

**VI CONGRESSO INTERNACIONAL
CONSTITUCIONALISMO E
DEMOCRACIA: O NOVO
CONSTITUCIONALISMO LATINO-
AMERICANO**

SISTEMAS DE JUSTIÇA CONSTITUCIONAL

S624

Sistemas de justiça constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização Rede para o Constitucionalismo Democrático Latino-Americano Brasil;

Coordenadores: José Ribas Vieira, Cecília Caballero Lois e Mário Cesar da Silva Andrade – Rio de Janeiro: UFRJ, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-511-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constitucionalismo Democrático e Direitos: Desafios, Enfrentamentos e Perspectivas

1. Direito – Estudo e ensino (Graduação e Pós-graduação) – Brasil – Congressos internacionais. 2. Constitucionalismo. 3. Justiça Constitucional. 4. Controle de Constitucionalidade. 5. América Latina. 6. Novo Constitucionalismo Latino-americano. I. Congresso Internacional Constitucionalismo e Democracia: O Novo Constitucionalismo Latino-americano (6:2016 : Rio de Janeiro, RJ).

CDU: 34



VI CONGRESSO INTERNACIONAL CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA: O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO

SISTEMAS DE JUSTIÇA CONSTITUCIONAL

Apresentação

O VI Congresso Internacional Constitucionalismo e Democracia: O Novo Constitucionalismo Latino-americano, com o tema “Constitucionalismo Democrático e Direitos: Desafios, Enfrentamentos e Perspectivas”, realizado entre os dias 23 e 25 de novembro de 2016, na Faculdade Nacional de Direito (FND/UFRJ), na cidade do Rio de Janeiro, promove, em parceria com o CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, a publicação dos Anais do Evento, dedicando um livro a cada Grupo de Trabalho.

Neste livro, encontram-se capítulos que expõem resultados das investigações de pesquisadores de todo o Brasil e da América Latina, com artigos selecionados por meio de avaliação cega por pares, objetivando a melhor qualidade e a imparcialidade na seleção e divulgação do conhecimento da área.

Esta publicação oferece ao leitor valorosas contribuições teóricas e empíricas sobre os mais diversos aspectos da realidade latino-americana, com a diferencial reflexão crítica de professores, mestres, doutores e acadêmicos de todo o continente, sobre SISTEMAS DE JUSTIÇA CONSTITUCIONAL.

Assim, a presente obra divulga a produção científica, promove o diálogo latino-americano e socializa o conhecimento, com criteriosa qualidade, oferecendo à sociedade nacional e internacional, o papel crítico do pensamento jurídico, presente nos centros de excelência na pesquisa jurídica, aqui representados.

Por fim, a Rede para o Constitucionalismo Democrático Latino-Americano e o Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (PPGD/UFRJ) expressam seu sincero agradecimento ao CONPEDI pela honrosa parceria na realização e divulgação do evento, culminando na esmerada publicação da presente obra, que, agora, apresentamos aos leitores.

Palavras-chave: Justiça Constitucional. Controle de Constitucionalidade. América Latina. Novo Constitucionalismo Latino-americano.

Rio de Janeiro, 07 de setembro de 2017.

Organizadores:

Prof. Dr. José Ribas Vieira – UFRJ

Profa. Dra. Cecília Caballero Lois – UFRJ

Me. Mário Cesar da Silva Andrade – UFRJ

A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA POTENCIALIZAÇÃO DA CIDADANIA POR MEIO DA EDUCAÇÃO

THE JUDICIARY OF ACTING IN POTENTIATION OF CITIZENSHIP THROUGH EDUCATION

**Henrique Dos Santos Vasconcelos Silva
Ana Carla Pinheiro Freitas**

Resumo

O artigo tem por objetivo analisar a atuação do Poder Judiciário frente à discriminação das pessoas com deficiência no contexto da participação democrática e da inclusão social. Utiliza-se de metodologia analítica, estatística e empírica. Busca-se por intermédio de dados estatísticos apontar as desigualdades sociais existentes para asseverar a necessidade da judicialização de direitos na consolidação das políticas públicas, com o intuito de permitir a inserção social, o exercício da cidadania e a efetivação dos preceitos democráticos. Comentários sobre a ADI nº 5.357 mostram a importância do Judiciário na concretização da cidadania inclusiva e da educação democrática.

Palavras-chave: Poder judiciário, Processo democrático, Potencialização da cidadania, Pessoa com deficiência

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to analyze, on discrimination with people with disabilities, the role of the judiciary in the expansion of democratic participation and social inclusion through citizenship and agency exercise. Makes use of analytical, statistical and empirical methodology. At first, looking up through statistical data confirm the existing social inequalities to assert the need for rights judicialization in the consolidation of public policies in order to enable social inclusion, citizenship and the realization of democratic principles. Finally, from, comments on the ADI No. 5357 shows the importance of the judiciary in the implementation of inclusive citizenship and democratic education.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Judiciary, Democratic process, Potentiation of citizenship, Person with disabilities

INTRODUÇÃO

Hodiernamente, apesar de vivermos em um Estado Democrático de Direito, ou seja, sob a égide de uma Constituição, que tem como fundamentos a cidadania e a dignidade humana e como objetivos fundamentais construir uma sociedade livre, justa e solidária e promover o bem de todos, sem preconceitos ou quaisquer formas de discriminação, estamos muito longe dessa realidade. Tanto é verdade que, segundo o Todos pela Educação (2014), o Brasil ainda mantém 140 mil crianças e jovens com deficiência e outros transtornos de desenvolvimento fora da escola, conforme levantamento na base de dados do Benefício de Prestação Continuada (BPC).

Além do mais, a educação no Brasil não é tratada com a seriedade que merece, muitos são os empecilhos encontrados pelos alunos em geral para o acesso e permanência na escola: falta de professores, ausência de transporte descente, ambiente escolar precário. O aluno com deficiência além desses obstáculos, precisa lidar com a falta de acessibilidade, com o preconceito, as desigualdades e discriminações, que culminam na privação da sua integração à sociedade, do exercício da cidadania, da participação democrática e da liberdade em conduzir a sua própria vida, no sentido de alcançar seus propósitos de vida.

Nessa vertente, ao considerar que os direitos sociais, dentre eles, educação e trabalho necessitam de políticas públicas, ou seja, uma interferência positiva do estado, revela-se imprescindível examinar a atuação dos magistrados na concretização de tais políticas, principalmente, em vista do histórico de exclusão das pessoas com deficiências e da ineficácia de tais programas governamentais e das legislações vigentes. Diante desse cenário busca-se responder aos seguintes questionamentos: de que maneira, historicamente, se deu a formação do status de cidadão das pessoas com deficiência? Como o Poder Judiciário atua para concretizar as políticas públicas de acesso e permanência do aluno com deficiência na escola, de forma a assegurar a igualdade de oportunidades, o acesso ao ensino e a participação democrática? De que forma, a educação inclusiva pode ser democratizada e acessível as pessoas com deficiência, de maneira a contribuir com o desenvolvimento das liberdades e a formação de uma sociedade plural, com respeito à diversidade, a partir do debate em torno da ADI nº 5357?

Desse modo, mostra-se relevante a partir das contribuições da função jurisdicional na concretização de políticas públicas, pensar em uma educação inclusiva

congruente com o respeito as diferenças e fundada na dignidade humana, como instrumento de impulso do processo democrático, do exercício da cidadania e na remoção das principais fontes de privação de liberdades.

Nesse sentido importa verificar como se deu a consolidação do status ativo da pessoa com deficiência. Avaliar as ações do Judiciário na consolidação das políticas públicas de salvaguarda da educação inclusiva, como pressuposto para uma maior paridade social e, com base no ordenamento jurídico vigente e na discussão em torno da ADI nº 5357, contribuir com o debate, em torno da educação inclusiva que respeite a pluralidade, e seja instrumento apto a possibilitar a atuação democrática, a estimular a pessoa com deficiência a potencializar sua autonomia e seu poder de agente social.

1 DESIGUALDADE E POLÍTICAS PÚBLICAS: A ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO NA POTENCIALIZAÇÃO DA CIDADANIA

Preliminarmente, a título de contextualização do tema busca-se discorrer sobre o cenário de desigualdade existente na sociedade brasileira, em especial, no que concerne ao direito à educação e ao trabalho como forma de justificar as necessidades de políticas públicas e da atividade jurisdicional como mecanismo de ampliação da cidadania e integração à comunidade, com o propósito de potencializar a cidadania.

A Cartilha do Censo 2010 – Pessoas com deficiência, com fundamento na base de dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), afirma que no país, no ano 2000 havia 24.600.256 de brasileiros com algum tipo de deficiência, o que corresponde a 14,5 % da população. Já no ano de 2010, 45.606.048 de brasileiros, ou seja, 23,9% da população possuía algum tipo de deficiência. De acordo com o Censo em questão, em 2010 o contingente de pessoas com deficiência entre 15 a 64 anos era de 32.609.022 (OLIVEIRA, 2012).

Além do mais, no âmbito educacional, dados do Fundo das Nações Unidas para a Infância (Unicef) informa que, das 700 mil crianças e adolescentes entre 7 e 14 anos fora da escola, um terço possui alguma deficiência. Indo além, o Plano Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência — o Viver sem Limite, lançado em novembro de 2011, dentre os seus objetivos, há o de matricular 378 mil crianças e adolescentes portadores de deficiência na escola (CRUZ; MONTEIRO, 2012). Nesse sentido, destaca-se a meta 4 do Plano Nacional de Educação (PNE) que consiste em universalizar, para a população de 4 a 17 anos com deficiência, o acesso à educação básica e ao atendimento

educacional especializado, com a garantia de sistema educacional inclusivo.

Na seara do direito ao trabalho, dados do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE, 2014) atesta que desde 2012 há um aumento do vínculo empregatício das pessoas com deficiência. Em 2012, a participação da população com deficiência correspondia a 0,70% do total de vínculos de emprego; patamar que chegou a 0,73%, em 2013 (MTE, 2013) e 0,77%, em 2014 (MTE, 2014). Como se pode perceber, o participação da pessoa com deficiência no mercado de trabalho ainda é incipiente, reflexo da discriminação e a falta de acolhida e permanência da pessoa com deficiência no espaço escolar (quadro 1 – escolaridade das pessoas com deficiência nos vínculos empregatícios).

QUADRO 1

	2011	2012	2013
Analfabeto	2.560	2.670	2.977
Ensino Médio (completo)	136.077	139.649	154.056
Ensino Superior (completo e incompleto)	53.867	57.442	63.671

Fonte: (MTE, 2011; MTE, 2012; MTE, 2013)

Da análise dos dados acima, depreende que, apesar do número elevado de trabalhadores com deficiência com nível superior, a maioria das pessoas com deficiência empregadas possuem apenas o ensino médio completo. Tal nível de escolaridade é maior que a soma dos analfabetos e dos que possuem ensino superior, o que atesta a dificuldade de tais indivíduos terem acesso à educação.

Diante desse cenário de desigualdade e preconceito ressalta-se os preceitos constitucionais albergados na Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988, especificamente, os do artigo 1º, incisos II e III ao estabelecer a cidadania e a dignidade humana como fundamentos da República Federativa do Brasil. Não menos importante é o artigo 3º, incisos I e IV, por dispor como objetivos fundamentais a construção de uma sociedade livre, justa e igualitária e a promoção do bem de todos sem qualquer tipo de discriminação ou preconceito. Acrescenta-se, que a referida Constituição elenca no Título II – Dos Direitos Sociais e Garantias Fundamentais, Capítulo II – Dos Direitos Sociais, especificamente, no artigo 6º a educação e o trabalho como direitos fundamentais.

Nessa vertente, Sarlet (2008), afirma que o direito ao trabalho e a educação, enquanto direito social inserido no artigo 6º da Constituição Federal de 1988, constituem exigência da efetiva garantia da igualdade de chances inerentes à noção de democracia e do estado democrático de direito. Esses direitos fundamentais, possuem como característica reveladora, fazerem parte da ordem jurídica e encontrarem positivamente

vigentes em uma ordem constitucional atrelados a concepção de dignidade humana de uma sociedade e legitimadores do sistema jurídico estatal (LOPES, 2001).

Nessa acepção como forma de promover os direitos sociais calcado na dignidade humana e na cidadania de maneira a possibilitar a igualdade e o bem de todos faz-se necessário pensar em políticas públicas. Nesse sentido, Appio (2006) conceitua políticas públicas como intervenção estatal na sociedade com o intuito de executar programas políticos que assegurem igual oportunidade e existência digna a todos os cidadãos.

Indo além, os direitos sociais, e, conseqüentemente, o direito a igualdade e a inclusão, como dimensões dos direitos fundamentais, são vistos como prestações positivas do Estado e enunciadas no texto constitucional, cujo intuito é a melhoria da vida dos mais fracos, na medida que, possibilita a igualização de situações socialmente desiguais, ou seja, ligam-se aos direitos de igualdade (ARAUJO, 2011).

Desse modo, os direitos sociais são inerentes ao princípio da dignidade humana, por serem reconhecidos como direitos fundamentais e em título próprio, ou seja, devem serem interpretados por uma ótica emancipatória, calcada na dignidade da pessoa humana e com a efetividade dos comandos constitucionais (CLÈVE, 2003).

Com o objetivo de proteger a dignidade humana e os preceitos constitucionais, o Legislativo, ao longo dos anos, tem desenvolvido diversas legislações: artigos 205; 208, III e 209 da Constituição Federal de 1988; artigo 2º e 8º, inciso I, da lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989; Resolução nº 02 do Conselho Nacional de Educação (CNE), de 11 de setembro de 2001; Decreto nº 3.956, de 8 de outubro de 2001, Convenção Internacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência, Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009 e Lei Brasileira de Inclusão – Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015) foram criadas com o viés de amparar a pessoa com deficiência, e salvaguardar o direito à educação inclusiva. No que se refere aos direitos trabalhistas destaca-se a Lei 8.213, de 24 de julho de 1991, por preceituar cotas para contratação de pessoas com deficiência. Dentre o arcabouço jurídico, destaca-se, a Convenção Internacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência e a Lei Brasileira de Inclusão.

A Convenção em comento destaca-se por ser a primeira norma internacional de direitos humanos aprovada, nos termos do Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008, com status de emenda constitucional e promulgada pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. Tal arcabouço legislativo, na modernidade, ao se alinhar com o pleno e equitativo exercício de direitos e promover o desenvolvimento livre e com dignidade dos planos e projetos de vida, cumpre, os propósitos dos direitos humanos da pessoa com

deficiência (MALDONADO, 2013).

Como se pode observar, a conscientização social e a letra fria da lei, não são suficientes para dar concretude aos direitos mais básicos dos seres humanos, entre eles o direito à educação. Na história da humanidade, a legislação é apenas uma luz que nos guia na direção dos valores e anseios sociais perseguidos. É indispensável que os compromissos e objetivos assumidos pelo Estado, desde a sua formação ande de mãos dadas com o solidarismo constitucional, uma vez que, para a formação de uma sociedade cada vez mais heterogênea e plural, é inevitável vincular todos os órgãos estatais, potências públicas, cidadãos e grupos como entes participativos na formação dessa sociedade aberta a diversidade (HABERLE, 1997).

Acrescenta-se, a preocupação com o fato de que, não obstante esses diversos compromissos estabelecidos na Constituição, do papel das instituições, das legislações e das políticas públicas, as pessoas com deficiência continuam a enfrentar violações de seus direitos fundamentais e barreiras contra sua participação como membros iguais da sociedade.

Ademais, cabe ressaltar, que desde Hobbes se discute a formação de um contrato social, na qual o indivíduo ceda parte da sua liberdade em prol da ordem e da segurança. Para o referido autor, no estado de natureza, de guerra de todos contra todos (“homem é lobo do próprio homem”), o indivíduo deve ceder parte da sua liberdade para o Estado (Leviatã), pois esta, garantiria a paz social e a segurança de todos (HOBBS, 2014). Indo além, Rousseau (2013), defende uma sociedade fundada no consenso, ou seja, na vontade geral ou soberania popular (interesse comum da coletividade). Nessa vertente, o princípio majoritário, em uma democracia, enquanto governo do povo, é baseado na vontade da maioria, pois este detêm a soberania e a exerce direta ou indiretamente (SANTOS, 2011).

Em contrapartida, o princípio contramajoritário implica em atuação do magistrado como legislador negativo, ao invalidar leis e atos dos poderes legislativo e executivo democraticamente eleitos, bem como, de legislador positivo, na interpretação das normas e princípios e lhes atribuírem juízo de valor (ALMEIDA, 2011).

Dessa forma, o Novo Constitucionalismo Latino-Americano, ao consagrar um novo constitucionalismo descolonial, por considerar as minorias étnicas, raciais, culturais dentro das fronteiras do estado, transmuta o conceito de maioria, particularmente, na perspectiva contramajoritária das constituições e em especial, da jurisdição constitucional (FONSECA, 2015).

Diante deste cenário e por se viver em um Estado Democrático de Direito, os

operadores do direito devem se mostrar vigilantes, criativos e sensíveis, na busca de meios de efetivar o ordenamento jurídico, em particular, os direitos fundamentais, tal como o direito ao trabalho em condições justas, equitativas e saudáveis as pessoas com deficiência.

Nesse aspecto exige-se uma conduta proativa do judiciário, de maneira a interpretar a Constituição de forma a maximizar seu sentido e alcance. No ativismo judicial, a atuação do magistrado reflete na esfera de outros poderes, em especial, do Legislativo, porém, o juiz não pode aplicar convicções pessoais ou fontes inexistentes. Em suma: está limitado aos princípios constitucionais.

Nessa lógica, para Barroso (2008) o ativismo judicial se manifesta nas mais diversas condutas, dentre as quais: aplicação da Constituição a casos não previstos taxativamente e independente da atuação do legislador originário; Declaração de inconstitucionalidade de atos do legislativo com base em critérios menos rígidos que os de fácil violação a Constituição e, primordialmente, no campo das políticas públicas a imposição ao Poder Público de fazer ou deixar de fazer algo. Como se pode notar, o ativismo judicial trata-se de atividade de interpretação, ou seja, está intimamente relacionada as mutações constitucionais e a hermenêutica.

No que concerne a judicialização da política, esta permite uma maior atuação do Judiciário, uma vez que, não o vincula aos princípios constitucionais. Dessa forma, o magistrado diante da omissão do Legislativo na regulamentação de determinado direito ou política pública, atua no intuito de salvaguardar os direitos e as políticas públicas indispensáveis à sociedade. Nessa seara, Bernardo (2009) doutrina que ante de um Legislativo cada vez mais distante dos anseios sociais e do império de respostas imediatas aos problemas existentes, a atividade judicial assume maior relevância. Diante desse cenário, surge o fenômeno da “judicialização de direitos”, que consiste na busca por soluções imediatas como ferramenta de efetivação dos valores fundamentais do Estado.

Não obstante, é preciso proteger as minorias, nessa acepção, o princípio majoritário deve ser interpretado em consonância com os direitos das minorias, da supremacia da Constituição e da defesa dos direitos fundamentais, de forma a possibilitar a atuação contramajoritária do Poder Judiciário e a promoção os preceitos constitucionais, a ampliação da democracia e a inclusão social, inclusive com a prevalência da Constituição sobre o princípio majoritário. Nesse contexto, Kelsen (1993, p. 67) ensina que:

[...] De fato, a existência da maioria pressupõe, por definição, a existência de uma minoria e, por consequência, o direito da maioria pressupõe o direito à existência de uma minoria. Disto resulta não tanto a necessidade, mas principalmente a possibilidade de proteger a minoria contra a maioria. Esta proteção da minoria é função essencial dos chamados direitos fundamentais e liberdades fundamentais, ou direitos do homem e do cidadão, garantidos por todas as modernas constituições das democracias parlamentares. [...]

De forma semelhante, a fim de garantir que o princípio contramajoritário cumpra a função que lhe é inerente: propiciar a participação das minorias e garantir que estas não sejam pressionadas por supressões dos valores democráticos impostos pelas classes dominantes em proveito próprio, Cambi (2009) assevera que em uma sociedade justa e bem ordenada, as leis não comprometem a realização dos direitos fundamentais, visto que, estes são garantias contra a maioria. Nesse contexto, cabe não a maioria, mas a um órgão independente e especializado a competência de verificar a existência de ações ou omissões que violem a Constituição. Nesse sentido, a jurisdição constitucional representa a grande invenção do princípio contramajoritário, uma vez que, serve de garantia dos direitos fundamentais e da própria democracia. Em sentido contrário, se a jurisdição constitucional não existisse ou não detivesse as funções que possuem, estando a cargo da maioria democrática afirmar a prevalência dos direitos em colisão no caso concreto, o princípio em comento perderia toda a sua potência, uma vez que, não seria mais um trunfo contra a maioria e nem garantiria os direitos fundamentais.

Nessa vertente de implementação das políticas públicas o que deverá ocorrer é a autorização, planejamento e execução das políticas públicas pelo Executivo e Legislativo e, ao Judiciário garantir a efetivação do direito social que aquela política pública visa assegurar. Todo direito social exige que o estado provenha e crie condições para que seja efetivado. Nesse sentido, diante da inércia do Executivo e do Legislativo, o Judiciário atua como legítimo “guardião das promessas” do texto constitucional (GARAPON, 2001).

Acrescenta-se, que é dever não só dos poderes Judiciário, Executivo e Legislativo, mas igualmente da iniciativa privada e de todos os indivíduos enquanto integrantes da sociedade em dirimir qualquer ação preconceituosa ou discriminatória. É certo, porém, que compete ao Poder Executivo e ao legislador a atividade primordial de estabelecer políticas públicas que visem maior inclusão social. Nessa vertente, Cunha Júnior (2010) alude que uma verdadeira democracia só é possível onde todas as pessoas são tratadas com igual respeito e consideração. A democracia enquanto governo segundo a vontade da maioria, imprime que o princípio majoritário assegure que todos os membros

da comunidade sejam concebidos, e igualmente respeitados, como agentes morais.

Nessa acepção, para que se exista uma sociedade cidadã e isonômica é necessário que cada indivíduo possa participar das decisões sociais, possa ter acesso a informações sobre o Estado, o mundo, sobre as decisões políticas e, acima de tudo, é indispensável que a pessoa possa ter seus direitos resguardados pelo Estado independente de classe social, cor, raça, religião, ou qualquer distinção.

Nestes termos, compete aos indivíduos, dada a heterogeneidade da sociedade, avaliar se as políticas públicas cumpre os objetivos perseguidos, por meio da participação social, precipuamente, em debates sobre temas relevantes, como forma de amadurecimento democrático e valorização da opinião pública e das discussões políticas (SEN, 2010).

Em síntese, pode-se considerar que é dever do Estado e de todos os cidadãos contribuírem para a efetivação dos direitos de toda e qualquer classe social, sem distinções, ou seja, é necessário observar não apenas a igualdade formal (discriminação arbitrária, preconceito é vedado pela lei), mas também a igualdade material (igualdade real, igual oportunidades para todos), uma igualdade que possibilita a paridade de classes, que todas as pessoas tenham seus direitos respeitados. Cabe aqui destacar a relevante lição de Sen (1979, p.219): “The notion of the equality of basic capabilities is a very general one, but any application of it must be rather culture-dependent, especially in the weighting of different capabilities”.

Como se pode concluir, o Ativismo Judicial e a Judicialização da política são limitados pelo papel da Constituição em garantir a efetiva cidadania, por meio da participação popular e a proteção dos direitos fundamentais, principalmente dos mais necessitados. No estado democrático só é possível pensar em igualdade real, em potencialização da cidadania, em participação democrática, se for possível uma efetiva inclusão social, que não seja apenas justa, mas distributiva na medida das desigualdades de cada indivíduo ou grupo social. Nesse contexto, almeja-se no tópico a seguir examinar um caso concreto de atuação do judiciário, na potencialização das capacidades, cujos reflexos são sentidos no exercício da cidadania e do processo democrático.

2 JUDICIÁRIO E DEMOCRATIZAÇÃO DO ENSINO: O CASO DA EDUCAÇÃO INCLUSIVA

Historicamente, a educação no Brasil, não tem recebido a atenção que merece. Muitos são os obstáculos enfrentados pelos alunos para o acesso e permanência na escola: falta de profissionais, ônibus em péssimo estado de conservação, escolas sem infraestrutura para receber aulas. As pessoas com deficiência, além das barreiras mencionadas acima, sofrem com a falta de acessibilidade e de profissionais especializados (psicólogos, intérpretes, acompanhantes) e com o preconceito.

Diante desse cenário, revela-se imperioso aduzir que em um país onde a educação é a porta de entrada para a conquista de melhores oportunidades, de exercício da democracia, viabilizar a educação inclusiva das pessoas com deficiência é condição indispensável de participação plena e cidadã. Demonstra-se aqui o papel inexorável da inclusão social e do acesso à educação das pessoas com deficiência como forma de garantir a efetiva cidadania e promover o desenvolvimento tanto social, como da democracia.

No entanto, é fato recorrente, que são muitas as barreiras enfrentadas, diuturnamente, pelas pessoas com deficiência para uma melhora de vida por meio da educação: necessidade de atendimento especializado, como profissionais preparados, infraestrutura adequada, materiais adaptados, que por não estarem à disposição da sociedade, gera diversas situações que impedem ou obstam esses alunos de se matricularem na rede regular de ensino (GOULART; MARCIEL, 2014).

Tal afirmação, nos leva ao ponto principal do nosso trabalho. A necessidade de profissionais especializados, de acessibilidade, capacitação de professores ensejam na cobrança de taxas maiores dos alunos com deficiência, cujo corolário é a persistência de um quadro de exclusão, desigualdade e pobreza, pôr impedir o desenvolvimento social e que tais pessoas possam ser vistas como agentes de transformação social.

A preocupação das instituições privadas em mitigar o acesso à educação inclusiva, esquecendo-se, de seu dever de formar cidadãos e de alguns dos fundamentos da República Federativa do Brasil, insculpidos no artigo 1º, da Constituição Federal De 1988: cidadania (II) e dignidade humana (III) é tanta, que a Confederação Nacional Dos Estabelecimentos De Ensino – CONFENEN impetrou no Supremo Tribunal Federal (STF), no dia 04 de agosto de 2015, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5357, com pedido de medida cautelar, em face do § 1º do artigo 28 e artigo 30, caput, da Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015, a qual institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), cuja relatoria está a cargo do Ministro Edison Fachin.

O artigo 28, § 1º da Lei nº 13.146/2015 veda a cobrança de valores adicionais de qualquer natureza em suas mensalidades, anuidades e matrículas por parte das instituições privadas, de qualquer nível e modalidade de ensino. O artigo 30, caput, da Lei em comento dispõe sobre medidas a serem adotadas pelas instituições de ensino superior, públicas e privadas, nos processos seletivos para ingresso e permanência nos cursos oferecidos por tais instituições.

Nesses termos o artigo 24 da Convenção Internacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência (2009) impõe as instituições de ensino brasileiras, públicas ou privadas, o dever de promover o acesso e permanência das pessoas com ou sem deficiência na escola. A contrário senso, a CONFENEN alega que a expressão “privadas” seria inconstitucional, por violar o direito de propriedade, a livre iniciativa, a autonomia dos estabelecimentos de ensino e ser de competência exclusiva, do Estado e da família promover a educação da pessoa com deficiência (GALINDO, 2015).

Como se pode notar, a Convenção Internacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência (2009) ao promulgar no artigo 24 que os Estados partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência à educação, sem discriminação e em igualdade de oportunidades, assume o dever de garantir sistema educacional inclusivo em todos os níveis, com o objetivo de assegurar o pleno desenvolvimento do potencial humano e do senso de dignidade e autoestima. Além do mais, o fortalecimento do respeito pelos direitos humanos, pelas liberdades fundamentais, pela diversidade humana, a participação efetiva das pessoas com deficiência em uma sociedade livre e o máximo aperfeiçoamento possível da personalidade e dos talentos e da criatividade das pessoas com deficiência, assim como de suas habilidades físicas e intelectuais contribui para o processo democrático e a potencialização da cidadania.

A Convenção em estudo, avança por consignar a educação inclusiva como instrumento de participação social, comprometida com a equidade, a justiça social, a autonomia da pessoa com deficiência, com a proteção aos direitos humanos e fundamentais, o respeito à dignidade humana, o combate à discriminação, por intermédio das liberdades individuais e do pluralismo social, ao possibilitar o desenvolvimento sustentável e o aperfeiçoamento das potencialidades da pessoa com deficiência, como instrumento de igualdade de oportunidades, convívio com as diferenças e erradicação da pobreza.

Complementarmente, a Lei Brasileira de Inclusão, Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015, se evidencia por sua contemporaneidade, por ter como suporte a Convenção

Internacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência e, por se destinar a ratificar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, ao visar à sua inclusão social e consolidação da cidadania.

Em resumo, com base em uma mentalidade retrógada, as escolas particulares procuram, em contradição com o princípio da dignidade humana e da igualdade, recusar as matrículas de alunos com deficiência em razão desta. Nesse diapasão, nota-se, que retrocesso é maior que o avanço, que a ganância é maior que a vontade de incluir. As escolas particulares nas propagandas pregam muito a cidadania, mas o que se vê na prática é uma total discriminação.

No que tange a cobrança de valores diferenciados e a maior, as pessoas com deficiência, em comparação as pessoas sem deficiência, não há o que falar em inconstitucionalidade, uma vez que, a partir do momento que a Constituição Federal de 1988, estabelece no artigo 209, II, que o ensino é livre à iniciativa privada desde que se respeitem as normas gerais de educação e mediante autorização e avaliação por parte do Poder Público, e no artigo 205 afirma ser a educação direitos de todos e dever do Estado, família, com a colaboração da sociedade, a iniciativa privada se substabelece na obrigação estatal de promover o direito educacional sem distinções. Corroborando com tal entendimento, o artigo 8º da Lei Brasileira de Inclusão (Lei nº 13.146/2015), ao estabelecer que a educação é dever do Estado, da sociedade e da família assegurar à pessoa com deficiência, prioritariamente, o direito à educação.

Educação, só é inclusiva, se for para todos e por todos. A partir do momento que as escolas particulares se interessam em receber uma função que é estatal, se sub-roga nos deveres que tais atividades implicam. Nesse aspecto, igualdade, direito à educação e educação inclusiva são expressões indissociáveis, ou seja, uma verdadeira inclusão só é possível à luz do princípio da igualdade. Dessa forma a igualdade deve ser a força matriz a gerenciar a aplicação do entendimento do direito à inclusão das pessoas com deficiência. Em síntese, a interpretação constitucional deve estar em consonância com o princípio da igualdade (ARAUJO, 2011).

A educação inclusiva, com a compreensão da deficiência e o convívio com a pluralidade, enriquece a sociedade (Cuenca Gómez, 2012), por contribuir tanto para uma igualdade real e plena, como para o desenvolvimento das liberdades fundamentais, tão inerente a concepção de justiça, equidade e igualdade de oportunidades.

Ademais, como forma de incrementar suas liberdades e capacidades e alcançar

a máxima potencialização de seus talentos e habilidades, segundo suas características, interesses e necessidades de aprendizagem, a educação constitui direito da pessoa com deficiência, por assegurar sistema educacional inclusivo em todos os níveis e aprendizado ao longo de toda a vida (artigo, 27, da Lei 13.146/2025 – Lei Brasileira de Inclusão).

Tanto a Convenção Internacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência, como a Lei Brasileira de Inclusão, reconhecem a retribuição social, a união de todos os integrantes da sociedade e o respeito ao multiculturalismo e ao pluralismo, presentes nas sociedades contemporâneas, como ferramenta de inclusão, igualdade de oportunidades e desenvolvimento das liberdades e habilidades das pessoas com deficiência, enquanto pressuposto da igualdade material tão almejada pela nossa Carta Constitucional. Nesses termos, a autonomia da vontade das pessoas com deficiência, consiste no livre exercício das opções que melhor lhes prover, por capacitar tanto para a atuação cidadã, como por conferir voz ativa no processo de transformação social.

Soma-se a tal fato, o múnus do Estado em endossar às pessoas com deficiência a possibilidade de adquirir as competências práticas e sociais necessárias, como ferramenta facilitadora da plena e igual participação no sistema de ensino e na vida em comunidade das pessoas com deficiência. Nessa lógica, destaca-se a importância do exercício das capacidades, ou seja, de influenciar no seu próprio destino, de participar das decisões públicas, o gozo de direitos sem discriminações determinadas para a democracia, a cidadania plena e a inclusão social (O'DONNELL, 2007).

Desse modo, a cidadania e a participação social são inerentes ao amadurecimento da democracia e, por conseguinte, do Estado Democrático de Direito, de modo a permitir o convívio na diversidade e o respeito ao pluralismo social, intensificado pelo multiculturalismo. Por conseguinte, faz-se necessário respeitar dois princípios básicos e fundamentadores da ordem jurídico-política, social e cultural: solidarismo constitucional, que se manifesta através da cooperação e da dignidade humana, como pressuposto da igualdade entre os indivíduos em situação de desigualdade perante a sociedade como um todo.

Em síntese, só com esse comprometimento social será possível a democratização da educação, com o fito de possibilitar o acesso ao ensino inclusivo, de forma democrática e plural, pautada nos valores arraigados na constituição, ou seja, uma educação as pessoas com deficiência física que efetive a sua cidadania e que possa ser instrumento eficaz de transformação social e de inserção, discussão e participação social. É indispensável, no Estado Democrático em que se vive promover o debate e o exercício das liberdades

fundamentais e do convívio com a diversidade de forma plena, sem restrições e intolerâncias.

CONCLUSÃO

Após mais de 2.000 anos verifica-se a estigmatização de certas classes sociais: afrodescendentes, mulheres, índios, pessoas com deficiência. A discriminação dirigida a esses grupos sociais permanece até os dias atuais, cujos reflexos podem ser percebidos na menor participação social, democrática e nas restrições ao exercício da cidadania.

Ademais, verifica-se no Brasil uma privação das pessoas com deficiência no exercício da cidadania e da participação democrática, em especial, pela limitação dos direitos à educação e ao trabalho. Direitos estes de suma importância para o desempenho da agência, ou seja, de fazer as próprias escolhas. Nessa vertente, destaca-se a cooperação dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário com a sociedade na promoção e proteção dos direitos da pessoa com deficiência.

Nesse sentido, cabe destacar, que o princípio da dignidade humana e do solidarismo constitucional, base jurídico política do nosso sistema, impõe a cooperação entre Estado, sociedade como um todo, professores, alunos, diretores e gestores de escola a pensar em mecanismos (por exemplo, capacitação dos professores e funcionários das escolas para prover o bem estar dos alunos com deficiência; estrutura curricular que inclua as pessoas com deficiência) conjuntamente que possam permitir tanto o acesso e a permanência do aluno com deficiência na escola, no propósito de evitar tanto o desestímulo, como a evasão escolar, como o aperfeiçoamento das competências e a autonomia da vontade das pessoas com deficiência, contribuindo a sociedade multicultural, heterogênea que vivemos.

Além do mais, destaca-se como forma de dirimir tais disparidades, a Lei Brasileira de Inclusão, estabelece o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais, em condições equitativas como meta para a inclusão social e a cidadania. Ademais, a Convenção Internacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência ao reconhecer a diversidade, a autonomia e a independência das pessoas com deficiência e pôr a temática referente à deficiência no centro da preocupação social como estratégia de desenvolvimento social, em concordância com os princípios do solidarismo constitucional e da dignidade da pessoa humana, constituem instrumentos que fornecem orientações de grande significado para que por meio da educação às pessoas com

deficiência possam aprimorar suas habilidades e competência, sentirem-se incluídos socialmente, uma vez que, acarreta o acesso e permanência ao ambiente escolar, a igualdade de oportunidades e de tratamento e o convívio com a diversidade.

Diante do preconceito vivenciado por tais indivíduos mostra-se relevante a atuação do Poder Legislativo em ampliar o rol de direitos de tais cidadãos, do Poder Executivo em desenvolver políticas públicas, a exemplo, da criação do CONARE e do Poder Judiciário em assegurar o respeito a tais direitos e aos preceitos constitucionais, fazer cumprir as políticas públicas de inclusão e possibilitar a expansão do espaço público inerente a democracia.

Nesse diapasão conclui-se pelo destaque assumido pela função jurisdicional na democratização do ensino e na potencialização da cidadania, ao assegurar por meio da educação inclusiva espaço para a participação do debate público e mecanismos para influenciar em seu próprio destino. Só é possível pensar em democracia com a consolidação de uma educação inclusiva paritária e isonômica, pautada em um processo histórico e sem volta na conquista da cidadania das pessoas com deficiência, posto que, cada indivíduo deve assumir seu papel na contribuição pelo sucesso da educação responsável, inclusiva, equitativa e que possibilite as pessoas com deficiência atenderem os seus anseios e sonhos de vida.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Vicente Paulo de. Ativismo judicial. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2930, 10 jul. 2011. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/19512>>. Acesso em: 13 jun. 2016.

APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá Editora, 2006.

ARAUJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional das pessoas com deficiência**. 4 ed. Brasília: Secretaria Nacional de Direitos Humanos, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo judicial e legitimidade democrática. **Consultor Jurídico**, [S.l], 2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>. Acesso em 19 maio 2016.

BERNARDO, Leandro Ferreira. **Ativismo judicial e estado democrático de direito**. Rev. Jur., Brasília, v. 11, n. 93, p.02, Fev./Maio 2009.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 16 maio 2016.

BRASIL. **Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989**. Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - Corde, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L7853.htm>. Acesso em: 16 maio 2016.

BRASIL. **Resolução CEB/CNE nº 02, de 11 de setembro de 2001**. Institui Diretrizes Nacionais para a Educação Especial na Educação básica. Disponível em: <<http://www.portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/CEB0201.pdf>>. Acesso em: 16 maio 2016.

BRASIL. **Decreto nº 3.956, de 8 de outubro de 2001**. Promulga a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/d3956.htm>. Acesso em: 16 maio 2016.

BRASIL. **Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008**. Aprova o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Congresso/DLG/DLG-186-2008.htm>. Acesso em: 16 maio 2016.

BRASIL. **Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009**. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 16 maio 2016.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. **Características do emprego formal segundo a relação anual de informações sociais – 2011**. Brasília, DF, 2011. Disponível em: <http://portal.mte.gov.br/rais_anual/rais-2011.htm#2>. Acesso em: 16 maio 2016.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. **Características do emprego formal segundo a relação anual de informações sociais – 2012**. Brasília, DF, 2012. Disponível em: <<http://portal.mte.gov.br/data/files/FF808081419E9C900141B74A39245892/Principais%20Resultados%20-%20Ano%20base%202012%20.pdf>>. Acesso em: 16 maio 2016.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. **Características do emprego formal segundo a relação anual de informações sociais – 2013**. Brasília, DF, 2013. Disponível em: <<http://portal.mte.gov.br/data/files/FF80808148855DD70148A92767C34D76/Principais%20Resultados%20-%20Ano%20base%202013.pdf>>. Acesso em: 16 maio 2016.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. **Características do emprego formal**

segundo a relação anual de informações sócias – 2014. Brasília, DF, 2014. Disponível em:<

<http://acesso.mte.gov.br/data/files/FF8080814F4D225D014FB3757F852753/Caracter%C3%ADsticas%20do%20Emprego%20Formal%20segundo%20a%20Rela%C3%A7%C3%A3o%20Anual%20de%20Informa%C3%A7%C3%B5es%20Sociais%202014%2031082014.pdf>>. Acesso em: 19 maio 2016.

BRASIL. **Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015.** Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm>. Acesso em: 16 maio 2016.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocesualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais.** Curitiba: Revista Crítica Jurídica, 2003.

CRUZ, Priscila; Monteiro, Luciano (org.). **Anuário brasileiro da educação básica 2012.** São Paulo: Moderna, 2012.

CUENCA GÓMEZ, Patricia. **Sobre la inclusión de la discapacidad en la teoría de los derechos humanos.** Revista de Estudios Políticos. n. 158, p. 103-137. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, out-dez, 2012.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle da constitucionalidade: teoria e prática.** 4. ed. rev. Salvador: JusPODIVM, 2010.

FONSECA, Paulo Henrique da. **Novo constitucionalismo latino-americano, a propriedade e colonialidade: entre rupturas e permanências de um modelo.** **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, v. 7, n. 3, p. 308-322, set-dez. 2015.

GALINDO, Bruno. **Haveria no Brasil o “direito” a discriminar? Avanços e percalços na construção de um direito antidiscriminatório no Brasil.** **Crítica Constitucional.** Brasília, 13 set. 2015. Disponível em:< <http://www.criticaconstitucional.com/haveria-no-brasil-o-direito-a-discriminar-avancos-e-percalcos-na-construcao-de-um-direito-antidiscriminatorio-no-brasil/>>. Acesso em: 19 maio 2016.

GARAPON, Antoine. **O Juiz e a democracia: o guardião das promessas.** Tradução: Maria Luíza de Carvalho. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

GOULART, Leandro Henrique Simões; MACIEL, Saint-Clair Guilherme Campos. **O acesso à educação para pessoas portadoras de deficiência.** **Revista Jus Navigandi,** Teresina, ano 19, n. 4149, 10 nov. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/29974>>. Acesso em: 16 maio 2016.

HABERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da**

constituição. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1997.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. São Paulo: Martin Claret, 2014.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. São Paulo: Martin Claret, 2013.

KELSEN, Hans. **A democracia**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. **Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2001.

MALDONADO, Jorge A. Victoria. Hacia un modelo de atención a la discapacidad basado em los derechos humanos. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, México, año XLVI, n. 138, set-dez 2013, p. 1093-1109, 2013.

O'DONNELL, Guillermo. **Disonancias: críticas democráticas**. Buenos Aires: Prometeo Libros, 2007.

OLIVEIRA, Luiza Maria Borges. **Cartilha do censo de 2010 – Pessoas com deficiência**. Brasília: SDH-PR/SNPD, 2012.

SANTOS, Bruna Izídio de Castro. **O Princípio Contramajoritário como característica do Controle de Constitucionalidade**. 2011. 76 f. Monografia apresentada na Faculdade de Direito das faculdades integradas Antônio Eufrásio de Toledo para obtenção de Bacharel em Direito.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SEN, Amartya. **Equality of What?** Tanner Lecture on Human Values. Tanner Lectures: Stanford University, 1979.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.