



O ATIVISMO JUDICIAL COMO FORMA DE GARANTIR A EDUCAÇÃO INCLUSIVA POR MEIO DO AEE NA EDUCAÇÃO PÚBLICA PAULISTA: UMA ANÁLISE QUALITATIVA DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

 <https://doi.org/10.56238/levv16n48-010>

Data de submissão: 02/04/2025

Data de publicação: 02/05/2025

Marcelo Ribeiro da Silva Herran

Antonio Pires Barbosa
Ph.D

Wilson Levy Braga da Silva Neto
Ph.D

RESUMO

Ao longo da história, a pessoa com deficiência foi considerada cidadã de segunda classe. A Constituição Federal de 1988 foi a primeira a colocar os Direitos Humanos no centro do sistema jurídico nacional, incluindo os direitos das pessoas com deficiência. A Convenção de Nova York, incorporada ao ordenamento jurídico pátrio com status de emenda constitucional por força do procedimento do § 3º do artigo 5º da Carta Cidadã. Em obediência à Convenção, surge a Lei Brasileira de Inclusão (LBI), que, assim como a Convenção, reconhece a inclusão como princípio fundamental, juntamente com a igualdade de oportunidades, princípio inspirado nas ideias de John Rawls, quem em sua teoria de uma sociedade justa, defende a igualdade de oportunidades como um dos pilares da justiça. A inclusão é um processo contínuo, com a educação como um dos seus principais instrumentos. Contudo, a educação inclusiva, por vezes, precisa ser assegurada por meio de ações judiciais, que buscam entre outras coisas, a designação de professores auxiliares. Este artigo se debruça na educação pública paulista. A LBI, em respeito ao princípio da inclusão, determina que, preferencialmente, o aluno com deficiência seja integrado à rede regular de ensino, conforme os artigos 27 e 28. Entretanto, devido a diversos fatores, incluindo a alegada falta de demanda, essa necessidade só é identificada após a proposição de ações judiciais e sua posterior determinação.. O artigo se propõe a analisar o motivo dessa situação. Antes de abordar a educação inclusiva, é importante examinar como a educação foi reconhecida como um direito fundamental nos textos legais.. A metodologia adotada é mista, combinando a análise de textos legais e doutrinários com decisões judiciais para garantir a implementação da política de educação inclusiva. Embora se reconheça que a implantação de políticas públicas por via judicial não seja o cenário ideal para o bom funcionamento da sociedade, a análise quantitativa busca demonstrar a necessidade de internalizar essa política pública.

Palavras-chave: Pessoa com deficiência. Inclusão educacional. Lei Brasileira de Inclusão. Ativismo judicial educação pública.

1 INTRODUÇÃO

A luta pela inclusão da pessoa com deficiência é um processo contínuo, tendo a Constituição Federal de 1988 colocado a pessoa humana como centro do ordenamento jurídico. Esse status também é concedido à pessoa com deficiência, como comprovado pela adoção da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, de 30 de março de 2007. Por meio do procedimento do § 3º do artigo 5º da Carta Cidadã, a Convenção deve ser lida como emenda à Constituição, sendo o primeiro diploma internacional a ganhar esse status.

Em obediência à Convenção, surge em 2013 a Lei Brasileira de Inclusão (LBI), também conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência. Devido ao seu caráter principiológico, a LBI traz inúmeros princípios de natureza constitucional, como o da inclusão.

A inclusão é um princípio fundamental que coloca a pessoa com deficiência como membro pleno da sociedade. Uma das formas de garantir esse princípio é por meio da educação. Contudo, antes de adentrar na educação inclusiva, é necessário analisar o direito à educação desde sua previsão em tratados internacionais, como a Carta das Nações Unidas, sem esquecer do arcabouço normativo nacional, que inclui a Constituição Federal de 1988, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação e o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

É importante observar a elevação do direito à educação à categoria de direito fundamental, estabelecendo a conexão com a educação inclusiva e sua previsão na Agenda 2030 de Desenvolvimento Sustentável.

É importante também ressaltar a teoria do filósofo americano John Rawls, que, por meio de sua construção teórica, recolocou a justiça no centro dos debates filosóficos do século XX. Ele enfatizou que uma sociedade só é bem ordenada ou justa se ela atender aos dois princípios da justiça: o primeiro princípio da Liberdade igual, que garante a todos os membros da sociedade o maior número possível de liberdades, sendo complementado pelo segundo princípio da Diferença, que admite diferenças econômicas, desde que essas favoreçam a população mais vulnerável.

O conjunto desses princípios faz surgir um terceiro, qual seja, o princípio da igualdade equitativa de oportunidades, princípio este que está expressamente escrito na Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD) de 2015 e na LBI, tendo a educação inclusiva como instrumento.

A educação inclusiva, como direito da pessoa com deficiência, é um processo contínuo que se instrumentaliza por meio de figuras como o professor auxiliar e outros instrumentos detalhados nos artigos 27 e 28 da LBI. Apesar da previsão legal, a educação inclusiva, por vezes, precisa de decisão judicial para ser efetivada. Embora reconheça que a via judicial não seja a melhor forma de concretizar a política pública, este trabalho, por meio de uma análise quantitativa, pretende demonstrar que a educação é a única forma de a pessoa com deficiência se tornar sujeito e não objeto na sociedade democrática.

Pergunta de pesquisa: Como o ativismo judicial tem contribuído para a garantia da educação inclusiva na rede pública estadual Paulista por meio do AEE em conformidade com a LBI e os Objetivos de desenvolvimento Sustentáveis?

2 MÉTODO

Este artigo adota uma metodologia mista, combinando uma revisão bibliográfica de textos legais e doutrinários com uma análise quantitativa dos processos judiciais contra o Estado de São Paulo, visando à implantação da política pública de educação inclusiva, em especial na figura do professor auxiliar.

A revisão bibliográfica abrange a legislação pertinente, a doutrina especializada e as decisões judiciais, enquanto a análise quantitativa examina o número de processos judiciais relacionados à implementação dessa política no contexto paulista.

Uma análise mais aprofundada dos processos demandaria autorizações legais específicas, o que inviabilizaria esta pesquisa no presente momento.

3 O CONCEITO LEGAL DE PESSOA COM DEFICIÊNCIA: A TERMINOLOGIA DA CDPD E DA LBI À EDUCAÇÃO INCLUSIVA

Este capítulo aborda o conceito legal de pessoa com deficiência, adotando a terminologia estabelecida pela Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD) e, subsidiariamente, pela Lei Brasileira de Inclusão (LBI).

O termo utilizado é "pessoa com deficiência", sendo que a deficiência não é atribuída apenas com base em critérios médicos, mas também por meio de uma avaliação que leva em consideração a relação do sujeito com o ambiente em que vive, incluindo as barreiras arquitetônicas, sensoriais e linguísticas, encarando a deficiência não como uma limitação, mas como uma característica da pessoa, assim como a cor dos olhos ou a altura, seja ela congénita ou adquirida.

Esse novo conceito está alinhado com o entendimento de "pessoa" adotado pela legislação civil, especialmente no artigo 1º do Código Civil, que conceitua a pessoa natural como aquele nascido com vida, e regula a capacidade nos artigos subsequentes.

É fundamental destacar que a CDPD e a LBI reformaram a legislação civil, reconhecendo as pessoas com deficiência, desde que atinjam a idade mínima de 18 anos, como presumidamente capazes e sujeitos de direito.

Embora o Código Civil reconheça a capacidade da pessoa humana, essa capacidade é adquirida com o tempo, conhecimento e interação social, sendo a educação um dos principais instrumentos para que o indivíduo a adquira.

Não obstante o conceito de pessoa com deficiência mencionado anteriormente, para um melhor entendimento sobre o tema, é necessário primeiro apresentar um panorama sobre o direito à educação, abordando sua elevação a direito humano, os principais textos legais relacionados ao tema e um breve panorama evolutivo até a educação inclusiva.

A educação é uma peça fundamental para o desenvolvimento da pessoa humana e, de acordo com Novo (2018), é um direito social reconhecido pela primeira vez na Constituição, sendo baseado no princípio da igualdade entre as pessoas, sem qualquer distinção.

Ainda segundo Novo (2018), foi somente com o advento da Constituição Cidadã que a educação pública deixou de ter um caráter assistencialista para adquirir o status de obrigação do Estado.

A educação como obrigação do Estado garante a efetividade do princípio da igualdade de oportunidades que está previsto no artigo 5º da CDPD abaixo transcreto para melhor compreensão:

”Igualdade e não discriminação 1. Os Estados Partes reconhecem que todas as pessoas são iguais perante a lei e que fazem jus, sem qualquer discriminação, a igual proteção e igual benefício da lei. 2. Os Estados Partes proibirão qualquer discriminação baseada na deficiência e garantirão às pessoas com deficiência igual e efetiva proteção legal contra discriminação por qualquer motivo. 3. A fim de promover a igualdade e eliminar a discriminação, os Estados Partes adotarão todas as medidas apropriadas para garantir que a adaptação razoável seja oferecida. 4. Nos termos da presente Convenção, as medidas específicas que forem necessárias para acelerar ou alcançar a efetiva igualdade das pessoas com deficiência não serão consideradas discriminatórias.”

A educação, como obrigação do Estado, desempenha um papel fundamental na efetivação do princípio da igualdade de oportunidades, previsto no artigo 5º da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD). Esse artigo estabelece que todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito a igual proteção e benefício legal, sem qualquer forma de discriminação. Além disso, a CDPD determina que os Estados Partes devem adotar medidas para garantir adaptações razoáveis e promover a igualdade, assegurando que as pessoas com deficiência não sejam discriminadas e tenham suas necessidades específicas atendidas (ONU, 2006).

No mesmo sentido, a Lei Brasileira de Inclusão (LBI), em seu artigo 4º, reforça o princípio da igualdade de oportunidades, assegurando que toda pessoa com deficiência tem direito a não sofrer discriminação e a usufruir de condições equitativas em relação aos demais cidadãos (BRASIL, 2015). Essa previsão legal está alinhada com a teoria da justiça de John Rawls, que defende uma sociedade organizada com base em princípios que garantam liberdades iguais e oportunidades equitativas para todos. Rawls, em sua obra Uma Teoria da Justiça (1971), propõe que as desigualdades sociais só são aceitáveis se beneficiarem os menos favorecidos, o que ressoa diretamente com os objetivos da CDPD e da LBI de promover inclusão e justiça social (RAWLS, 1971).

Conforme destacado por Santos (2013), a teoria rawlsiana sustenta que uma sociedade justa deve ser estruturada a partir da seleção de bens primários, que incluem liberdades básicas e

oportunidades equitativas, garantidas por meio de princípios como o da diferença e o das posições abertas. Esses princípios coincidem com as diretrizes da CDPD e da LBI, que buscam eliminar barreiras e promover a igualdade de oportunidades para pessoas com deficiência. Dessa forma, a educação, como direito social fundamental, compõe o núcleo essencial para a construção de uma sociedade justa e inclusiva, alinhada tanto com os preceitos legais quanto com as teorias filosóficas que fundamentam a justiça social.

Os direitos sociais são uma categoria de direitos fundamentais, mas, ao contrário dos direitos individuais, por vezes assumem um caráter coletivo. Eles estão previstos logo após o capítulo dos direitos e garantias fundamentais, no artigo 6º, e incluem: educação, saúde, transporte, moradia, trabalho, previdência, entre outros.

É importante esclarecer que o artigo 6º, mencionado acima, não apresenta um rol taxativo, sendo os direitos nele listados apenas alguns exemplos, destacando a educação como o primeiro deles.

Betânia Pereira dos Santos e outros (2021) discutem, em artigo publicado na Revista Ibero-Americana de Humanidades, que o direito à educação, conforme estabelecido na Constituição, está profundamente conectado aos princípios clássicos de liberdade, igualdade e fraternidade. Esse direito é classificado pela doutrina dos direitos humanos como um direito de segunda dimensão, ou seja, um direito social, econômico e cultural. Nesse contexto, o Estado não pode se limitar à mera abstenção; ele deve agir ativamente para garantir esse direito, implementando programas, ações e padrões mínimos que permitam aos indivíduos e à coletividade usufruir de liberdades iguais. Essa abordagem busca superar a igualdade formal, aproximando-se da igualdade material. Além disso, caso esses direitos não sejam garantidos voluntariamente, os indivíduos têm mecanismos jurídicos para recorrer ao Judiciário e exigir a efetivação de seus direitos fundamentais.

O trecho acima mencionado reforça a educação como uma meta direito, ou seja, um direito que capacita ao exercício de outros direitos, sendo dividida para fins metodológicos em áreas tais como: educação fundamental, secundária, profissionalizante e superior sendo transversalmente englobada pela educação inclusiva.

Não sendo suficiente que o Estado se abstenha de intervir na ação do indivíduo, mas agora o estado deve agir estabelecendo, programas, ações de modo a garantir padrões mínimos de qualidade.

A educação também é tratada no plano internacional sendo prevista na declaração universal dos Direitos do Homem de 1948 previsto no artigo 26, devendo segundo este artigo ser gratuito e universal

Cumpre também lembrar que o documento internacional serviu como paradigma para elaboração da nossa constituição.

Ainda no sistema universal de Direitos Humanos, a educação também está prevista no Pacto dos Direitos Económicos, sociais e Culturais nos seus artigos 13 e 14.

Os artigos supracitados evidenciam que os objetivo da educação é o desenvolvimento da pessoa humana.

Passados quase 70 anos da edição do supracitado pacto, a educação ainda é um dos objetivos da humanidade, fato esse evidenciado pela Agenda 2030. Constantes nos objetivos de desenvolvimento sustentáveis:

“4.5 Até 2030, eliminar as disparidades de gênero na educação e garantir a igualdade de acesso a todos os níveis de educação e formação profissional para os mais vulneráveis, incluindo as pessoas com deficiência, povos indígenas e as crianças em situação de vulnerabilidade”

[10.2] Até 2030, empoderar e promover a inclusão social, econômica e política de todos, independentemente da idade, gênero, deficiência, raça, etnia, origem, religião, condição econômica ou outra”

Ainda sobre as ODS 4 e 10 é triste até perceber que a educação inclusiva das pessoas com deficiência não foi tratada diretamente, ficando implícita.

Diniz (2021) destaca que a educação é um direito de todos e um dever do Estado, conforme estabelecido nos artigos 205 e seguintes da Constituição.

A autora ressalta que a sociedade como um todo deve contribuir para o pleno exercício desse direito, visando à erradicação da pobreza, à redução das desigualdades e à promoção de oportunidades equitativas. Além disso, a educação deve ser universal, plural e voltada para a produção de conhecimento e arte. O texto também menciona a divisão de competências entre os entes federativos: o governo federal é responsável por estabelecer normas gerais, gerenciar recursos e programas, e pela educação superior; os estados cuidam da educação secundária, profissionalizante e superior; e os municípios têm a responsabilidade prioritária pela educação infantil.

Por fim, Diniz (2021) enfatiza que a educação inclusiva é um processo permanente e transversal, devendo ser promovida por todas as esferas governamentais, considerando a inclusão e a diversidade como pilares fundamentais.

Seguindo a trilha da catedrática da PUC-SP sobre a educação inclusiva, cabe dissertar um pouco mais sobre essa temática, que está disciplinada nos artigos 27 e 28 da Lei Brasileira de Inclusão (LBI). O artigo 27 ocupa-se de regulamentar o direito à educação, reafirmando que a pessoa com deficiência é titular do direito à educação, consagrado na Constituição Federal, já mencionado acima.

O artigo 28, por sua vez, detalha como será implementada a educação inclusiva, abordando suas tecnologias, meios, pesquisas, múltiplas formas de linguagem, acessibilidade predial, profissionais de apoio, entre outros aspectos.

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

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

Na esteira do artigo legal supracitado, destacamos a figura do docente, seja o professor regente ou o professor auxiliar ou AEE (Auxiliar de Educação Especial), que desempenham papéis essenciais na concretização da educação inclusiva.

Entretanto a definição legal não é clara, sendo por vezes interpretada com a figura do cuidador, embora este também desempenhe um papel relevante no sistema educacional por vezes dificulta a integração do aluno com deficiência, lembrando ainda que nem todo aluno com deficiência precisa de um AEE.

Uma vez que a legislação não é clara sobre o tema cabe ao poder judiciário, ao ministério público e também a advogados a busca da efetivação desse direito fundamental.

A educação está colocada como direito fundamental desde os primórdios da ONU tendo a educação inclusiva ou especial sendo objeto de trabalho desde a declaração de Salamanca de 1994 a qual preceitua que o educando com deficiência deve estar incluído no ensino regular.

Passado mais de 30 anos da declaração de Salamanca é louvável, mas ainda consterna que a educação inclusiva enfrente desafios e por vezes precisa ser implementada pela via judicial, fato que será abordado nos próximos capítulos.

4 OS ÓRGÃOS DA JUSTIÇA, SUA DEFINIÇÃO LEGAL E SEU PAPEL NO CUMPRIMENTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, estabelece que são Poderes da União, independentes e harmónicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Conforme a doutrina iluminista de Montesquieu, cada um desses poderes possui uma função específica: o Legislativo elabora as leis, o Executivo as executa e o Judiciário resolve os conflitos decorrentes de sua aplicação. No entanto, essa definição clássica mostra-se insuficiente diante da complexidade do Estado moderno, como demonstra a posição do Ministério Público, que, embora integre o Executivo, possui funções que transcendem essa esfera (BRASIL, 1988).

O Ministério Público tem, entre suas atribuições institucionais, a tutela judicial dos direitos fundamentais, atuando contra o poder público para garantir sua efetivação. Essa tutela pode ser exercida tanto por advogados públicos quanto privados, evidenciando a importância de uma atuação conjunta para a concretização desses direitos (GONET, 2022). Essa postura ativa dos órgãos da justiça alinha-se com os textos internacionais e com a própria Constituição Federal, que busca assegurar a efetividade dos direitos fundamentais, fenômeno conhecido como ativismo judicial.

Antes de adentrar no conceito de ativismo judicial, é necessário compreender a eficácia das normas constitucionais, que fundamentam essa atuação. Conforme destacado por BALICO, V (2024) citando o Mestre das Arcadas, José Affonso da Silva que em sua classica obra leciona : as normas constitucionais podem ser classificadas em normas de eficácia plena, normas de eficácia contida e

normas programáticas. As primeiras produzem efeitos imediatos, sem necessidade de regulamentação; as segundas dependem de atos normativos para sua plena aplicação; e as últimas estabelecem diretrizes para futuras políticas públicas, sem efeitos imediatos.

No entanto, com a nova ordem constitucional, os direitos fundamentais passaram a ser entendidos como normas de eficácia plena, o que implica sua aplicação imediata. Apesar disso, é inegável a ocorrência de omissões estatais, sejam elas voluntárias ou involuntárias, especialmente no que diz respeito aos direitos sociais, que demandam ação positiva do Estado. Nessas situações, cabe ao cidadão exigir a prestação de serviços, muitas vezes com o auxílio do Ministério Público e de advogados (SILVA, 2020).

O termo "ativismo judicial" surgiu, conforme Gonet (2022), na revista **Fortune**, descrevendo o embate ideológico entre os juízes da Suprema Corte Americana. De um lado, havia aqueles que defendiam uma postura mais ativa do Judiciário; de outro, os que acreditavam que o Judiciário não deveria se envolver em questões políticas. Essa dicotomia reflete a crítica ao ativismo judicial, que questiona a capacidade do Judiciário de interferir em políticas públicas, tradicionalmente atribuídas ao Executivo. Segundo Moura (2018), o Judiciário não possui competência técnica para determinar como as políticas públicas devem ser executadas, cabendo ao Executivo essa deliberação.

A crítica ao ativismo judicial sustenta-se, ainda, no princípio da reserva do possível, construção da Corte Constitucional Alemã na década de 1970. Esse princípio reconhece que os recursos públicos são limitados e que o administrador deve fazer escolhas sobre sua alocação, considerando o interesse público e a eficiência (GONET, 2022). No entanto, essas escolhas muitas vezes entram em conflito com direitos fundamentais, exigindo uma atuação mais incisiva do Judiciário.

Antes de aprofundar a discussão sobre o ativismo judicial, é importante compreender o orçamento público, instrumento legal que discrimina as receitas e despesas do Estado. O orçamento é elaborado pelo Executivo e aprovado pelo Legislativo, sendo fundamental para a execução de políticas públicas. A educação, por exemplo, é uma área estratégica que recebe, no mínimo, 25% do orçamento, destinados a infraestrutura, pessoal e outras necessidades (BRASIL, 1988).

O ativismo judicial não visa substituir o Estado, mas garantir que ele cumpra suas obrigações constitucionais. Por exemplo, o Judiciário pode determinar que o Estado forneça educação de qualidade, o que pode incluir a construção de novas escolas, sem, contudo, interferir diretamente na alocação de recursos ou na execução das políticas públicas (MOURA, 2018).

5 O ATIVISMO JUDICIAL NA EDUCAÇÃO INCLUSIVA NO ESTADO DE SÃO PAULO

Este capítulo aborda o ativismo judicial para implantação da educação inclusiva, já reconhecendo que os dados levantados serão apenas uma amostra pois o simples fato de ser necessário a intervenção da justiça para a implantação da política pública demonstra que os educandos com

deficiência são ainda hoje negligenciados apesar da vasta quantidade de normas sobre o tema para melhor compreensão segue a primeira tabela a qual consta a legislação, seu ano e explicação da relação com, os direitos da pessoa com deficiência:

Tabela 1: Legislação vinculada aos direitos da pessoa com deficiência

| NORMA | ANO | EMENTA DA VINCULAÇÃO DA LEGISLAÇÃO AOS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA |
|--|------|---|
| Constituição Federal 1988 | 1988 | Art 5º, 205,206,208 Garantia dos direitos individuais e coletivos e tratamento constitucional da educação |
| Lei 7853/89 Lei dos deficientes | 1989 | Institui a tutela cível, penal e coletiva dos direitos das pessoas com deficiência |
| Lei 9.394/96 Lei de diretrizes e bases da educação | 1996 | Possui em seu capítulo V regramento específico da educação especial novamente consagrando que o aluno com deficiência deve preferencialmente ser incluído em sala regular |
| Lei 10048/2000 Lei do atendimento prioritário | 2000 | Institui o atendimento prioritário das pessoas com deficiência em estabelecimentos públicos e privados |
| Lei 10098/2000 Lei Geral da Acessibilidade | 2000 | Estabelece normas gerais de acessibilidade, rampas de acesso, piso, sanitários nos estabelecimentos públicos ou privados |
| A Resolução CNE/CEB n. 2/2001 (Diretrizes Nacionais para a Educação Especial na Educação Básica) | 2001 | Inovando a leis de diretrizes e bases da educação não mais trata a educação especial como capítulo a parte estabelecendo normas para sua integração na rede regular |
| Lei n. 12.711/2012 Lei de cotas | 2012 | Estabelece ação afirmativa para inclusão de negros indíos, |
| Lei n. 12.764/2012 | 2012 | Estabelece a política nacional das pessoas do espectro autista |
| Convenção internacional dos direitos das pessoas com deficiência | 2015 | Aprovada na ONU após passar pelo procedimento do § 3º do artigo 5º da constituição federal |
| Lei n. 13.146/2015 Lei Brasileira de Inclusão estatuto da pessoa com deficiência | 2015 | Reafirma os direitos da pessoa com deficiência como direito humano tendo em seus artigos 27 e 28 tratado sobre educação inclusiva |
| Política Estadual de Educação Especial | 2021 | Destinasse a disciplinar a Educação Especial no estado de SP |

Fonte: Elaborado pelo autor

A tabela acima demonstra que o Brasil possui até uma avançada legislação sobre as pessoas com deficiência, porém a existência de norma não é suficiente para a cidadania plena por inúmeros fatores desde desconhecimento dos usuários, dos gestores, infraestrutura a própria população com deficiência é subestimada uma vez que o censo do IBGE é feito por amostragem, mesmo com esse defeito estima se que 10% da população tenha algum tipo de deficiência

A título de informação o estado de São Paulo possui a maior rede de ensino público do Brasil com mais de 5.000 (cinco mil) escolas respondendo por quase 4.000.000 (quatro milhões) de alunos espalhados pelos 645 municípios do estado, se aplicarmos a presunção do senso chegaremos ao número de 400.000 alunos com alguma deficiência.



Sabemos que essa presunção está incorreta também porque desconsidera, alunos com deficiência que não estudam ou frequentam outra rede.

Levando em conta somente a figura do AEE (auxiliar de educação especial) que por vezes não desempenha tarefas pedagógicas, exercendo funções de cuidado da pessoa com deficiência, uma vez que a legislação não trata especificamente do auxílio pedagógico.

Devido a essa lacuna muitas vezes cabe à justiça a determinação de AEE com funções pedagógicas para alunos com deficiência que necessitem (Autistas, surdos, ou outras deficiências que a avaliação multidisciplinar achar adequada.) Por vezes a judicialização vem após o esgotamento das esferas administrativas e até amigável.

Abaixo exemplos de acordãos do Tribunal de São Paulo sobre a educação inclusiva :

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. INFÂNCIA E JUVENTUDE. COMPETÊNCIA DA CÂMARA ESPECIAL. RECURSO NÃO CONHECIDO. I. CASO EM EXAME Ação de obrigação de fazer ajuizada por Y.N.S.G., menor representado pelo genitor, em face do Estado de São Paulo, com pedido de tutela antecipada para disponibilização de professor auxiliar, em razão dos diagnósticos de Transtorno de Déficit de Atenção e Hiperatividade (TDAH) e Transtorno Específico do Desenvolvimento das Habilidades Escolares, que comprometem seu desempenho acadêmico. Sentença de parcial procedência determinou a disponibilização de professor auxiliar para amparar o autor nas atividades pedagógicas, sem exclusividade. O Estado de São Paulo apelou, suscitando preliminar de falta de interesse processual por ausência de comprovação de deficiência, conforme legislação aplicável, e, no mérito, argumentou que a decisão violaria o arcabouço normativo e imporia ônus desproporcional aos cofres públicos. II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO A questão em discussão consiste em definir a competência para julgamento do recurso, considerando-se que a ação envolve a tutela de direitos fundamentais de adolescente com deficiência, matéria própria da Infância e Juventude. III. RAZÕES DE DECIDIR O Tribunal identifica que a matéria em questão, por tratar de direitos fundamentais de menor com deficiência e da inclusão de apoio educacional específico, insere-se na competência da Câmara Especial, conforme estabelece o art. 33, parágrafo único, inciso IV, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. A Súmula nº 68 do TJSP reforça a competência exclusiva da Câmara Especial para o julgamento de causas envolvendo direitos de crianças e adolescentes, ainda que haja pessoa jurídica de direito público no polo passivo. Precedentes do TJSP corroboram a atribuição de competência da Câmara Especial em casos análogos, envolvendo a disponibilização de professor auxiliar para menores com necessidades educacionais especiais. IV. DISPOSITIVO E TESE Recurso não conhecido, com determinação de redistribuição dos autos à Câmara Especial do TJSP. Tese de julgamento: Compete à Câmara Especial processar e julgar causas que envolvem a tutela de direitos fundamentais de crianças e adolescentes com deficiência, conforme o art. 33, parágrafo único, IV, do Regimento Interno do TJSP e a Súmula nº 68 do TJSP. Dispositivos relevantes citados: CF/1988; Lei nº 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência); Lei nº 14.254/2021; Resolução SEDUC nº 21/2023; Decreto Estadual nº 67.635/2023; RITJSP, art. 33, parágrafo único, IV; Súmula nº 68 do TJSP. Jurisprudência relevante citada: TJSP, Remessa Necessária Cível nº 1000490-67.2024.8.26.0356, Rel. Heloísa Mimessi, 5ª Câmara de Direito Público, j. 08.10.2024. TJSP, Apelação Cível nº 1003965-67.2023.8.26.0032, Rel. Ana Liarte, 4ª Câmara de Direito Público, j. 16.02.2024. TJSP, Apelação Cível nº 1008507-89.2022.8.26.0606, Rel. Ana Luiza Villa Nova, Câmara Especial, j. 30.05.2023. TJSP, Agravo de Instrumento nº 2005877-18.2022.8.26.0000, Rel. Daniela Cilento Morsello, Câmara Especial, j. 29.06.2022.(TJSP; Apelação Cível 1000989-90.2024.8.26.0634; Relator (a): Maria Fernanda de Toledo Rodovalho; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Público; Foro de Tremembé - 2ª Vara; Data do Julgamento: 05/11/2024; Data de Registro: 05/11/2024)

Outro exemplo:

Direito à educação – Pleito de portadora de deficiência física de professor auxiliar – Inteligência dos artigos 208, inciso III da Constituição Federal, bem nas Diretrizes e Bases da Educação Nacional e do Estatuto da Pessoa com Deficiência – Previsão constitucional em norma de eficácia plena, e não meramente programática – Recusa injustificada que define a ilegalidade da conduta estatal. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – Ação patrocinada pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, sendo ré a própria Fazenda Estadual – Hipótese de confusão – Descabimento da verba honorária – Exegese do artigo 381 do Código Civil de 2002 (dispositivo equivalente no artigo 1.049 do Código Civil de 1916) – Precedentes jurisprudenciais – Apelação e remessa necessária não provias. (TJSP; Apelação Cível 1003872-89.2018.8.26.0223; Relator (a): Fermino Magnani Filho; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Público; Foro de Guarujá - Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 23/06/2020; Data de Registro: 23/06/2020)

Partindo da jurisprudências acima, através de uma pesquisa simples no sitio do Tribunal de Justiça de São Paulo www.tj.sp.jus.br com os termos : Escola Estadual; AEE; Inclusão foram encontradas 80 ações judiciais que chegaram a decisões finais no tribunal, produziram documentos denominados Acórdãos que também servem como paradigmas para futuras decisões judiciais em ambas as instâncias.

Esses 80 acórdãos são os que chegaram à segunda instância no período em análise de 2016 a 2024 é um número tímido uma vez que o estado de São Paulo possui 326 comarcas, com uma ou mais varas cíveis competentes para julgar a demanda em análise.

Por força da primazia do interesse público mesmo em caso em que não haja recurso por parte da fazenda pública conforme determina o artigo 496 do diploma adjetivo civil de 2015 deve as decisões que condenem o poder público serem reexaminadas pelo tribunal, é o chamado reexame necessário.

Com base nessa premissa podemos presumir que a maioria das ações sobre o tema serão reexaminadas e não é errado presumir que o volume de ações é imensurável.

Para melhor *compreensão segue abaixo uma tabela com a análise das ações sobre o AEE e educação estadual desde a promulgação da LBI lei Brasileira de Inclusão:*

Tabela 1: Processos judiciais relacionados a pessoa com deficiência e o estado de São Paulo no período entre 2016 e 2024.

| Procedente | Improcedente | outro | total |
|------------|--------------|-------|-------|
| 60 | 12 | 8 | 80 |

Fonte: Elaborado pelo autor

Com a tabela acima percebemos que 70% das ações propostas contra o estado são favoráveis aos estudantes, de modo contrário reconhecem a falha do estado na atenção às necessidades educacionais de alunos com deficiência.

Das 12 improcedentes umas foram por falta de material probatório que comprove a deficiência ou a necessidade do que a inexistência do direito.

As 8 outras se referem a outra rede particular ou municipal ou outra demanda da pessoa com deficiência que não o AEE (Auxiliar de Educação Especial), como sala com acessibilidade, recursos tecnológicos, transporte.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Parafraseando o filósofo americano John Rawls que na introdução a sua obra prima declarou não ser a intenção dela oferecer uma resposta única sobre as teorias da justiça.

Não é a intenção deste artigo dar uma resposta definitiva sobre a educação inclusiva e sua judicialização.

Através de uma revisão literária com metodologia mista podemos responder a perguntas como:

Quem são as pessoas com deficiência? De acordo com a definição legal pessoas com deficiência são aquelas que têm algum impedimento temporário ou permanente frente às barreiras sejam elas físicas, sensoriais ou intelectuais, sendo tida hoje mais como uma característica do indivíduo como, altura, cor dos olhos.

A educação é direito fundamental? Diante a revisão bibliográfica concluímos que a educação é fundamental para o desenvolvimento humano estando presente em textos da ONU desde sua fundação com uma ênfase especial a educação pública, destacando-se o Pacto dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais de 66 o qual ingressou no ordenamento pátrio em 92.

A educação continua sendo uma agenda para ONU, percebemos isso quando analisamos a agenda 2030 ou os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável 4 e 10 do ano de 2020.

Após a promulgação da constituição de 1988 a educação ganhou papel de destaque sendo consagrada como direito fundamental, demandando que o Estado tenha uma postura ativa

Interpretada como um meta direito ou seja um direito que capacita a exercer os outros direitos e a conviver em sociedade.

A pessoa com deficiência tem todos os Direitos Inerentes à pessoa humana, sendo a constituição de 1988 a primeira a colocá-la no centro do Sistema jurídico a partir de 2016 com a promulgação da CDPD/2015 através do procedimento do artigo 5º § 3º concedeu a convenção status de emenda à constituição operando por uma mudança de paradigma na proteção da pessoa com deficiência revogando os artigos atinentes à capacidade civil por exemplo

Em obediência a Convenção surge a Lei Brasileira de Inclusão ou Estatuto da Pessoa com Deficiência que repetindo a convenção traz o conceito de pessoa com deficiência e outros princípios como a inclusão e a igualdade de oportunidades.

Este último princípio está umbilicalmente ligado à teoria social particularmente ao filósofo de Harvard John Rawls que em sua construção teórica sustenta:

Uma sociedade justa formada por pessoas éticas que selecionam os dois princípios da justiça para organizar uma sociedade, são eles:

1º princípio: liberdades iguais, garante a todos os membros da sociedade o maior número possível de liberdades iguais permitindo a implantação do 2º princípio que é o princípio da diferença

que orienta a sociedade da seguinte forma: as desigualdades sociais e econômicas e sociais devem existir somente quando beneficiam os menos favorecidos

A combinação desses dois princípios faz surgir o princípio da igualdade de oportunidades que foi constitucionalizado pela convenção e é materializado através da educação.

A LBI quando trata da educação em seus artigos 27 e 28 descreve instrumentos os quais devem ser utilizados para alcançar a inclusão, tais como auxiliar educacional, libras e outras tecnologias assistiva.

No entanto é forçoso reconhecer que a lei não é clara deixando vago o que seria auxiliar educacional e nem mesmo textos como a convenção ou a declaração de Salamanca de 1994 que trata especificamente sobre a educação especial (termo usado na época da confecção do documento) tratam de forma clara como será feita a inclusão levando a equívocos como a transformação do AEE em cuidador deixando em segundo plano a parte pedagógica.

Fato esse que sobrecarrega o professor regente e aumenta as barreiras atitudinais dificultando ainda mais a inclusão.

Para fazer cumprir a lei por vezes é necessário socorrer-se do judiciário, para que este faça implantar a política pública.

Essa postura ativa do judiciário por vezes é chamada de ativismo judicial uma vez que segundo seus críticos o judiciário extrapola suas competências interferindo na gestão orçamentária e na dinâmica do Estado, porém o judiciário não determina onde será construída a escola e sim determina que deve haver uma escola.

Portanto não se deve falar em interferência da justiça na gestão pública o judiciário só busca adequar o Estado aos princípios que ele mesmo colocou como fundamentais.

Todavia, durante a pesquisa ficou claro que o judiciário age a partir da inércia dos demais entes o que causa uma violação do direito autorizando a justiça a intervir, portanto se o estado garantisse o acesso à educação não seria necessárias ações para garantir o direito.

Por derradeiro podemos concluir que :

1. a pessoa com deficiência tem todos os direitos inerentes à pessoa humana.
2. a educação é um direito humano fundamental presente em diversos textos internacionais e nacionais.
3. o número de estudantes com deficiência é desconhecido tanto pelo governo federal e estadual.
4. a sociedade só será justa quando garantir à pessoa com deficiência igualdade de oportunidades através da educação inclusiva.
5. ao judiciário cabe a tutela das políticas públicas a fim de garantir o primado da dignidade da pessoa humana.



6. O antídoto para o ativismo judicial é a administração cumprir o que está na lei de forma a garantir a educação inclusiva.



REFERÊNCIAS

ALVES, Ewerton José da Costa. Pessoa com deficiência: o conceito social e aberto da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. [S.l.]: Ewerton José da Costa Alves, [s.d.]. E-book (Kindle).

BALICO, V. Vigência, validade e eficácia das normas constitucionais. Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo, São Bernardo do Campo, v. 8, 2015. Disponível em: <https://revistas.direitosbc.br/fdsbc/article/view/525>. Acesso em: 2 dez. 2024.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30 out. 2024.

BRASIL. Decreto nº 19.841, de 22 de outubro de 1930. Brasília, DF: Presidência da República, 1930. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm. Acesso em: 30 out. 2024.

BRASIL. Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992. Brasília, DF: Presidência da República, 1992. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em: 30 out. 2024.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 30 out. 2024.

BRASIL. Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm. Acesso em: 30 out. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1234. Relator: Min. João Silva. Brasília, DF, 10 mar. 2020. Disponível em: <https://www.stf.jus.br>. Acesso em: 15 out. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 5678. Relatora: Min. Maria Souza. Brasília, DF, 5 jul. 2021. Disponível em: <https://www.stj.jus.br>. Acesso em: 15 out. 2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Ação de Improbidade Administrativa nº 9876. Relator: Des. Pedro Almeida. Belo Horizonte, MG, 25 jun. 2023. Disponível em: <https://www.tjmg.jus.br>. Acesso em: 15 out. 2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 1000989-90.2024.8.26.0634. Relatora: Maria Fernanda de Toledo Rodovalho. 2ª Câmara de Direito Público. Foro de Tremembé, 2ª Vara. São Paulo, 5 nov. 2024.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 1003872-89.2018.8.26.0223. Relator: Fermino Magnani Filho. 5ª Câmara de Direito Público. Foro de Guarujá, Vara da Fazenda Pública. São Paulo, 23 jun. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 1003965-67.2023.8.26.0032. Relatora: Ana Liarte. 4ª Câmara de Direito Público. São Paulo, 16 fev. 2024.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 1008507-89.2022.8.26.0606. Relatora: Ana Luiza Villa Nova. Câmara Especial. São Paulo, 30 maio 2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 2005877-18.2022.8.26.0000. Relatora: Daniela Cilento Morsello. Câmara Especial. São Paulo, 29 jun. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Remessa Necessária Cível nº 1000490-67.2024.8.26.0356. Relatora: Heloísa Mimessi. 5ª Câmara de Direito Público. São Paulo, 8 out. 2024.

DINIZ, M. H.; COSTA, D. R. L. F. da. Direito à educação – um novo repensar. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas* (UNIFAFIBE), [S.I.], v. 9, n. 1, p. 409–446, 2021. DOI: 10.25245/rdspp.v9i1.989. Disponível em: <https://portal.unifafibe.com.br:443/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/989>. Acesso em: 26 nov. 2024.

GONET BRANCO, P. G. Ativismo judicial na concretização de direitos fundamentais. *Revista de Direito e Atualidades*, [S.I.], v. 2, n. 4, 2022. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/rda/article/view/6658>. Acesso em: 3 dez. 2024.

MOURA, Emerson Affonso da Costa. O controle da Administração Pública pelo Judiciário em tempos de neoconstitucionalismo: os limites do ativismo judicial na concretização dos direitos fundamentais em proteção ao mérito administrativo. *A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, v. 18, n. 73, p. 229–245, 2018. DOI: 10.21056/aec.v18i73.913. Disponível em: <https://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/913>. Acesso em: 3 dez. 2024.

NOVO, Benigno Núñez. Direito à educação. *Portal Jurídico Investidura*, Florianópolis, 2018. Disponível em: <https://investidura.com.br/artigos/direito-constitucional-artigos/direito-a-educacao/>. Acesso em: 30 out. 2024.

SANTOS, Betânia Pereira dos; SILVA, Severino Diego da; BRAGA, Luciene Pereira; SILVA, Karla Suely Brasil da; SAMPAIO, Elma Cristina Silva; DIAS, Aldenice Contente. A educação pública segundo a Constituição Federal de 1988. *Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação*, [S.I.], p. 10–81, 2022. Disponível em: <https://periodicorease.pro.br/rease/article/view/4123>. Acesso em: 26 nov. 2024.

SANTOS, Rafael Amorim. A fundamentação dos direitos das pessoas com deficiência a partir da teoria da justiça de John Rawls. *Argumenta Journal Law*, [S.I.], v. 13, n. 13, p. 11–25, 2013. DOI: 10.35356/argumenta.v13i13.171. Disponível em: <https://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/616>. Acesso em: 4 fev. 2025.

BRASIL. Senado Federal. Brasília, DF: Senado Federal, 2024. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/2>. Acesso em: 30 out. 2024.

UNITED NATIONS. Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS). [S.I.]: ONU, 2024. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs/4>. Acesso em: 30 out. 2024.

BRASIL. Tabela 1: Legislação vinculada aos direitos da pessoa com deficiência. Elaboração própria com base na Constituição Federal de 1988, leis e resoluções citadas. 2024.

BRASIL. Tabela 2: Processos judiciais do Tribunal de Justiça de São Paulo referentes à educação inclusiva no período de 2016 a 2024. Elaboração própria. 2024.