedência da ADI nº 5.357/DF, entende-se que a tendência da Corte, cuja composição pouco mudou e pelos motivos exarados, é julgar inconstitucional o Decreto nº 10.502/2020, pois seu conteúdo vai de encontro a obrigação de implementação do direito à educação inclusiva.

3.7. ADPF nº 751/DF[76]

Logo após a edição do Decreto em análise, em 05 de outubro de 2020, a REDE SUSTENTABILIDADE ajuizou a ADPF nº 751 requerendo a declaração de inconstitucionalidade do Decreto nº 10.502/2020, dado que ele prejudica a efetivação do direito à educação inclusiva, indo de encontro à Constituição Federal e as Convenções das quais o Brasil é parte, constituindo, inclusive, um verdadeiro retrocesso nas políticas de inclusão no Brasil.

Os argumentos da REDE se dividem em três categorias:

(a) violação ao direito à educação inclusiva e a não discriminação: afirma a REDE que a garantia da educação inclusiva tem seu alicerce na Constituição Federal e que mesmo o art. 208, III reforça o "sentido de dar preferência à integração do aluno com deficiência ao ambiente regular de ensino". Ademais, indica os princípios da Convenção sobre os Direitos das

---

[75] Decisões judiciais e ações da Administração Pública estão obrigatoriamente vinculadas à decisão da Suprema Corte. Tendo o STF afirmado que a inclusão é paradigma constitucional, tal entendimento só pode ser afastado por outra decisão do STF ou por emenda à Constituição. Existe, contudo, um debate a respeito da improcedência de ações diretas de inconstitucionalidade (em termos mais simples: quando alguém requer que o STF julgue uma lei como inconstitucional, mas a Corte não concorda com os argumentos trazidos e, com base nestes, declara constitucional o ato). A dúvida é se o Supremo pode reapreciar a matéria e em quais limites. A doutrina predominante entende que *"parece totalmente inapropriado que se impeça o Supremo Tribunal Federal de reapreciar a constitucionalidade ou não de uma lei anteriormente considerada válida, à vista de novos argumentos, de novos fatos, de mudanças formais ou informais da Constituição ou de transformações na realidade que modifiquem o impacto ou a percepção da lei"* BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 240.

[76] A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) tem por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público. Em decorrência da excepcionalidade da ação, somente são legitimados o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de Assembleia Legislativa ou a Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou o Governador do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e qualquer confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. O sentido de "preceito fundamental" é bastante aberto. LUIZ GUILHERME MARINONI observa que "não há na doutrina e na jurisprudência do STF inequívoca definição do que seja preceito fundamental" SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 1212

Pessoas com Deficiência violados, em especial o compromisso que o Brasil assumiu de *"adotar todas as medidas necessárias inclusive legislativas para modificar ou revogar leis, regulamentos, costumes e práticas vigentes que constituírem discriminação contra as pessoas com deficiência".* (art. 4º, 1, a). Assim, a segregação trazida pelo Decreto viola a Constituição e Convenções Internacionais por não estar adequado à educação inclusiva e não discriminatória;

(b) proibição de retrocesso social em matéria social: neste quesito a REDE traçou todo o caminho legislativo percorrido para a consolidação do direito à educação inclusiva e como o Decreto nº 10.502/2020 vem de encontro a ele. Especifica inúmeros atos normativos e decretos que consolidam a matéria, citando a ADI nº 5.357/DF. A REDE explica que o Decreto *"retroage em relação a décadas de construção do direito à educação inclusiva que se materializou no aumento significativo do número de estudantes com deficiência em escolas regulares"*. Indica também que o Decreto afetará a educação inclusiva ao drenar *"recursos que deveriam se destinar ao aprimoramento de instalações físicas, treinamentos de professores e outras medidas necessárias à consecução da política de inclusão"*;

(c) violação às normas e recomendação internacionais: a REDE argui por fim como a regulação é frontalmente contrária à já citada Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, à Declaração de Salamanca sobre Princípios, Políticas e Práticas na Área das Necessidades Educativas Especiais e à Declaração de Icheon.

Como não poderia deixar de ser, boa parte da argumentação constante na ADPF se baseia no julgamento da ADI nº 5.357/DF, procurando demonstrar ao Supremo que o Decreto nº 10.502/2020 viola preceito fundamental já indicado como constitucional pela Corte, qual seja, o direito à educação inclusiva.

A REDE requereu medida liminar para suspensão dos efeitos do Decreto até ulterior análise de mérito. O relator designado, Ministro DIAS TOFFOLI, em 22 de outubro proferiu o seguinte despacho com pedido de informações:

> "O Decreto nº 10.502, de 30 de setembro de 2020, parece ter a aptidão de promover profundas alterações na política nacional de educação no que tange ao tratamento dispensado aos estudantes com necessidades especiais. De outra banda, o diploma entrou em vigor já na data da sua publicação, estando desde então apto a produzir efeitos. Configurada, portanto, a urgência na análise do caso. Assim, solicitem-se informações prévias às autoridades requeridas (aplicação analógica do rito do art. 10, caput , da Lei nº 9.868/99) e, em seguida, abra-se vista, sucessivamente, ao Advogado-Geral da União e ao Procurador-Geral da República, impreterivelmente pelo prazo de três dias (art. 10, § 1º, da Lei nº 9.868/99)".

Entendemos que o Decreto nº 10.502/2020 viola preceitos fundamentais. A ideia central é que a violação deve se vincular a um direito real que comporta espaço para construção interpretativa. Assim, o Decreto não é *somente* uma violação ao direito da igualdade, mas sim a todo o arcabouço constitucional que dá suporte à obrigação de inclusão no campo do direito à educação.

Neste sentido, o Ministro EDSON FACHIN elencou alguns elementos que permitem observar a proteção à pessoa com deficiência num primeiro momento e obrigação de inclusão em ato contínuo: artigos 3º, I e IV, 7º, XXXI, 23, II, 24, XIV, 37, VIII, 40, § 4º, I, 201, § 1º, 203, IV e V, 208, III, 227, § 1º, II, e § 2º, e 244[77].

O art. 208, III da Constituição Federal determina o "atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, **preferencialmente** na rede regular de ensino". A LDB utiliza o mesmo advérbio no art. 4º, III: "atendimento educacional especializado gratuito aos educandos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação, transversal a todos os níveis, etapas e modalidades, **preferencialmente** na rede

[77] Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
I - construir uma sociedade livre, justa e solidária
IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.
(...) Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:
XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência;
Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:
II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;
(...) Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:
XIV - proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência;
(...) Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:
VIII - a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão;
(...) Art. 40. O servidor será aposentado:
§ 4º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados, nos termos definidos em leis complementares, os casos de servidores:
I portadores de deficiência;
(...) Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:
IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;
V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.
(...) Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:
III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;
(...) 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.
§ 2º A lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência.
(...) Art. 244. A lei disporá sobre a adaptação dos logradouros, dos edifícios de uso público e dos veículos de transporte coletivo atualmente existentes a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência, conforme o disposto no art. 227, § 2º.

regular de ensino". Como o Decreto tem por base a LDB e este afirma que o AEE deve ser assegurado preferencialmente (mas não exclusivamente) na escola regular, o Decreto não é ilegal com base na LDB. Isso pode ser um argumento a ser utilizado na estratégia jurídica para poder acessar diretamente o STF, pois sob esta perspectiva o decreto não é propriamente ilegal, mas inconstitucional.

Resta analisar se o uso do termo "preferencialmente" no art. 208, III da Constituição Federal não tornaria constitucional o Decreto. A resposta é negativa. Isso porque, a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, ao ser recepcionada no ordenamento brasileiro com *status constitucional,* passou a ser o novo parâmetro que se impôs sobre o anterior, sendo o sistema educacional inclusivo em todos os níveis ao longo da vida a nova diretriz.

É possível ainda aprofundar a afirmação de que **a Convenção revogou tacitamente o termo "preferencialmente"**. Dentro da ideia de implementação progressiva do direito à educação, ainda se coexistia com a transição e os resquícios das escolas e classes especiais. Mas, no sistema educacional inclusivo, não se pode privilegiar a exceção, que não mais encontra guarida no sistema constitucional, como regra[78].

Uma vez ajuizada a ADPF, um campo de atuação jurídica foi delineado, sendo possível a terceiros interessados se manifestar através da figura do *amicus curiae*.

Amicus Curiae é o "amigo da corte". A expressão em latim é utilizada para designar a intervenção de terceiros para fornecer informações qualificadas e que possam ajudar nas decisões dos tribunais em questões relevantes e de grande impacto. *Amici curiae* é a mesma expressão utilizada no plural.

O instituto jurídico do a*micus curiae* foi previsto de forma ampla no artigo 138 do Código de Processo Civil (CPC). Veja-se:

> "Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação."

Em razão de sua legitimidade e da pertinência temática com o tema em debate, é admitido no processo para contribuir com subsídios instrutórios (probatórios ou jurídicos) à

[78] Ademais, poder-se-ia refletir para fins de argumentação se também seria o caso de uma mutação constitucional no citado artigo. As mutações constitucionais são novas interpretações (e proibições de outras) de normas constitucionais sem alterar o seu texto através de uma emenda constitucional. Nessa linha de raciocínio, a expressão "preferencialmente na rede regular de ensino" teria sofrido mutação constitucional – indiretamente indicada no julgamento da ADI 5.357/DF – devendo obrigatoriamente ser lida com a lente da inclusão. Este "preferencialmente", portanto, deveria ser lido como prioritariamente, e não numa ótica de "escolha", conforme o Decreto procura indicar, mas de equidade, de isonomia e, repete-se, de inclusão.

solução de causa revestida de especial relevância ou complexidade, sem, no entanto, passar a titularizar posições subjetivas às partes – nem mesmo limitada e subsidiariamente[79].

O *amicus curiae* também amplia a possibilidade de obtenção de decisões mais justas e, portanto, mais próximas do cumprimento da garantia da plenitude da tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV da Constituição Federal). Em geral, essa ferramenta traz a pluralização do processo constitucional e tem potencial de influenciar as decisões do STF, sendo, portanto, considerada muito relevante para a defesa de direitos por parte de atores da sociedade civil

O instituto do *amicus curiae* é, talvez, uma forma democrática da Suprema Corte se abrir à sociedade de maneira colaborativa e construtiva. É a mais autêntica forma do que PETER HÄBERLE chamou de interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição, em importante livro traduzido pelo Ministro Gilmar Mendes.

A finalidade democrática do instituto *amicus curiae* é evidenciada na obra de vários membros desta Egrégia Corte. Veja-se, por exemplo, as posições do Ministro GILMAR MENDES e LUÍS ROBERTO BARROSO, respectivamente:

> "O instituto em questão [amicus curiae], de longa tradição no direito americano, visa um objetivo dos mais relevantes: viabilizar a participação no processo de interessados a afetados pelas decisões tomadas no âmbito do controle de constitucionalidade. Como há facilmente de se perceber, trata-se de medida concretizadora do princípio do pluralismo democrático que rege a ordem constitucional brasileira. Para além disso, o dispositivo em questão acaba por ensejar a possibilidade de o Tribunal decidir as causas com pleno conhecimento de todas as suas implicações ou repercussões.[80]
> O poder de juízes e tribunais, como todo poder político em um Estado democrático, é representativo. Vale dizer: é exercido em nome do povo e deve contas à sociedade. Embora tal assertiva seja razoavelmente óbvia, do ponto de vista da teoria democrática, a verdade é que a percepção concreta desse fenômeno é relativamente recente. O distanciamento em relação ao cidadão comum, à opinião pública e aos meios de comunicação fazia parte da autocompreensão do Judiciário e era tido como virtude. O quadro, hoje, é totalmente diverso".[81]

Desta feita, aceitar a manifestação de *amicus curiae* é permitir que a Corte se oxigene com informações e opiniões vindas diretamente da sociedade. É permear a Corte com a mais pura forma de Democracia, abrindo-se para os setores da sociedade que podem contribuir

---

[79] TALAMINI, Eduardo. Amicus Curiae no CPC/15. Publicado pelo Migalhas em 1º de março de 2016. Disponível em: < https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI234923,71043-Amicus+curiae+no+CPC15 > Acesso em 10.10.2020.

[80] MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de Constitucionalidade: Uma análise das leis 9868/99 e 9882/99, *Revista Diálogo Jurídico, Salvador*, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, nº11, fevereiro, 2002, p. 5. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_11/DIALOGO-JURIDICO-11-FEVEREIRO-2002-GILMAR-MENDES.pdf>. Acesso em 10.10.2020.

[81] BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 423.

para a construção da decisão mais justa e que também sentirão os seus efeitos. E é exatamente neste sentido que PETER HÄBERLE leciona que a esfera pública pluralista desenvolve força normatizadora. Posteriormente, a Corte Constitucional haverá de interpretar a Constituição em correspondência com a sua atualização pública.[82]

No caso da ADPF, além do regramento geral previsto no CPC, a Lei 9.882/99 trata especificamente sobre seu processo e julgamento, conforme vemos a seguir:

> "Art. 6º. Apreciado o pedido de liminar, o relator solicitará as informações às autoridades responsáveis pela prática do ato questionado, no prazo de dez dias.
>
> § 1º. Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria."

Assim, é plenamente possível a admissão de *amicus curiae* na ADPF 751. Como a decisão que admite ou inadmite *amicus curiae* é irrecorrível, é importante que a petição solicitando o ingresso seja bem formulada.

Existem dois critérios de admissão: relevância do tema e representatividade adequada dos postulantes. Quanto ao primeiro, entendemos que no caso não há dúvida a seu respeito. A discussão colocada é de grande relevância. Quanto ao segundo requisito, de caráter subjetivo, é necessário maior reflexão. Inicialmente, é importante frisar que não se trata propriamente da possibilidade legal do terceiro em representar ou defender os interesses de uma das partes.

A "representatividade" não tem aqui o sentido de legitimação, mas de qualificação técnica, não sendo considerada a existência de interesse jurídico ou atingimento pela solução da causa no processo de análise do pedido, mas se o terceiro pode trazer contribuições qualificadas para expandir ou complementar o debate travado no âmbito da ação.

[82] HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional – a Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Constituição para e Procedimental da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 1997. p. 41.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir de todo o exposto, é possível afirmar sobre as perguntas formuladas o que segue.

4.1. Qual o sentido do direito à educação inclusiva contido na Constituição Federal Brasileira combinado com a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência?

A educação é um direito fundamental e inalienável, um direito público subjetivo reconhecido a todos os cidadãos brasileiros, com e sem deficiência. Da interpretação sistemática da Constituição Federal e da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU decorre que o direito à educação inclusiva somente se concretiza quando provido dentro de um sistema educacional inclusivo em todos os níveis (CDPD, art. 24), com a oferta regular do ensino *obrigatório pelo Poder Público* (CF, art. 208, §2º), e aos educandos com deficiência, com acesso ao atendimento educacional especializado como apoio a inclusão na rede regular de ensino (CF, art. 208, III).

4.2. O que é o Atendimento Educacional Especializado?

Consiste num conjunto de atividades, recursos de apoio pedagógico e de acessibilidade que integram a proposta pedagógica da escola e que devem disponibilizadas aos educandos com deficiência, em caráter complementar e não substitutivo à educação regular e inclusiva, buscando eliminar as barreiras que possam impedir o processo de escolarização. O AEE tem natureza pedagógica e não terapêutica. Inclui a elaboração de plano individualizado de ensino, além de adaptações razoáveis para atender às peculiaridades dos estudantes com deficiência, para concretizar o direito à educação inclusiva. Sua oferta aos educandos com deficiência deve ser limitada no tempo e com frequência às salas de recursos multifuncionais da própria escola ou em outra escola de ensino regular. É um direito assegurado aos educandos com deficiência pela Convenção, pela Constituição Federal, pela LDB e pelo ECA, sendo sua implementação um dever de escolas públicas e privadas. É também uma garantia necessária ao exercício do direito à educação inclusiva sem discriminação e com base em igualdade de oportunidades.

4.3. Pode o Atendimento Educacional Especializado ser ofertado por organizações da sociedade civil?

Sim. Permite a LDB que a oferta do AEE seja provida por instituições comunitárias, confessionais ou filantrópicas sem fins lucrativos, em parceria com a Secretaria de Educação ou órgão equivalente dos Municípios, dos Estados e Distrito Federal. A *expertise* de organizações da sociedade civil que no passado atuaram com escolas especiais pode apoiar o processo de educação inclusiva na formação de professores e gestores públicos das redes, na construção de materiais didáticos e recursos de apoio pedagógicos acessíveis, e na efetivação do AEE pelo seu conhecimento especializado. Não deve substituir, no entanto, o papel da escola regular inclusiva que é central no sistema educacional inclusivo.

4.4. O AEE previsto pelo Decreto nº 10.502/2020 está de acordo com o conceito de Atendimento Educacional Especializado previsto no ordenamento jurídico vigente?

Não. A oferta do AEE prevista no Decreto nº 10.502/2020 (art. 4º, III) "para além da institucionalização de tempos e espaços reservados para atividade complementar ou suplementar", confere a este apoio sentido diverso daquele que lhe é reconhecido por força da normativas vigentes, induzindo o entendimento de que poderia ser ofertado não apenas de forma complementar para os educandos com deficiência. O Decreto nº 10.502/2020 dá ensejo para que sua oferta seja substitutiva ao ensino regular inclusivo, o que é vedado pela Constituição Federal, especialmente após a ratificação da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. É possível ainda afirmar que é uma forma de segregar pessoas com deficiência.

4.5. É possível segregar a criança com deficiência em "escolas especializadas" a partir do seu tipo ou grau de deficiência"?

Não. O Decreto nº 10.502/2020 reconhece que alguns educandos "*não se beneficiam, em seu desenvolvimento, quando incluídos em escolas regulares inclusivas",* diante do que se justificaria sua alocação em "escolas especializadas" a partir do seu tipo de deficiência. Agrupar crianças com deficiência em escolas separadas, independentemente do tipo ou do grau de limitação funcional é medida que fere o direito à educação inclusiva e constitui discriminação por motivo de deficiência. Conforme preconiza a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, 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 (Artigo 2, Definições). Configura discriminação por motivo de deficiência o ato de condicionar ou exigir avaliações e/ou diagnósticos de educandos com deficiência para definir o acesso ao AEE e quem lhe ofertará o serviço considerando o "*impedimento de longo prazo",* ou seja, a deficiência, conforme prevê o Decreto nº 10.502/2020, art. 6º, IV. A inclusão acontece quando alunos com e sem deficiência tem a oportunidade de conviver e de aprender com as suas diferenças.

4.6. É possível ter escolas bilíngues apenas para pessoas surdas, com deficiência auditiva ou surdocegos?

Não. Todas as escolas do sistema educacional devem ser inclusivas por mandamento constitucional. O Decreto nº 10.502/2020 determina que podem existir "escolas regulares inclusivas" e outras não, contrariando a legislação vigente. Reconhece como as "escolas bilíngues de surdos" as "instituições de ensino da rede regular nas quais a comunicação, a instrução, a interação e o ensino são realizados em Libras como primeira língua e em língua portuguesa na modalidade escrita como segunda língua, destinadas a educandos surdos, que optam pelo uso da Libras, com deficiência auditiva, surdocegos, surdos com outras deficiências associadas e surdos com altas habilidades ou superdotação" (art. 2º, VI e VII). O Decreto nº

10.502/2020 descaracteriza o sentido da inclusão ao prever que as "escolas bilíngues de surdos" e as "classes bilíngues de surdos" são destinadas apenas a e*ducandos surdos, com deficiência auditiva ou surdocegos,* excluindo pessoas sem deficiência ou as chamadas de ouvintes. Isso é contrário à perspectiva da educação inclusiva segundo a qual a escola é um lugar para todos, que beneficia alunos com e sem deficiência.

4.7. É possível dizer que algumas crianças têm capacidade para estar na escola e outras não?

Não. A educação inclusiva reconhece a capacidade de todas as pessoas de aprender, incluindo as que têm alguma deficiência, devendo quando necessário ser providos suportes, acomodações razoáveis e intervenção precoce para que possam alcançar seu potencial total de aprendizado. A premissa é, portanto, de que as crianças têm capacidade de estar na escola. A segregação, além de discriminação em razão da deficiência, gera estereótipos e estigmas de que os alunos com deficiência "não têm capacidade" e que podem "atrapalhar" o desenvolvimento de outras crianças, visão esta já superada pela legislação e na maioria quase que absoluta de nossa sociedade. Ao permitir que educandos com deficiência sejam excluídos da rede regular de ensino e rejeitados do sistema de educação geral com base na deficiência, o Decreto nº 10.502/2020 viola a cláusula de não-rejeição expressa no seu art. 24.

4.8. O Decreto nº 10.502/2020 viola princípios e dispositivos constitucionais?

Sim. O Decreto em referência viola dispositivo constitucional que reconhece que o sistema educacional no Brasil é inclusivo. Fere os princípios da primazia da norma mais favorável, da proibição de retrocesso em direitos humanos e da proibição da proteção insuficiente quanto à implementação do direito à educação inclusiva. Além disso, como no processo de construção do Decreto não houve consulta pública viola dispositivo da Convenção da ONU (art. 4, 3) segundo o qual, na elaboração e implementação de legislação e políticas e em outros processos de tomada de decisão relativos às pessoas com deficiência, deve-se realizar consultas estreitas envolvendo ativamente pessoas com deficiência, inclusive crianças com deficiência, por intermédio de suas organizações representativas. Neste particular deveria ter seguido, no mínimo, o rito do Decreto Federal nº 9.191/2017 que regulamenta o tema na Administração Pública Federal. Por fim, por tratar do direito à educação de forma contrária aos preceitos da Convenção, ao publicar o Decreto o Estado Brasileiro também viola o compromisso de "abster-se de participar em qualquer ato ou prática incompatível com a presente Convenção e assegurar que as autoridades públicas e instituições atuem em conformidade com a presente Convenção" (art. 4, "d").

4.9. A família tem o direito de escolher em qual escola o seu filho ou sua filha deve estudar?

Sim. A família tem direito de escolha dentro de alternativas de escolas regulares que devem existir em um sistema educacional inclusivo. A liberdade da família se restringe às escolas públicas ou instituições de ensino privadas que cumprem padrões mínimos de ensino prescritos ou aprovados pelo Estado. Pode participar de decisões junto com a escola relacionadas ao Atendimento Educacional Especializado e no percurso pedagógico da criança com deficiência. No entanto, não cabe à família determinar *"alternativa educacional mais adequada"* ou decidir sobre os serviços e recursos do AEE, de forma segregada, com base na deficiência, a partir de como propõe o Decreto nº 10.502/2020.

4.10. Podem as organizações da sociedade civil pedir ingresso como como *amicus curiae* na ADPF 751 no STF que discute o Decreto nº 10.502/2020?

Amicus Curiae é o "amigo da corte". A expressão em latim é utilizada para designar a intervenção de terceiros que podem fornecer informações qualificadas para apoiar as decisões dos tribunais em causas revestidas de especial relevância ou complexidade e de grande impacto. As organizações da sociedade civil que defendem o direito à educação, direitos das pessoas com deficiência e os direitos humanos em geral podem promover debates públicos, publicar subsídios sobre o tema e se articular para atuar nesta agenda no Judiciário mediante ingresso, nos termos do estudo realizado, como *amicus curiae* na ADPF 751 no STF. Para sua admissão no processo devem comprovar legitimidade e pertinência temática com a pauta da educação inclusiva, para assim serem aceitas. O *amicus curiae* pode contribuir para a defesa de direitos em debate na esfera judicial, permitindo às organizações da sociedade civil influenciar as decisões do STF, ampliando a possibilidade de obtenção de decisões mais justas.

Smj, é a nossa opinião decorrente do estudo realizado.

Atenciosamente,

Laís de Figueirêdo Lopes
OAB/SP 182.480

Stella Camlot Reicher
OAB/SP 209.998

ANEXO I

Legislação de interesse

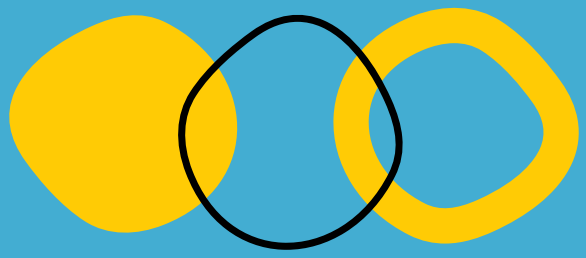
- Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (Decreto nº 6.949/2009)
  http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm
- Constituição Federal
  http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm
- Declaração Universal dos Direitos Humanos (Decreto nº 19.841/1945)
  http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm
- Convenção sobre os Direitos da Criança (Decreto nº 99.170/1990)
  http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm
- Pacto de Direitos Econômicos Sociais e Culturais (Decreto nº 591/1992)
  http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0591.htm
- Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1965 (Decreto nº 7.030/2009)
  http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm

Leis

- Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência) - Lei nº 13.146/2015
  http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm
- Plano Nacional de Educação - Lei nº 13.005/2014
  http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13005.htm
- Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista - Lei nº 12.764/2012
  http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12764.htm
- Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (FUNDEB) - Lei nº 11.494, de 20 de junho de 2007
  http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11494.htm
- Língua Brasileira de Sinais (Libras) - Lei nº 10.436/2002
  http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10436.htm
- Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional - Lei nº 9.394/1996
  http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9394compilado.htm
- Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei nº 8.069/1990
  http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069compilado.htm
- Lei nº 9.131, de 24 de novembro de 1995 – Conselho Nacional de Educação
  http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9131.htm
- Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989
  http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7853.htm

Decretos

- Decreto nº 10.502/2020, institui a Política Nacional de Educação Especial: Equitativa, Inclusiva e com Aprendizado ao Longo da Vida
  http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10502.htm
- Decreto nº 9.099/2017, dispõe sobre o Programa Nacional do Livro e do Material Didático
  http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Decreto/D9099.htm#art29
- Decreto nº 8.368/2014, regulamenta a Lei nº 12.764/2012, que institui a Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista
  http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/Decreto/D8368.htm
- Decreto nº 7.611/2011 que dispõe sobre educação inclusiva
  http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/d7611.htm
- Decreto nº 6.571/2008, dispunha sobre o atendimento educacional especializado e foi revogado pelo Decreto nº 7.611/2011
  http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Decreto/D6571.htm
- Decreto nº 6.253/2007, dispõe sobre o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação – FUNDEB e regulamenta a Lei no 11.494, de 20 de junho de 2007
  http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/Decreto/D6253.htm
- Decreto nº 5.626/2005, regulamenta a lei que trata da Língua Brasileira de Sinais (Libras)
  http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5626.htm#art1



alana

alana.org.br

/InstitutoAlana

@institutoalana

/VideoAlana