

Inclusão, educação especial e poder judiciário: do direito a usufruir direitos

*Inclusion, special education and judiciary power:
on the right to use rights*

*Inclusión, educación especial y poder judiciario:
del derecho de disfrutar de derechos*

ADRIANA A. DRAGONE SILVEIRA
ROSÂNGELA GAVIOLI PRIETO

Resumo: Este artigo tem como objetivo divulgar análises de decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo sobre demandas envolvendo direitos de crianças e adolescentes caracterizados como público-alvo da educação especial. As decisões do TJSP versam sobre acessibilidade, atendimento especializado e oferta de atendimento educacional especializado em instituições específicas. Acatar os pedidos tem sido o comportamento mais constante, contribuindo para esclarecer a legislação, principalmente quanto aos deveres do Estado na perspectiva da educação inclusiva.

Palavras chave: direito à educação; educação especial; educação inclusiva; poder judiciário.

Abstract: This paper aims to disseminate assessments of decisions passed by the São Paulo Justice Court on claims involving the rights of children and teenagers described as the target public of special education. The decisions of the São Paulo Justice Court address accessibility, specialized care and offer of specialized educational services in specific institutions. Ruling in favor of the plaintiff has been the most constant behavior, which contributes to a clarification of the law, particularly regarding the government's obligations concerning inclusive education.

Keywords: right to education; special education; inclusive education; judicial power.

Resumen: Este artículo tiene como objetivo difundir análisis de las sentencias del Tribunal de Justicia de São Paulo sobre demandas que implican los derechos de los niños, niñas y adolescentes, caracterizados como público blanco de la educación especial. Las decisiones del Tribunal de Justicia de São Paulo versan sobre la accesibilidad, la atención especializada y la oferta de atención especializada en el ámbito de instituciones específicas. Acatar las solicitudes ha sido el comportamiento más constante, contribuyendo para aclarar la legislación, principalmente en cuanto a las obligaciones del Estado en la perspectiva de la educación inclusiva.

Palabras clave: derecho a la educación; educación especial; educación inclusiva; poder judicial.

INTRODUÇÃO

Os direitos dos homens são uma construção histórica em função do aprimoramento das necessidades da convivência coletiva e “[...] emergem gradualmente das lutas que o homem trava por sua própria emancipação e das transformações das condições de vida que essas lutas produzem” (BOBBIO, 2004, p. 51); portanto, são suscetíveis à mudança e ampliação. Segundo este autor, o seu desenvolvimento contemplou três etapas distintas: os direitos de liberdade, os políticos e os sociais. Na atualidade, a inovação tecnológica e o progresso científico colocam desafios inéditos ao conjunto dos direitos humanos, fazendo com que uma nova geração se estabeleça¹, como o direito de viver em um ambiente não poluído, direito à intimidade e à privacidade, à integridade do patrimônio genético dos seres humanos e os decorrentes de dilemas da bioética (BOBBIO, 2004).

Nas últimas décadas do séc. XX, além do processo de conversão dos direitos humanos em direitos positivados, de sua generalização e de sua internacionalização, há uma nova tendência, que Bobbio (2004) chama de “especificação”, com a determinação dos sujeitos titulares. Esta especificação ocorreu, segundo o autor, com relação ao gênero; às várias fases da vida, diferenciando os direitos da infância e da velhice; e à “diferença entre o estado normal e excepcionais na existência humana”, reconhecendo “direitos especiais aos doentes, aos deficientes, aos doentes mentais etc.” (p. 79). Estando esses, principalmente, no âmbito dos direitos sociais.

Esta especificação pode ser percebida com a aprovação de diferentes documentos pelos organismos internacionais, como: “Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a Mulher” (1979); “Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial” (1965); “Convenção dos direitos da criança” (1989); “Convenção internacional sobre a proteção dos direitos de todos os trabalhadores migrantes e seus familiares” (1990); “Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher” (1994); “Convenção Interamericana para a eliminação de todas as formas de discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência” (1999) e a *Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência* (2006).

Este processo também pode ser percebido na legislação educacional brasileira. Segundo Cury (2008), a declaração do conceito de educação básica,

1 Apesar das distinções adotadas por diversos autores, entre as classificações dos direitos em cada geração, e das críticas ao uso de divisões, sua distinção deve ser considerada do ponto de vista histórico, sendo o termo gerações, como destaca Soares (1998), utilizado no sentido da evolução histórica, pois os direitos não são superados com a chegada de uma nova geração, mas incorporados à nova geração.

na Lei de Diretrizes de Bases da Educação Nacional, de 1996 (LDB/96), como direito do cidadão e dever do Estado, ampliou o espectro da cidadania em nosso país. Processo este já iniciado na Constituição Federal de 1988 (CF/88) que declara, no âmbito dos direitos educacionais, os deveres do Estado para com a educação infantil, a “progressiva extensão da obrigatoriedade do ensino médio gratuito”, o “atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino”, além da aprovação do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), em 1990, que adota uma doutrina de proteção integral à infância.

Do ponto de vista da declaração dos direitos educacionais, o Brasil pode ser considerado um dos mais avançados; no entanto, há um caminho longo a ser percorrer para a plena satisfação desses direitos (CURY, 1998), e um deles refere-se à “garantia de padrão de qualidade” (BRASIL, 1988).

No ordenamento jurídico brasileiro, os direitos educacionais receberam proteção diferenciada, com especificação do seu conteúdo e formas de exigibilidade, ao considerar o ensino obrigatório como direito público subjetivo. De acordo com Duarte (2004, p. 113), o direito público subjetivo, “[...] confere ao indivíduo a possibilidade de transformar a norma geral e abstrata contida num ordenamento jurídico em algo que possua como próprio. A maneira de fazê-lo é acionando as normas jurídicas (direito objetivo) e transformando-as em seu direito (direito subjetivo)”.

Abramovich e Courtis (2002) sustentam que um direito social se qualifica como pleno não apenas pela conduta cumprida pelo Estado, mas pela existência de poder jurídico, com ação correspondente, para que o titular do direito possa exigir a obrigação em caso de seu descumprimento. Considerando que os direitos sociais dependem da atuação ativa do Estado para a sua realização, e a sua concretização demanda impactos orçamentários, como o Poder Judiciário pode provocar a execução dessas políticas, para garantir que os direitos declarados sejam cumpridos?

Este artigo analisa decisões do Poder Judiciário sobre demandas envolvendo a educação especial, procurando identificar os litígios nos quais se consolidou uma jurisprudência favorável para a exigibilidade judicial e os possíveis entraves quanto à interpretação do direito à educação envolvendo crianças e adolescentes com deficiência e transtornos globais do desenvolvimento².

2 Não serão abordadas as pessoas com altas habilidades/superdotação porque não foram localizadas ações abrangendo este público específico.

O DIREITO À EDUCAÇÃO E O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO

O processo de expansão do Judiciário para a efetivação dos direitos sociais e econômicos pode estar relacionado, segundo Santos *et al.* (1996,) ao desenvolvimento do Estado-providência, no período após à Segunda Guerra Mundial, com a especificação de direitos, mas também de sua crise, com as reformas neoliberais, a partir da década de 1970 e dos anos 1980, com a desresponsabilização do Estado de seu papel provedor e o agravamento das desigualdades sociais.

Segundo Arantes (2007), a expansão do Judiciário no Brasil pode ainda ser relacionada ao desenvolvimento e crise do Estado-providência³ e, também, à ampliação do acesso à Justiça dos atores coletivos da sociedade. O processo de expansão da Justiça para a proteção dos direitos transindividuais (difusos e coletivos) se consolida na Constituição Federal de 1988 (CF/88) e, também, com a confirmação da função do Ministério Público (MP) na defesa desses direitos (SILVEIRA, 2011).

A partir da CF/88, novas leis foram promulgadas com o objetivo de proteção coletiva de diversos direitos e algumas dessas reforçam o papel do MP no âmbito da educação, tais como a Lei n.º 7.853/89, que “dispõe sobre o apoio” às pessoas com deficiência, e a promulgação do ECA, pela Lei 8.069/90.

Para que seja garantida a implementação dos direitos sociais positivados em documentos legais é preciso superar algumas dificuldades, das quais se destacam: o problema dos custos para a realização dos direitos sociais e a imprecisão dos enunciados desses direitos (BARCELLOS, 2007).

Segundo Barroso (2009) e Barcellos (2007), os problemas referentes à formulação de direitos seriam menores se estes fossem veiculados por meio de uma regra definidora de direito, sendo possível identificar com precisão o dever exigível da outra parte.

Com relação à educação, a declaração constitucional dos deveres do Estado (art. 208), a divisão de competências entre os entes federados (art. 211) e a destinação de recursos (art. 212) são regras que definem claramente os deveres do poder público para com a educação e, portanto, possuem instruções claras para subsidiar trâmites jurídicos para garantir sua efetivação, em casos de seu desrespeito.

Já os enunciados que abordam os direitos sociais, sob a forma de princípios, “[...] não expressam de forma clara e precisa o efeito que pretendem

³ Embora não tenha se construído no Brasil um Estado social semelhante ao dos países europeus, aceita-se que a CF/88 seja uma tentativa de construção de um Estado de Bem-Estar Social, no sentido de que reconhece e amplia os direitos sociais.

produzir ou as condutas que se pode exigir de seu destinatário” (BARCELLOS, 2007, p. 105). Na educação, o princípio constitucional da qualidade do ensino (art. 206, inciso VII), por exemplo, necessita de um conjunto de indicadores para que sejam passíveis de exigência judicial (OLIVEIRA; ARAUJO, 2005), pois não há normativa nacional que possa favorecer à sua exigibilidade perante o Judiciário.

No tocante à educação, a CF/88, art. 205, estabelece que este é um “direito de todos e dever do Estado e da família [...]”. No art. 208, os deveres do Estado para com a educação são enumerados:

I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezesete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 59, de 2009)⁴;

[...]

III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;

[...]

§ 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. (BRASIL, 1988, art. 208).

A LDB/1996 reforça a possibilidade da exigibilidade do ensino obrigatório:

O acesso ao ensino fundamental é direito público subjetivo, podendo qualquer cidadão, grupo de cidadãos, associação comunitária, organização sindical, entidade de classe ou outra legalmente constituída, e, ainda, o Ministério Público, acionar o Poder Público para exigi-lo. (BRASIL, 1996, art. 5º).

O ECA enumera, de forma expressa, os direitos assegurados à criança e ao adolescente que, se não oferecidos ou se ofertados de maneira irregular, ensejam proteção judicial, com ações de responsabilidade explicitadas nos termos desta e de outras leis ordinárias:

[...]

II – de atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência;

[...]

Parágrafo único. As hipóteses previstas neste artigo não excluem da proteção judicial outros interesses individuais, difusos ou coletivos, próprios da infância e da adolescência, protegidos pela Constituição e pela lei. (BRASIL, 1990, art. 208).

4 A obrigatoriedade da educação brasileira, na versão anterior a do art. 208, inc. I, referi-se somente ao ensino fundamental. A ampliação do período de escolarização obrigatória dada pela Emenda Constitucional nº 59 de 2009 deverá ser implementada progressivamente até 2016.

Cumpra também lembrar que os interesses juridicamente protegidos com relação à educação não se restringem ao acesso ao ensino obrigatório, mas devem contemplar condições potencializadoras da permanência dos alunos na escola, como é o caso do direito daqueles com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento (TGD) e altas habilidades/superdotação⁵ (BRASIL, 2008, 2009), ao atendimento educacional especializado.

Fruto do fortalecimento da luta social pela defesa do direito à educação para todos, com forte influência de recomendações internacionais, expressas nas convenções e declarações mundiais desde 1990⁶, a legislação nacional, particularmente em documentos promulgados em anos posteriores a 2001, vem impulsionando a expansão do atendimento escolar das pessoas com deficiência, TGD e altas habilidades/superdotação na classe comum, ao fixá-la como *locus* da matrícula desse alunado. O acesso à classe comum teve expressivo aumento desde 2000, quando sai de um patamar de 81.695 matrículas, para 484.332, em 2010⁷.

Na Resolução CNE/CEB n.º2⁸ (BRASIL, 2001) a orientação para a matrícula desse alunado está assegurada pela classe comum, nos seguintes termos: “[...] os sistemas de ensino devem matricular todos os alunos [...]” (art. 2º) e “[...] o atendimento aos alunos com necessidades educacionais especiais deve ser realizado em classes comuns do ensino regular, em qualquer etapa ou modalidade da Educação Básica” (art. 7º), com a possibilidade de recorrerem ao atendimento de serviços de apoio especializado e, apenas em caráter extraordinário e transitório, a serviços especializados (classes e escolas especiais, como exemplos) (arts. 9º e 10).

Contudo, é preciso destacar que, a partir de 2003, a Secretaria de Educação Especial (Seesp) do Ministério da Educação (MEC) se pauta em outra interpretação do referido termo “preferencialmente”, sustentando-se no texto da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão, intitulado “O acesso de alunos com deficiência às escolas e classes comuns da rede regular” (2004), uma publicação apoiada pelos referidos órgãos. Nessa produção é enunciado, de modo categórico, que o termo “preferencialmente” é um advérbio que “[...] refere-se a ‘atendimento educacional especializado’, ou seja, aquilo que é necessariamente diferente no ensino escolar

5 Neste texto, a expressão “necessidades educacionais especiais” também será utilizada com o fito de substituir o uso constante da nomeação dessas três categorias ou quando constar na fonte original citada neste texto.

6 Em relação ao público-alvo da educação especial, particularmente aqueles com deficiência, a Declaração de Salamanca (1994) exerceu, no Brasil, função disparadora do debate sobre nova perspectiva para o atendimento escolar desse alunado, denominada inclusão escolar, que, segundo Bueno, Mendes e Santos (2008, p. 49), “[...] se refere a uma proposição política em ação, de incorporação de alunos que tradicionalmente têm sido excluídos da escola [...]”.

7 Fonte: www.inep.gov.br. Acesso em: 3 ago. 2011.

8 Esta Resolução institui as Diretrizes Nacionais para a Educação Especial na Educação Básica.

para melhor atender às especificidades dos alunos com deficiência”; ainda, como condição de direito desse alunado. Assim, “[...] o atendimento educacional especializado deve estar disponível em todos os níveis de ensino escolar, de preferência nas escolas comuns da rede regular”. Esta reinterpretação da CF/88 é finalizada com a seguinte afirmação: “Portanto, esse atendimento não substitui a escola comum para pessoas em idade de acesso obrigatório ao Ensino Fundamental (dos sete aos 14 anos) e será preferencialmente oferecido nas escolas comuns da rede regular” (PROCURADORIA..., 2004, p. 8). Se o texto constitucional for compreendido dessa forma, fica assumido como condição passível de dupla forma de oferta apenas o atendimento educacional especializado, que pode ou não estar na escola regular, porque as pessoas com deficiência, bem como as com TGD e altas habilidades / superdotação devem ingressar e permanecer em classe comum. Neste caso, o atendimento educacional especializado pode ser oferecido nas escolas regulares, por meio de “salas de recursos multifuncionais ou em centros de Atendimento Educacional Especializado da rede pública ou de instituições comunitárias, confessionais ou filantrópicas sem fins lucrativos” (BRASIL, 2009, art. 1º)⁹. Essas mudanças reiteram a educação como direito público e subjetivo de todos!

As normativas constitucionais e infraconstitucionais brasileiras enumeram as normas que definem deveres para o Estado e também as possibilidades de sua exigibilidade. Segundo com Alexy (2008, p.188), “[...] só é possível falar em um direito subjetivo se existir uma capacidade jurídica para exigí-lo”. E, no Brasil, a CF/88 determina que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 1988, art. 5º, inciso XXXV). Desta forma, esta instituição poderá atuar para garantir que os direitos declarados sejam efetivados em caso de omissão e/ou de oferta irregular. No caso das pessoas com deficiência, TGD e altas habilidades/superdotação, apesar da evolução nas matrículas constatadas pelos censos escolares¹⁰, ainda não está universalizado o seu acesso à escola.

De acordo com Santos (2007), o recurso ao Poder Judiciário está relacionado às “[...] culturas jurídicas e políticas, mas tem a ver, também, com um nível de efectividade da aplicação dos direitos e com a existência de estruturas administrativas que sustentam essa aplicação” (p. 17).

Santos (2007, p.19) ainda afirma que as “[...] pessoas que têm consciência de seus direitos, ao verem colocadas em causa as políticas sociais ou de desenvolvimento do Estado, recorrem aos tribunais para as protegerem ou exigirem

9 Pelos termos da Resolução CNE/CEB nº 4, de 2 de outubro de 2009.

10 Em 1998, constava um total de 337.326 matrículas na categoria educação especial e, em 2010, 702.603 (BRASIL, MEC/Inep).

a sua efectiva execução”. Contudo, a transformação de um conflito em demanda judicial é uma “alternativa entre outras”, podendo variar de país para país e entre grupos sociais e área de interação. Além disto, os fatores que produzem o conflito podem não ser percebidos pelo lesado, ou este não saber que é possível reagir contra o dano ou o causador. Desta forma, a baixa procura por ações no âmbito do Judiciário não significa a baixa incidência de comportamentos injustamente lesivos. Portanto, “[...] elevada consciência de direitos tende a ampliar o âmbito da lesão e, correspondentemente, os objetivos da sua reparação” (SOUSA SANTOS *et al.*, 1996, p. 45-6).

Em relação à população com necessidades educacionais especiais é preciso observar que na legislação protetora de seu direito à educação escolar ainda há lacunas, omissões e precedentes que permitem seu atendimento em outras instituições, de caráter educacional duvidoso, muitas vezes marcada por mero assistencialismo. Esta condição está associada a altos índices de pobreza, somados ao desconhecimento sobre os seus direitos, o que dificulta a sua exigibilidade e muitas dessas pessoas são impedidas, inclusive por apresentarem muitas limitações, de exercer sua cidadania. Mas, há intervenções do Poder Judiciário que nos dão mostras de caminhos a serem trilhados para a exigibilidade de direitos dessa população.

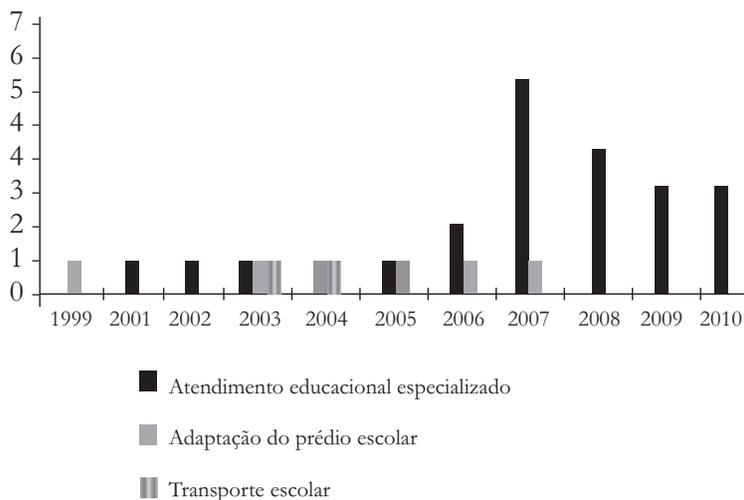
DECISÕES DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO VERSANDO SOBRE A EDUCAÇÃO ESPECIAL

Desde final da década de 1980, as normatizações sobre a educação especial atuam na perspectiva de provocar a expansão da matrícula de alunos com deficiência, TGD e altas habilidades/superdotação em classes comuns, a começar pela educação infantil, reforçando a orientação de sua matrícula na classe comum e o seu direito ao atendimento educacional especializado (BRASIL, 1988, 1990, 1996). Para que isto ocorra, igualmente, é preciso garantir a “[...] disponibilização de serviços, recursos de acessibilidade e estratégias que eliminem as barreiras para sua plena participação na sociedade e desenvolvimento de sua aprendizagem” (BRASIL, 2009, art. 2º). São exemplos importantes a criação de serviços de apoio especializado, ações de formação de professores, materiais didáticos e pedagógicos, mobiliários e equipamentos com as adequações de acessibilidade, disponibilização e geração de possibilidades de uso de sistemas de comunicação e informação adequados às especificidades desse alunado, bem como de transporte adaptado (BRASIL, 2008, 2009).

Na ausência desses serviços, o Judiciário tem sido utilizado para a garantia de execução desses direitos. Neste artigo, analisam-se as decisões em recurso do

Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ-SP) envolvendo crianças e adolescentes com necessidades educacionais especiais (30 decisões), distribuídas entre os anos de 1999 a 2010 (Gráfico 1). A escolha por esta faixa etária teve como pressuposto a importância da declaração do ECA para a defesa dos direitos da infância e juventude, especialmente com inovações no campo de atuação do MP (SILVEIRA, 2009).

Distribuição anual das decisões envolvendo crianças e adolescentes com necessidades educacionais especiais – Estado de São Paulo – 1999-2010



As decisões foram coletadas no *sítio* eletrônico do TJ-SP¹¹, no banco de dados “Consulta de Jurisprudência” e na revista “Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo”.

Estas decisões versam sobre a acessibilidade dessas crianças e adolescentes à escola, pela via da adaptação do prédio escolar, para possibilitar livre acesso dos alunos (seis decisões) e transporte escolar (duas decisões); e atendimento especializado das áreas educacional e de saúde (22 decisões). Em algumas ações, em conjunto com o atendimento especializado em instituições específicas, também se requisitava o transporte escolar.

A primeira decisão localizada, versando sobre esse tema, foi julgada pelo

11 Dados disponíveis em: <http://cjo.tj.sp.gov.br/esaj/jurisprudencia/consultaCompleta>. Acesso inicial em: 17 abr. 2008 e posterior busca em: 2 mai. 2009 e 21 jan. 2011. Os seguintes descritores foram utilizados para a consulta das decisões: “educação”, “ensino”, “educação especial”; “educação especializada”. Destacamos que as decisões analisadas constituem um conjunto ilustrativo, não podendo ser considerado uma amostra do que foi julgado pelo Tribunal de Justiça paulista, considerando a metodologia da coleta dos documentos.

TJ-SP em 1999, ingressada pelo MP e que solicitava a condenação da Fazenda Pública do Estado de SP para a construção de rampa de acesso ao pavimento superior de determinada escola estadual para pessoa com deficiência física.

A fundamentação legal para pedido de condenação da Fazenda Pública nessa ação baseava-se na legislação até então promulgada sobre o tema. Esse pedido estava fundamentado na CF/88, nos artigos 227, § 2º e 244, que tratam sobre a necessidade de construção e de adaptação dos “logradouros e dos edifícios de uso público”, garantindo a acessibilidade de todos os cidadãos (BRASIL, 1988); no art. 53 do ECA que, entre outros direitos, garante às crianças e adolescentes: “igualdade de condições para o acesso e permanência na escola” (BRASIL, 1990), e em normativas infraconstitucionais que regulamentam a acessibilidade. Na Lei 7.853/89, art. 2º, inciso V, alínea a, está prevista “a adoção e a efetiva execução de normas que garantam a funcionalidade das edificações e vias públicas, que evitem ou removam os óbices às pessoas portadoras de deficiência, permitam o acesso destas aos edifícios, a logradouros e a meios de transporte”. Em âmbito do estado paulista, a Lei Estadual 9.086/95, em seu art. 1º, prevê que os órgãos da administração direta ou indireta do Estado devem “adequar seus projetos, suas edificações, suas instalações e seu mobiliário ao uso de pessoas portadoras de deficiências, observadas as Normas NBR 9050 da Associação Brasileira de Normas Técnicas”¹² (SÃO PAULO, 1995).

Inicialmente foi concedida liminar¹³ nesta ação para que as aulas fossem ministradas no andar térreo, todavia a sentença de primeira instância a revogou. No recurso ao TJ-SP, a Fazenda Pública alegou ingerência do Poder Judiciário em atividade do Executivo e, no mérito, que havia vaga na escola próxima para atender às necessidades do aluno com deficiência física.

Na decisão, registra que, por decisão unânime, o TJ-SP determinou uma solução provisória de transferência da aluna para escola mais próxima já adaptada, apesar de considerar que a legislação impõe há anos que as escolas e outros estabelecimentos disponham de condições para o trânsito adequado às pessoas com deficiência física.

Nesta ação, a solução dada pelo TJ-SP, transferindo a aluna para uma escola já adaptada, manteve a situação atual de não atendimento à legislação que dispõe sobre a adaptação de todos os prédios e deslocou o ônus do não cumprimento da lei pelo Estado para o educando, que deveria não só frequentar outra escola para

12 Posteriormente, com a Lei nº 10.098, de 19 de dezembro de 2000, e o Decreto nº 5.296, de 02 de dezembro de 2004, que a regulamenta, ficam estabelecidas normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida.

13 As ações com pedido de liminar, de tutela antecipada, atuam como instrumento provisório, para assegurar o direito enquanto o mérito da ação será discutido no decorrer do processo.

que seu direito à acessibilidade na escola fosse garantido, mas implicava quebrar laços porventura já estabelecidos com os colegas de turma e de escola, ter de se adaptar a novo ambiente escolar e a novo conjunto de professores e de gestores escolares. Estes enfrentamentos a que o aluno é submetido quando há mudança dessa natureza não foram considerados nos argumentos em sua defesa dessa ação.

O TJ-SP também julgou ações civis públicas do município de Ribeirão Preto, ingressadas pelo MP local, requerendo a condenação da Prefeitura Municipal com relação à obrigação de fazer as devidas reformas e adaptações em determinados prédios escolares, com a instalação de elevador, colocação de corrimão em todas as escadas e reativação do banheiro existente para pessoas com deficiência. Em uma dessas ações, o juiz em 1ª instância julgou improcedente o pedido por não haver “comprovação da essencialidade da alteração arquitetônica para o fim pleiteado, [pois] inexistente prova da existência de alunos portadores de deficiência ali matriculados, por tal imprópria a pretensão à implantação, sem prévio levantamento e apuração da necessidade”. O recurso do MP no TJ-SP foi aceito por maioria. Um desembargador envolvido no julgamento, em declaração de voto vencido, defendeu que a adaptação com a instalação de elevadores, rampas e banheiros implicaria em gastos elevados para a administração municipal, sendo possível mediante divisão por diversos orçamentos anuais (SÃO PAULO, 2004, p. 13). Sob este aspecto, concorda-se parcialmente com o argumento do desembargador do TJ-SP, pois a adaptação de todos os prédios escolares em um único ano poderia comprometer o desenvolvimento de demais políticas educacionais e poderia afetar o montante de recurso público não previsto na Lei de Diretrizes Orçamentárias daquele ano. Todavia, a transferência do aluno encerrou o caso e não comprometeu o poder público com a mudança das condições de acessibilidade arquitetônica das escolas, sendo preciso estabelecer um cronograma para a adaptação e criar instrumentos que permitissem a punição em casos de novos prédios desobedecerem às normativas de acessibilidade.

Em outra decisão, também versando sobre a obrigação da Fazenda Pública proceder às devidas reformas e adaptações necessárias no prédio de uma escola estadual, o juiz em 1ª instância aceitou como procedente o pedido do MP, determinando que a obra fosse realizada até o término do segundo ano após o trânsito em julgado dessa sentença, o que possibilitaria a adaptação das respectivas despesas no orçamento. Nesta ação, a Fazenda Pública alegou que a Lei Federal nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, que estabelece normas gerais acerca da proteção e integração social das pessoas com deficiência física, “é inaplicável ao Estado de São Paulo, uma vez que depende de regulamentação para tornar-se exigível, e que tal matéria, ainda que relevante do ponto de vista social, deverá conformar-se aos critérios de conveniência e oportunidade da Administração Pública” (SÃO PAULO, 2005a, p. 22).

O TJ-SP ratificou a decisão de 1ª instância, e na relatoria o desembargador postulou que a sentença deu “exemplar solução à controvérsia” ao determinar prazo para a conclusão da adaptação, e alegou que condicionar a aplicabilidade de um direito à “edição de lei estadual, que passados dezesseis anos da Constituição Federal, não foi providenciada, constitui sem dúvida, reprovável conduta, que fere, inclusive, princípios éticos e ostenta flagrante inconstitucionalidade por omissão”. Ainda, justificou: “A obra é de pequena monta, a sua repercussão financeira é mínima, enquanto que o direito humano protegido é imensurável” (SÃO PAULO, 2005a, p. 23).

Depreende-se, da análise dessas decisões, que as adaptações requeridas são restritas aos obstáculos de natureza arquitetônica, contemplando as pessoas com deficiência física, não sendo localizadas ações e alegações nas ações sobre eliminação de barreiras envolvendo a comunicação, sinalização ou outras de ordem pedagógica, tais como: acessibilidade ao currículo escolar para além dos sistemas e meios de comunicação, adaptações de equipamentos e materiais, disponibilização de intérprete de língua brasileira de sinais (Libras), adequações na avaliação da aprendizagem, como alguns exemplos (BRASIL, 2004).

O transporte adaptado às crianças e adolescentes com necessidades educacionais especiais foi requerido em duas ações e concedido em ambas, por meio de liminares. Segundo o TJ-SP, o direito líquido e certo está patente no art. 54, inciso VII do ECA, ao enfatizar que é dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente atendimento no ensino fundamental, pela existência de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.

Nas ações envolvendo o atendimento educacional especializado às crianças e adolescentes com necessidades educacionais especiais (22 decisões) as contestações dos réus - municípios e Fazenda Pública Estadual - estavam fundamentadas, entre outros argumentos: normas constitucionais que regem a matéria são de eficácia reduzida; incapacidade da sua aplicação imediata; limitações orçamentárias para o cumprimento da sentença; ingerência do Poder Judiciário na esfera de atuação do Executivo.

Sobre essas alegações, o desembargador explicou que “[...] insuficiência de verbas ou dificuldades impostas pela legislação não podem impedir que menores que necessitam de atendimento fiquem à mercê de planejamento orçamentário” (SÃO PAULO, 2007b, p. 3). A respeito da inaplicabilidade “[...] imediata das normas constitucionais invocadas pelo autor, eis que o bem estar e a vida das crianças e adolescentes são bens jurídicos que devem ser protegidos pelo Estado incondicionalmente” (SÃO PAULO, 2007b, p. 4), não podendo também abordar a indevida intromissão do Judiciário no âmbito de atuação de outro Poder.

Sobre a alegação de que a sentença ofendia a discricionariedade administrativa e a independência de poderes, o desembargador contrapôs-se com os seguintes argumentos:

Longe de se ver aqui, uma norma programática, recurso pelo qual usualmente os administradores públicos se escusam de cumprir as obrigações que lhes são dirigidas pela Constituição Federal, há que se ver uma norma impositiva de eficácia plena, que objetiva tornar real e não meramente retórico o direito à vida proclamado no art. 5º da Constituição Federal.

[...]

Basta se proceda a uma gestão racional, eficiente e honesta da coisa pública.

Se o Estado não atingiu, ainda, o grau ético necessário a compreender essa questão, deve ser compelido pelo Poder Judiciário, guardião da Constituição, a fazê-lo.

[...]

Essa postura do administrador público pode e deve ser controlada pelo Poder Judiciário que é, também, um Poder político no sentido de que comprometido com o bem comum - e com a implementação dos valores que formam a base do Estado Democrático e Social de Direito albergado na Constituição Federal (SÃO PAULO, 2007 c, p. 4-10, grifos do autor).

Sobre a ofensa ao poder discricionário do município em oferecer educação especializada, o desembargador relator apresenta, neste caso, uma clara posição:

Não há, por outro lado, qualquer ofensa à discricionariedade administrativa. É certo que se fala em discricionariedade quando a lei concede ao administrador público uma certa margem de liberdade e apreciação subjetiva para prover os campos de indeterminação normativa, para que se possa atingir o interesse público.

O que importa notar, todavia, é que a existência de uma opção discricionária não torna imune a função administrativa a controle jurisdicional, uma vez que sua atribuição ao administrador público não é um “cheque em branco” que possa ser preenchido com qualquer conteúdo, ainda que ofensivo aos vetores axiológicos do sistema normativo e, notadamente, da Constituição Federal (SÃO PAULO, 2005b, p. 14-15).

Portanto, fica definida a obrigação da administração pública no sentido de proporcionar atendimento educacional especializado, subsistindo, no âmbito da discricionariedade administrativa, o modo como irá efetivar essa obrigação, custeando-a diretamente ou mediante isenção tributária.

Das decisões requisitando atendimento educacional especializado, dez são específicas para crianças com autismo, solicitando matrículas em entidades conveniadas, considerando que o poder público não atende diretamente, sendo a maioria com pedidos individuais, ou seja, nomeando as crianças e os adolescentes. Nos municípios em que não haviam instituições específicas, foi

solicitado o convênio com a Associação de Pais e Amigos dos Excepcionais (Apae) de município vizinho. Em todas as ações, a decisão do TJ-SP foi favorável à concessão do pedido.

Uma dessas ações (SÃO PAULO, 2005b) foi fundamentada no art. 5º da CF/88, referente à proteção à saúde pública, e no art. 196, que a reconhece como direito de todos e obrigação do Estado. Desta forma, para o referido desembargador, o atendimento à demanda se justifica com base no princípio da dignidade humana, não sendo uma questão que envolve a subjetividade do administrador. O atendimento educacional especializado¹⁴ também foi concedido em outras ações, sob o argumento da norma constitucional de proteção à saúde pública.

Com relação ao atendimento educacional especializado, em apenas três decisões os resultados não tiveram decisões favoráveis aos pedidos das famílias. Em uma ação foi indeferido o pedido de tutela antecipada para prestação de atendimento em instituição especializada com terapias multidisciplinares para pessoa com paralisia cerebral. Nesta ação, o TJ-SP acatou o argumento de defesa do Estado que alegou a existência de escola pública regular que oferece educação especializada, próxima à residência do menor, ainda que a unidade educacional não tenha as terapias multidisciplinares pretendidas, pois não foi comprovado o dano irreparável ou de difícil reparação (SÃO PAULO, 2008).

No pedido de psicopedagogo para dois alunos com “dislexia”, o TJ-SP aceitou a argumentação do município de que atendia ao comando constitucional por meio de equipe multidisciplinar na escola, com uma pedagoga com formação em educação especial, nas categorias deficiência mental e deficiência de “autocomunicação” (sic.), outra pedagoga habilitada no magistério de deficientes mentais e uma psicóloga (SÃO PAULO, 2009).

Nos municípios que não dispunham de instituição especializada para o atendimento específico às necessidades das crianças e dos alunos foi requerido o pagamento de bolsa de estudo em instituições privadas; todas as decisões concederam às crianças e aos adolescentes o direito à provisão, por parte do município, da manutenção da matrícula em estabelecimentos de educação infantil e ensino fundamental privados de educação especializada.

Cumpra lembrar que a LDB/1996, art. 60, prevê que os órgãos normativos estabeleçam “critérios de caracterização das instituições privadas sem fins lucrativos, especializadas e com atuação exclusiva em educação especial, para fins de apoio técnico e financeiro”, devendo o poder público adotar, como “alternativa preferencial”, a ampliação do atendimento na própria rede pública regular de ensino.

14 Na ação constam, também, em momentos diferentes do processo, as seguintes denominações: “educação especializada” e “tratamento e educação especializada”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo tomou como referência ações judiciais analisadas em recurso pelo Tribunal de Justiça paulista, do período de 1999 a 2010, para discutir suas possibilidades de atuação como instituição de mecanismos de controle social do Estado para garantir direitos de crianças e adolescentes com deficiência e transtornos globais do desenvolvimento à educação. Da análise do material coletado (30 decisões do TJ-SP) podem-se extrair várias conclusões. Uma refere-se ao aumento significativo de decisões a partir de 2006, com crescimento considerável em 2007; outra é temática, pois as decisões passam a ter como foco a exigibilidade da oferta de atendimento educacional especializado, o que em anos anteriores também incluía adaptação de prédio escolar e transporte escolar. Tomado o aumento de matrículas desse alunado na classe comum de forma pronunciada a partir de 2001, isto pode anunciar que o atendimento educacional especializado passa a ser o foco de reivindicação da população, o que se reflete na própria atuação do Poder Judiciário.

O comportamento mais constante foi aceitar os pedidos, segundo constatado na pesquisa. No entanto, quando analisados os argumentos utilizados pelos desembargadores, pode-se verificar que a requisição de mecanismos de adaptação nos prédios escolares e de disponibilização de transporte escolar, que garantissem a acessibilidade às crianças e adolescentes com deficiência e transtornos globais do desenvolvimento obtiveram maior consenso entre os desembargadores, com aprovação por maioria. Estes temas contam com regulamentações que já atingiram maior grau de precisão, o que possibilita menor desacordo em relação a como construir os argumentos em favor do cumprimento das normativas. Em relação à garantia do atendimento educacional especializado pairam dúvidas, podendo estas ser decorrentes da própria formulação, por vezes pouco clara e precisa, da legislação, e uma delas refere-se ao seu caráter complementar, suplementar ou substitutivo, ou seja, se de apoio à classe comum e visando à permanência do aluno nesse local ou exclusivo, portanto, apenas em serviço de educação especial. Ademais, não temos parâmetros do que seja tomado como referência no Brasil para atestar a qualidade do atendimento educacional especializado complementar ou suplementar e isto permite também que diferentes argumentos sejam utilizados nas decisões judiciais.

Sobre reivindicações relacionadas a prover os prédios escolares de acessibilidade arquitetônica cabem decisões que recaem única e exclusivamente sobre os alunos quando a indicação é para transferir o aluno para uma escola “acessível”, pois, de um lado, desobriga o Poder Público a fazer as adaptações ou a buscar alternativas quando estas são mais difíceis e, por outro, desconsidera-se

a imersão social do sujeito na escola que pode já ter resultado na criação de laços de união com os colegas e professores. Assim, pode-se estar penalizando o aluno quando este tem o direito de usufruir o direito de estudar na escola próxima de sua casa (BRASIL, 1990, art. 53) que seja de sua escolha.

Referentemente à educação especial, o Poder Judiciário contribuiu para esclarecer a legislação, principalmente quanto aos deveres do Estado, não devendo ser considerado o atendimento especializado às crianças e aos adolescentes com deficiência e transtornos globais do desenvolvimento como uma norma programática, que define diretrizes, finalidades e programas de ação futura da administração pública.

Outra curiosidade, que também pode advir de diferentes fatores e um deles pode ser até mesmo o desconhecimento do conjunto de direitos já conquistados no plano da lei para esta população, diz respeito às adaptações referirem-se à eliminação de obstruções para o livre acesso de pessoas com deficiência física. Das ações versando sobre demandas envolvendo crianças e adolescentes com necessidades educacionais especiais, pode-se ressaltar que a ideia de acessibilidade ainda é restrita. As requisições envolvendo adaptações físicas apontam para a prevalência de ações sobre obstáculos arquitetônicos, estando ausente a necessidade de remoção de barreiras relacionadas à comunicação, sinalização e outras.

Embora para garantir o direito à educação e as diferenciações – transporte adaptado, atendimento educacional especializado e outros – para pessoas com deficiência e transtornos globais do desenvolvimento a possibilidade de exigibilidade judicial seja, inegavelmente, uma contribuição fundamental, persistem prerrogativas no arcabouço legal que rege a educação especial que sustentam diferentes interpretações no julgamento das ações, podendo estas indicarem soluções para as demandas emanadas pelos processos que, por vezes, relegam a segundo plano a efetivação de direitos já adquiridos, desobrigando o Poder Público de fazer as mudanças requeridas ou, até mesmo, propondo que as alterações incidam sobre o aluno – tal como constatado na indicação de transferência para outra escola para que a acessibilidade seja contemplada.

O Sistema de Justiça, prevalecendo-se de uma de suas atribuições – a defesa de interesses sociais – já tem reconhecida a atribuição de exigir o cumprimento de direitos adquiridos e pode também gerar ações que favoreçam a expansão do atendimento escolar das pessoas com deficiência, TGD e altas habilidades/superdotação, na perspectiva da educação inclusiva.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, V.; COURTIS, C. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Madrid: Editorial Trotta, 2002.

ALEXY, R. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARANTES, R. B. Judiciário: entre a Justiça e a Política. In: AVELAR, L.; CINTRA, A. O. **Sistema político brasileiro: uma introdução**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Konrad-Adenauer-Stiftung; São Paulo: Editora Unesp, 2007.

BARCELLOS, A. P. de. O mínimo existencial e algumas fundamentações: Jonh Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: TORRES, R. L. (Org.). **Legitimação dos direitos humanos**. 2 ed. revista e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

BARROSO, L. R. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BOBBIO, N. **A era dos direitos**. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, Brasília. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/sf/legislacao/const/>>. Acesso em: 14 ago. 2011.

_____. **Lei nº 8.069**, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da União: República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 16 de julho de 1990.

_____. **Lei nº. 9.394**, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as Diretrizes e Bases da Educação Nacional. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/Leis/L9394.htm>. Acesso em: 20 jan. 2012.

_____. **Decreto-Lei nº 5.296**, de 2 de dezembro de 2004. Regulamenta as Leis nos 10.048, de 8 de novembro de 2000, que dá prioridade de atendimento às pessoas que especifica, e 10.098, de 19 de dezembro de 2000, que estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/_ato2004-2006/2004/decreto/d5296.htm>. Acesso em: 14 jul. 2010.

Resolução CNE/CEB nº 2, de 11 de setembro de 2001. Institui Diretrizes Nacionais _____ para a Educação Especial na Educação Básica. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/CEB0201.pdf>>. Acesso em: 28 jul. 10.

BRASIL. Ministério da Educação. Secretaria de Educação Especial. Política Nacional de Educação Especial na perspectiva da educação inclusiva. **Revista Inclusão**. Brasília: MEC/Seesp, 2008.

BRASIL. Conselho Nacional de Educação. Câmara de Educação Básica. **Resolução n.º 4 de 2 de outubro de 2009**. Institui Diretrizes Operacionais para o Atendimento Educacional Especializado na Educação Básica, modalidade Educação Especial. Brasília: MEC/CNE/CEB, 2009.

BUENO, J. G. S.; MENDES, G. E.; SANTOS, R. (Org.). **Deficiência e escolarização: novas perspectivas de análise**. Araraquara, SP: Junqueira & Marin; Brasília, DF: CAPES, 2008.

PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO. **O acesso de alunos com deficiência às escolas e classes comuns da rede regular**. Ministério Público: Fundação Procurador Pedro Jorge de Melo e Silva (Org.). 2ª ed. Ver. Atualiz. – Brasília: Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão, 2004.

CURY, C. R. J. A educação infantil como direito. In: BRASIL, Ministério da Educação e do Desporto. **Subsídios para credenciamento e funcionamento de instituições de educação infantil**. Volume II. Brasília: MEC, 1998.

_____. A educação básica como direito. **Cadernos de Pesquisa**, v. 38, n. 134, p. 293-303, maio/ago. 2008.

DUARTE, C. S. Direito público subjetivo e políticas educacionais. **São Paulo em Perspectiva**. São Paulo, n. 18 (2), p. 113-118. 2004.

OLIVEIRA, R. L. P. de; ARAUJO, G. C. de. Qualidade do ensino: uma nova dimensão da luta pelo direito à educação. **Revista Brasileira de Educação**, n.º 28, p. 5-23, jan./fev./mar. 2005.

SANTOS, B. S. et al. **Os tribunais nas sociedades contemporâneas: o caso português**. Porto: Edições Afrontamento, 1996.

SANTOS, B. S. **Para uma revolução democrática da justiça**. São Paulo: Cortez, 2007.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível n.º 56.048-5, de 19 out. 1999. In: Jurisprudência do Tribunal de Justiça. São Paulo: **Lex**, v. 240, 1999. p. 39-42.

_____. Apelação Cível n.º 244.253-5/2-00, de 4 maio 2004. In: Jurisprudência do Tribunal de Justiça. São Paulo: **Lex**, v. 281, p. 12-19, 2004.

_____. Apelação Cível nº 275.964-5/9-00, de 14 nov. 2005. In: Jurisprudência do Tribunal de Justiça. São Paulo: **Lex**, v. 279, p. 21-23, 2005a.

_____. Apelação Cível nº 380.685-5/6-00, de 20 de set. 2005. _____. **Consulta de Jurisprudência**. p.1 -57, 2005b.

_____. Apelação Cível nº 149.235-0/0-00, de 23 de jul. 2007. _____. **Consulta de Jurisprudência**. p.1 -8, 2007a.

_____. Apelação Cível nº 644.051-5/7-00, de 02 de out. 2007. _____. **Consulta de Jurisprudência**. p.1 -51, 2007b.

_____. Agravo de instrumento nº 716.365-5/9-00, de 27 de ago. 2008. _____. **Consulta de Jurisprudência**. p.1 -6, 2008.

_____. Apelação Cível nº 544.404-5/0-00, de 09 de mar. 2009. _____. **Consulta de Jurisprudência**. p.1 -6, 2009.

SILVEIRA, A. A. D. In: Atuação do Ministério Público para a proteção do direito à educação básica RANIERI, N. B. S. (Coord.); RIGHETTI, S. **Direito à educação: aspectos constitucionais**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2009.

_____. Judicialização da educação para a efetivação do direito à educação básica. **Jornal de Políticas Educacionais**, v. 5, p. 30-40, 2011.

SOARES, M. V. de M. B. Cidadania e direitos humanos. **Cadernos de Pesquisa**. São Paulo, nº 104, p. 39-46, jul. 1998.

ADRIANA A. DRAGONE SILVEIRA é doutora em educação pela Universidade de São Paulo e docente da Universidade Federal do Paraná. Atua na graduação e no Programa de Pós-graduação em educação e no Setor de Educação no Departamento de Planejamento e Administração Escolar.
E-mail: adrianadragone@yahoo.com.br

ROSÂNGELA GAVIOLI PRIETO é mestra em Educação Especial pela Universidade Federal de São Carlos e doutora em educação pela Universidade de São Paulo, onde atua como docente e pesquisadora na Faculdade de Educação Departamento de Administração Escolar e Economia da Educação.
E-mail: rosangel@usp.br

*Recebido em junho de 2012
Aprovado em setembro de 2012*