

**AS INCONSTITUCIONALIDADES E OS
RETROCESSOS DO DECRETO Nº 10.502/2020: UM
ESTUDO ACERCA DO DIREITO À EDUCAÇÃO
INCLUSIVA DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA¹**

THE UNCONSTITUTIONALITIES AND THE
THROWBACKS IN THE DECREE 10.502/2020: A
STUDY ON RIGHT TO INCLUSIVE EDUCATION OF
PEOPLE WITH DISABILITIES

João Victor Carloni de Carvalho*
José Duarte Neto**

*Doutorando, Mestre e Bacharel em Direito pela Universidade Estadual Paulista - UNESP - FCHS - Campus de Franca. Bolsista CAPES (Doutorado).
E-mail: carlonijv@gmail.com

**Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo (FD-USP). Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Graduado em Direito pela Universidade Estadual Paulista - UNESP - FCHS - Campus de Franca. Professor de Direito Constitucional (UNESP).
E-mail: jose.duarte@unesp.br

Como citar: CARVALHO, João Victor Carloni de; NETO, José Duarte. As inconstitucionalidades e os retrocessos do decreto nº 10.502/2020: um estudo acerca do direito à educação inclusiva da pessoa com deficiência. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 17, n. 2, p. 215-234, out. 2022. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2022v17n2p.215. ISSN: 1980-511X

Resumo: O presente trabalho visa analisar a presença de possíveis inconstitucionalidades, ilegalidades e retrocessos no Decreto nº 10.520/2020, tomando por base o estudo da evolução histórica do direito à educação da pessoa com deficiência. A educação inclusiva é a que é prestada na rede regular de ensino. Nesse aspecto, referido ato normativo regulamentar desvirtua-se completamente das diretrizes internacionais, constitucionais e legais atinentes ao tema, permitindo o retorno da política educacional segregacionista de outrora, criando escolas especiais para os estudantes que não se “adequam” ao sistema regular de ensino. O Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de decidir sobre a matéria, entendendo pela primazia do ensino regular como fomento à educação inclusiva. Em decisão liminar referendada pelo Plenário, na ADI nº 6.590, suspendeu temporariamente a eficácia do Decreto nº 10.520/2020 até a deliberação final pela Corte. Esta pesquisa conclui, idênticamente, que referido ato normativo incorre em inconstitucionalidade e ilegalidade. Os métodos utilizados foram o dedutivo e histórico, a partir da revisão de doutrinas (nacionais e estrangeiras), diplomas normativos (constitucionais, legais e infralegais), além da consulta e pesquisa de julgados.

Palavras-chave: direito à educação; educação inclusiva; pessoa

¹ O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001.

com deficiência; inconstitucionalidade; decreto regulamentar.

Abstract: The present paper aims to analyze the presence of unconstitutionality, illegality, and throwbacks in Brazilian Decree n. 10,520/2020, based on the study of the historical evolution of the right to education of people with disabilities. In fact, inclusive education is provided in the regular school system. In this sense, this regulatory normative act completely deviates from the international, constitutional, and legal guidelines, allowing the return of the segregationist educational policy, which creates special schools to serve students who do not fit into regular education system. The Brazilian Federal Supreme Court has already expressed its opinion on the matter, understanding the need for the primacy of regular education as a way of promoting inclusive education. There was also an injunction endorsed by the Plenary in ADI n. 6,590 suspending the effectiveness of Decree n. 10,520/2020 until final decision by the Court. Indeed, the research concludes that this normative act is riddled with vices, being unconstitutional and illegal. The methods used were deductive and historical, from the review of doctrines (national and foreign), normative diplomas (constitutional, legal, and infra-legal), in addition to consultation and research of judgments for research's better development.

Keywords: right to education; inclusive education; disabled person; unconstitutionality; regulatory decree.

INTRODUÇÃO

A Pesquisa Nacional de Saúde, realizada pelo IBGE no ano de 2019, estimou em 17,3 milhões o número de pessoas com deficiência com 2 anos ou mais de idade, número que representava cerca de 8,4% da população brasileira à época (BRASIL, 2021, online). Os dados atestam a importância de políticas públicas nesse segmento, representativo de parcela significativa da sociedade.

O Decreto nº 10.502/2020 teve por objetivo instituir a “Política Nacional de Educação Especial: Equitativa, Inclusiva e com Aprendizado ao Longo da Vida”. Ocorre que o fez com ofensas manifestas ao ordenamento jurídico. O propósito deste trabalho é apontá-las e discuti-las, o que exigirá, em um primeiro momento, o estudo histórico-normativo a respeito da proteção jurídica e efetivação do direito à educação da pessoa com deficiência. Após, o estabelecimento do marco conceitual contemporâneo sobre a educação inclusiva. Em sequência, delineadas as disposições inconstitucionais e ilegais, também regressivas, por implicar a retomada do paradigma médico-clínico e segregacionista da deficiência, serão ao final debatidos os argumentos desenvolvidos pelo Supremo Tribunal Federal sobre a educação inclusiva.

Os métodos de pesquisa utilizados foram o dedutivo e histórico. O primeiro visando demonstrar o estado da arte sobre o tema por meio da revisão bibliográfica nacional e estrangeira, a partir da análise de premissas e conhecimentos científicos pré-estabelecidos para se chegar a uma conclusão final (CEPEDA, 2006, p. 16). Já o método histórico teve lugar a partir da recuperação dos paradigmas médico e social da deficiência, suas transformações correlação com o direito à educação inclusiva. Como materiais de pesquisa foi utilizada a análise doutrinária, documentos normativos (Constituição Federal, Tratados Internacionais, Leis e Decretos), julgados e artigos científicos publicados em periódicos.

1 A TRANSFORMAÇÃO DO DIREITO À EDUCAÇÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA: O CONCEITO DE EDUCAÇÃO INCLUSIVA

Entender a transformação do direito à educação da pessoa com deficiência passa pela necessidade de se analisar, primeiramente, os paradigmas do que seja deficiência. O primeiro paradigma é intitulado tradicional e considerava a deficiência como algo inferior, “anormal”, sendo necessário ao indivíduo o acompanhamento e a caridade (assistencialismo) para o seu pleno desenvolvimento. “O tratamento destinado ao indivíduo com deficiência variava entre gestos de caridade, que concebe este como um ser escolhido por Deus para missões divinas; ou de castigo, em que eram vistos como seres possuídos por maus espíritos e a deficiência tida como marca do pecado” (LOGUERCIO; PAULA, 2021, p. 6). O segundo paradigma, denominado biomédico, via a deficiência como um problema de ordem clínica, de modo a exigir a intervenção clínica para a cura do “problema”. Com a finalidade de compensar eventuais limitações (sensoriais, mentais,

físicas), equipes de profissionais e especialistas conduziam meios e pesquisas visando eliminar a deficiência ou sua possível causa. Em ambos os modelos citados, em termos atuais, há uma clara ofensa à dignidade da pessoa com deficiência.

Por último, o paradigma de direitos humanos (ou social) parte do forte pressuposto de que a pessoa com deficiência é um sujeito de direitos, o que exige o repúdio aos dois primeiros modelos. O respeito à dignidade da pessoa humana se conecta ao fato de a deficiência ser gerada ou agravada pelo meio sociocultural, pelas barreiras ou obstáculos ao pleno acesso, passando a ser responsabilidade do Estado ações que eliminem os entraves socialmente criados (FARIAS; LOPES, 2005, p. 229). O novo modelo foca na eliminação de eventuais barreiras que impeçam a inclusão plena de pessoas com deficiência na sociedade. De fato, até mesmo as terminologias utilizadas merecem atenção, pois como leciona Sasaki: “a construção de uma verdadeira sociedade inclusiva passa também pelo cuidado com a linguagem. Na linguagem se expressa, voluntariamente ou involuntariamente, o respeito ou a discriminação em relação às pessoas com deficiências” (SASSAKI, [2021]). Aqueles outrora denominados como “inválidos”, “portador de deficiência”, ou “retardados” - nomenclaturas de teor pejorativo ou excludente -, hoje recebem a denominação de pessoas com deficiência.

Afinal, a deficiência não se porta, não se carrega, mas é oriunda dos obstáculos existentes em nossa sociedade e de diferentes naturezas: físicas, culturais, tecnológicas e até atitudinais. São empecilhos que impedem a plena participação do indivíduo em igualdade com os demais. Este é o teor do art. 2º da Lei Brasileira de Inclusão (repetindo o que consta da “Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência”), considerando “pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas” (BRASIL, 2015).

No que se refere ao direito à educação das pessoas com deficiência, historicamente a escola brasileira sempre foi caracterizada por suposto segregacionismo, excluindo grande parte da população. Calcado nos ideais do paradigma biomédico, o Império brasileiro criou, em 1854, o Imperial Instituto dos Meninos Cegos (atual Instituto Benjamin Constant - IBC), e o Instituto dos Surdos Mudos, em 1857, recebendo a designação de Instituto Nacional da Educação dos Surdos (INES) (LIMA; RODRIGUES, 2017, p. 28). Ambos os institutos foram de suma importância histórica. Deram início à discussão sobre a educação “dos portadores de deficiência no país” (sic), debatendo-se a formação de professores para cegos e surdos e a obrigatoriedade escolar de crianças com deficiência entre os 7 e 14 anos. (CASTRO, 2007, p. 4). Outros dois importantes marcos da educação foram a fundação do Instituto Pestalozzi, em 1926, especializado em atender pessoas com deficiência mental e a Associação de Pais e Amigos dos Excepcionais (APAE), fundada em 1954 (LIMA; RODRIGUES, 2017, p. 28).

O viés a orientar as políticas públicas de educação das pessoas com deficiência atrelava-se à ideia de que os serviços de educação deveriam ser prestados por instituições especializadas, não sendo possível a matrícula no ensino regular. Apenas em 1961 é que se trouxe, legalmente,

a possibilidade de pessoas com deficiência frequentarem o sistema de ensino regular, por meio da Lei n. 4.024/1961 (Lei de Diretrizes e Bases para a Educação), dispondo que a educação dos excepcionais (sic) deveria se enquadrar, naquilo que fosse possível, ao sistema geral de educação, “a fim de integrá-los na comunidade” - art. 88 (BRASIL, 1961).

Com a Constituição Federal de 1988, o direito à educação das pessoas com deficiência ganhou proteção constitucional. O art. 205, *caput* da CF/1988 preconizase a educação direito de todos e dever do Estado e da família, de modo a ser promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando o desenvolvimento da pessoa e preparando-a para exercer a cidadania e o trabalho. Esse dever do Estado com a educação deve ser implementado mediante “atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino” (art. 208, III - BRASIL, 1998).²

É possível extrair do dispositivo constitucional que o atendimento especializado deve ser prestado, de forma preferencial, na rede regular de ensino, reforçando o paradigma de direitos humanos da deficiência. As adaptações necessárias devem partir da sociedade e do estabelecimento de ensino para que o aluno com deficiência seja incluído. De fato, segundo Meire Cavalcante, a barreira atitudinal³ é o principal obstáculo para a educação inclusiva, dela decorrendo outras, inclusive a do excesso de zelo, do assistencialismo, da retomada da ideia de que a deficiência está, automaticamente, atrelada a uma incapacidade ou a uma doença. A força da ideia de institucionalização e segregação reside nesta (retrógrada) caracterização.

Em 1996, a Lei de Diretrizes e Base da Educação Nacional (LDB – Lei nº 9.394/96) em seu art. 58 estabeleceu expressamente que a educação especial é a modalidade de educação escolar “oferecida preferencialmente na rede regular de ensino, para educandos portadores de necessidades especiais” (redação original) (BRASIL, 1996a). Tal previsão normativa contribuiu para a sedimentação da ideia de que a educação inclusiva deve se dar no ambiente regular e geral de ensino, e não por meio de escolas especiais individualizadas – as quais podem ter um papel complementar na formação do aluno, mas não substitutivo. A educação especializada é uma ferramenta para a inclusão de caráter transversal, acompanhando todos os graus do ensino regular (infantil, fundamental, médio e superior).

Ainda assim, o instrumento jurídico mais importante foi a assinatura e o protocolo da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência em 30 de março de 2007. Foi incorporada ao ordenamento jurídico pátrio com *status* de emenda constitucional, nos termos do art. 5º, § 3º da CF/88.⁴ O seu art. 24 veda a recusa de matrícula na escola regular em razão da deficiência e a exclusão de acesso à rede de ensino:

² Os ganhos do texto foram incorporados ao Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), em 1990, em seu art. 54, sendo “dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente: [...] III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino”.

³ Art. 3º, IV, alínea “e” da Lei 13.146/2015: “e) barreiras atitudinais: atitudes ou comportamentos que impeçam ou prejudiquem a participação social da pessoa com deficiência em igualdade de condições e oportunidades com as demais pessoas”

⁴ “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais” (BRASIL, 1988)

1. Os Estados Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência à educação. [...] 2. Para a realização desse direito, os Estados Partes assegurarão que: a) As pessoas com deficiência não sejam excluídas do sistema educacional geral sob alegação de deficiência e que as crianças com deficiência não sejam excluídas do ensino primário gratuito e compulsório ou do ensino secundário, sob alegação de deficiência; b) As pessoas com deficiência possam ter acesso ao ensino primário inclusivo, de qualidade e gratuito, e ao ensino secundário, em igualdade de condições com as demais pessoas na comunidade em que vivem; c) Adaptações razoáveis de acordo com as necessidades individuais sejam providenciadas; d) As pessoas com deficiência recebam o apoio necessário, no âmbito do sistema educacional geral, com vistas a facilitar sua efetiva educação; e) Medidas de apoio individualizadas e efetivas sejam adotadas em ambientes que maximizem o desenvolvimento acadêmico e social, de acordo com a meta de inclusão plena (BRASIL, 2009).

A positivação da inclusão persegue dois objetivos principais. O primeiro visa a remover todas as barreiras que impedem a participação e o aprendizado dos estudantes com deficiência e necessidades educacionais especiais. O segundo foca no desenvolvimento detalhado de culturas, políticas e métodos nas diretrizes educacionais, fornecendo habilidades aos estudantes para que as utilizem dentro e fora da sala de aula. “However, it is crucial to mention that inclusion is not addressed exclusively to students with disabilities; on the contrary, all students, with or without disabilities, learn together in a flexible child-centered environment”⁵ (ARGYROPOULOS; HALDER, 2019, p. 2).

“A inclusão, embora não seja incompatível com a integração, dela se distingue por chamar a sociedade à ação, isto é, por exigir que a sociedade se adapte para acolher as pessoas com deficiência” (ALMEIDA JUNIOR; BARBOZA, 2017, p. 21-22). Vê-se que a educação inclusiva é aquela que contempla um universo de alunos e que apoia e acolhe a diversidade. É aquela que não os segrega. Seu objetivo é eliminar a exclusão social, consequência do desrespeito à dignidade da pessoa humana pela supressão da diversidade. Dessa forma, a inclusão começa a partir da crença que a educação é um direito humano básico, fundamento para uma sociedade mais justa e universal, ou seja, independente das características individuais (COSTA FILHO; LEITE; RIBEIRO, 2019, p. 186).

2 AS INCOMPATIBILIDADES NORMATIVAS E OS RETROCESSOS DO DECRETO Nº 10.502/2020

O Decreto nº 10.502/2020 foi editado para instituir a Política Nacional de Educação Especial: Equitativa, Inclusiva e com Aprendizado ao Longo da Vida (BRASIL, 2020a). Apesar de, em um primeiro momento, ser difundida como modernização das políticas públicas para o fomento da educação especial, a análise cuidadosa de seus dispositivos produz uma conclusão em sentido

⁵ “No entanto, é fundamental mencionar que a inclusão não é dirigida exclusivamente aos alunos com deficiência; pelo contrário, todos os alunos, com ou sem deficiência, aprendem juntos num ambiente flexível centrado na criança” (tradução livre).

diferente. Vários contrariam a Lei de Diretrizes e Bases para a Educação (Lei n. 9.394/1996), a Lei Brasileira de Inclusão (Lei n. 13.146/2015), e a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (Decreto n. 6.949/2009).

O art. 2º, inciso I do Decreto nº 10.502/2020 define educação especial como sendo a “modalidade de educação escolar oferecida, preferencialmente, na rede regular de ensino aos educandos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação”. Segue com o conceito de escolas especializadas (art. 2º, VI) como “instituições de ensino planejadas para o atendimento educacional aos educandos da educação especial que não se beneficiam, em seu desenvolvimento, quando incluídos em escolas regulares inclusivas e que apresentam demanda por apoios múltiplos e contínuos”. Ainda acrescenta que as escolas bilíngues de surdos (art. 2º, VIII), são consideradas as instituições de ensino da rede regular nas quais o ensino, a comunicação, a instrução e a interação “são realizados em Libras como primeira língua e em língua portuguesa na modalidade escrita como segunda língua, destinadas a educandos surdos, que optam pelo uso da Libras, com deficiência auditiva, surdo cegos, surdos com outras deficiências associadas e surdos com altas habilidades ou superdotação” (BRASIL, 2020a).

Essa oferta do atendimento educacional especializado, tal qual consta na norma regulamentar, leva à crença de que este tipo de atendimento pode ser ofertado não apenas como forma complementar à educação da pessoa com deficiência, mas como meio substitutivo. Abre-se a possibilidade de, em razão da dificuldade de aprendizagem ou adaptação ao ambiente da escola regular, o aluno ser atendido em estabelecimento em separado, regredindo-se ao já aludido paradigma da segregação. Lopes e Reicher aludem ser expressamente “vedado pela Constituição Federal, especialmente após a ratificação da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência” (LOPES; REICHER, 2020, p. 78).

Nesse aspecto, é nítida a violação ao art. 24, item 2, alíneas “a”, “c” e “d” da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência que estabelece: I) a proibição da exclusão das pessoas com deficiência do sistema educacional geral sob alegação de deficiência (o que o Decreto permite); II) a imposição de adaptações razoáveis de acordo com as necessidades individuais; III) o apoio, dentro do sistema educacional geral (e não apenas fora dele), objetivando facilitar a educação e a inclusão (BRASIL, 2009)⁶.

Além de contrariar a Constituição,⁷ ofende a Lei 9.394/96 (LDB), vez que o § 1º do art. 58 do diploma em comento é cristalino em estabelecer que “haverá, quando necessário, serviços

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

⁷ Há uma discussão doutrinária e jurisprudencial a respeito da possibilidade de inconstitucionalidade de Decreto regulamentar, questão a ser enfrentada a frente, tendo em vista que o Regulamento explicita ou explica a lei, seu fundamento normativo, nunca regulamenta a Constituição. Não tendo a Constituição como parâmetro direto, só indiretamente, não haveria como fiscalizar a inconstitucionalidade.

de apoio especializado, na escola regular, para atender às peculiaridades da clientela de educação especial”. Ou seja, a regra deve ser a escola regular com apoio para atender às particularidades que surgirem da experiência *in concreto* e não uma mera escolha a partir do grau de desenvolvimento do aluno. O Regulamento expedido por Decreto é, dessa forma, ilegal, contrariando a própria lei que pretende regulamentar, vez que esta expressamente determina que o acompanhamento especial será feito de forma complementar e não substitutiva.

Abre-se um parêntese sobre a questão da ilegalidade. Como é sabido, o art. 84, inciso IV da CF/88 estabelece os limites da atribuição regulamentar presidencial: “IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e **regulamentos para sua fiel execução**” (grifo nosso). Diversamente do ordenamento francês, no qual ao lado da lei (art. 34 da Constituição da República Francesa de 1958) coexiste o chamado regulamento autônomo (art. 37 da Constituição da República francesa de 1958)⁸, com a possibilidade de regulamentar diretamente o texto constitucional e criar, extinguir e modificar direitos em caráter originário; em nosso ordenamento o regulamento não pode inovar, em especial pela reserva legal explícita do art. 5º, inciso II da CF/88.⁹ Cabe regulamento tão somente para explicitar, explicar e regulamentar a lei. Quando transborda estes limites incorre em vício de ilegalidade. Contudo, o Decreto Presidencial não só invadiu a esfera legislativa (art. 214 da CF/88), como dispôs sobre matéria de competência exclusiva do Congresso Nacional, e ainda afrontou a lei promulgada.

O Decreto n. 10.502/2020 também se propõe a legitimar o ilícito. Possibilita a existência de dois tipos de escolas: as escolas regulares inclusivas e as escolas regulares “não inclusivas”, o que contraria o ordenamento jurídico, em especial as disposições citadas. Parece editado para o que em nossa sociedade existe à margem da lei e das autoridades. Não é estranha à experiência das escolas brasileiras a recusa de alunos que apresentam certa dificuldade de aprendizado, “[...] notório que alguns alunos, principalmente aqueles que possuem algum tipo de deficiência, necessitam de cuidados especiais para que possam ter pleno acesso à educação. Porém, isso não significa que este deverá estar confinado em uma sala/escola, longe dos demais” (DINIZ; SOUZA, 2018, p. 106-107). É prática difundida por todo o país e que se depara com a dificuldade das autoridades e pais de se documentar, produzir provas e denunciar o ilícito. (ADI..., 2021). O que é causa de perplexidade, pois a legislação penal brasileira considera crime a recusa da matrícula em escola regular de aluno com deficiência pela razão da deficiência ou inadequação.¹⁰ A admitir como legítima a nova política pública, algumas escolas poderiam argumentar que se acomodariam

8 https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/portugais/constitution_portugais.pdf.

9 Não se desconhece que desde a redação conferida pela EC 32/2001, há a discussão de que o art. 84, inciso VI, alínea “b” é uma hipótese de regulamento autônomo. Ocorre que, por não se tratar no caso tratado de criação ou extinção de cargos, a redação do art. 84, inciso IV justifica os argumentos que foram feitos acima. “O decreto autônomo limita-se às hipóteses de organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos, podendo assim o Presidente da República promover, por meio de decreto, a extinção de funções ou cargos públicos, quando vago” (CF, art. 84, VI). O decreto autônomo é ato normativo primário, pois inova no mundo jurídico, é dotado de abstração e generalidade e não se encontra materialmente vinculado a outra norma. Desse modo, essa espécie normativa se sujeita ao controle difuso e concentrado de constitucionalidade (Cf. BARROSO, 2016, p. 132).

10 Art. 8º da Lei 7.853/89: “Constitui crime punível com reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos e multa: I - recusar, cobrar valores adicionais, suspender, procrastinar, cancelar ou fazer cessar inscrição de aluno em estabelecimento de ensino de qualquer curso ou grau, público ou privado, em razão de sua deficiência [...]” (BRASIL, 1989).

à segunda categoria de instituições de ensino.

Outro ponto criticável é que a norma regulamentar “descaracteriza o sentido da inclusão ao prever que as “escolas bilíngues de surdos” e as “classes bilíngues de surdos” são destinadas apenas a *educandos surdos, com deficiência auditiva ou surdocegos*, excluindo pessoas sem deficiência” (LOPES; REICHER, 2020, p. 79), também chamadas de ouvintes. Vai, portanto, em dissonância à dinâmica da educação inclusiva.

O art. 6º, inciso IV, positiva a priorização da participação “[...]do educando e de sua família no processo de decisão sobre os serviços e os recursos do atendimento educacional especializado”. Decisão a ser tomada considerando: “o impedimento de longo prazo e as barreiras a serem eliminadas ou minimizadas”. Tudo isso para que por fim se “[...] tenha as melhores condições de participação na sociedade, em igualdade de condições com as demais pessoas” (BRASIL, 2020a). A redação do dispositivo não é das melhores, o que dificulta a tarefa do intérprete. Parece garantir que as famílias possam participar da escolha do melhor sistema de educação para os filhos. Mas não há que se falar em “escolha”, se a ideia de inclusão é dispor de único sistema educacional: um sistema inclusivo. Deve-se priorizar, a bem da verdade, “Abordagens e estratégias de desenho universal de aprendizagem e que permitam a consideração das diferenças e singularidades de cada estudante, a eliminação de barreiras de acessibilidade e de aprendizagem, a fim de assim criar um ambiente educacional” (LOPES; REICHER, 2020, p. 79). O direito à educação inclusiva é considerado indisponível (ADI..., 2021), o que retira a possibilidade de a parte (ou do Estado e da sociedade) renunciar ao seu exercício, optando por um modelo, à primeira vista, de índole separatista.

A norma regulamentar, como visto, representa grandes retrocessos à ideia de uma educação inclusiva, cenário não observado apenas no Brasil, consoante aponta Graham:

The segregation of students with disability has increased in countries such as England, USA, and Australia, each of which one played a role in progressing the inclusive education movement. These increases in segregation and the way segregation takes form look different across the world, but similarities can be found. Pupil Referral Units (PRUs) in England, “behavior schools” in New South Wales and Flexible Learning Options (FLOs) in Victoria, for example, all are similar DNA in that they enrol students with learning and behavioural difficulties whose social, emotional and academic needs have not been met in the primary phase of schooling. The rationale for alternative provision is that these students have failed to thrive in mainstream schools and that they are deficient, not the system failed them”¹¹ (GRAHAM, 2020, p. 45-46).

Nesse mesmo sentido, Dovigo (2017) aponta a ideologia neoliberal como responsável

¹¹ “A segregação de alunos com deficiência aumentou em países como Inglaterra, EUA e Austrália, sendo que cada um desempenhou um papel específico no progresso do movimento de educação inclusiva. Esse aumento na segregação e a forma que tem tomado são diferentes ao redor do mundo, porém semelhanças podem ser encontradas. As Pupil Referral Units (PRUs) na Inglaterra, as “behavior schools” em New South Wales e as Flexible Learning Options (FLOs) em Victoria, por exemplo, possuem um “DNA” semelhante na medida em que abarcam alunos com dificuldades comportamentais e de aprendizagem, cujas necessidades sociais, emocionais e acadêmicas não foram atendidas na fase primária da escolarização. A justificativa para essa oferta alternativa é que esses alunos não conseguiram prosperar nas escolas regulares, e não o sistema que falhou com eles” (tradução livre).

por reviver a interpretação da escola calcada no individualismo, na competição, no talento e no estabelecimento de “rótulos” (*labelling*) entre os estudantes. Na visão do autor:

[...] Administrators see the labelling of students “with problems”, as well as sending them individually to care services, as an easy way to show they care, while at the same time avoiding having to tackle the structural reasons at the heart of these issues. For their part, families like labels as they allow them not to feel guilty (as disadvantage is socially perceived as a form of personal negligence) and get additional resources to support the child. Teachers, in turn consider labels a simple way of delegating supporting teachers to take care of “difficult” students, giving them more time to pursue ordinary activities with the rest of the class. Finally, consultants see labelling as a large and lucrative area for expanding professional intervention. This race to attach in an indiscriminate way a broadening number of labels seems to gradually reduce room for reflecting about their real meaning and impact. It is worth noting that in those countries that first adopted the notion of “special educational needs”, the usefulness of this label has been called into question even by those who initially were its strongest supporters (WARNOCK, 1982). After all, it is not a coincidence that Finland, which steadily holds the highest positions in the famous OECD school league tables, has always managed without using labels like SEN (Cf. DOVIGO, 2017, p. 33-36; GRAHAM; JAHNUKAINEN, 2011;¹²).

O oferecimento de atendimento educacional especializado provido por instituições comunitárias ou filantrópicas, por óbvio, não deve ser extinto. Mas da mesma forma como foram institucionalizadas entre nós no passado, elas podem auxiliar no processo, de maneira complementar ao ensino regular, nunca o substituir, em especial formando professores e gestores, construindo materiais didáticos e prestando apoio pedagógico para a efetivação de uma educação inclusiva. “Não deve substituir, no entanto, o papel da escola regular que é central no sistema educacional inclusivo” (LOPES; REICHER, 2020, p. 79).¹³

Em suma, as disposições do Decreto contrariam a Constituição Federal de 1988, a Lei 9.394/96 (LDB) e indicam verdadeiros retrocessos. Traz o temor fundado no retorno da educação segregada e com impacto negativo nas políticas públicas de educação inclusiva como estipuladas na Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

¹² “Administradores veem a rotulagem dos alunos “com problemas”, bem como o envio às instituições de caridade, como forma de mostrar que se importam, evitando ao mesmo tempo o enfrentamento das razões estruturais presentes no cerne dessas questões. Por sua vez, as famílias gostam de rótulos, pois estes permitem que não se sintam culpados (já que a desvantagem é socialmente percebida como uma forma de negligência pessoal) e obtêm recursos adicionais para sustentar a criança. Os professores, por sua vez, consideram a rotulagem uma forma simples de delegar a apoiadores o cuidado de alunos “difíceis”, sobrando-lhes tempo para as atividades comuns com o restante da turma. Por fim, os consultores veem a rotulagem como uma grande e lucrativa área de expansão profissional. Essa corrida para anexar de forma indiscriminada um número cada vez maior de rótulos parece reduzir gradualmente o espaço para refletir sobre seu real significado e impacto. Vale a pena notar que naqueles países que adotaram pela primeira vez a noção de “necessidades educacionais especiais”, a utilidade desse rótulo foi questionada mesmo por aqueles que inicialmente eram seus mais fortes defensores (WARNOCK, 1982). Afinal, não é por acaso que a Finlândia, que ocupa constantemente as posições mais altas nas famosas tabelas escolares da OCDE, sempre o fez sem a necessidade de usar rótulos como SEN” (tradução livre).

¹³ “no mesmo viés a convenção da ONU e sobre os direitos da pessoa com deficiência em seu artigo 24, a garantia do direito à educação das pessoas com deficiência implica em não serem excluídas do sistema educacional geral sob alegação da sua deficiência, também em terem acesso ao ensino inclusivo, de qualidade e gratuito, em igualdade de condições com as demais pessoas” (ROCHA *et al*, 2021, p. 517)

3 A EDUCAÇÃO INCLUSIVA E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: A DECISÃO LIMINAR NA ADI Nº 6.590/DF

O primeiro julgamento por parte do Supremo Tribunal Federal (STF) relativo ao direito à educação da pessoa com deficiência foi a ADI nº 5.357/DF, ajuizada pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino – CONFENEN, na qual o STF foi instado a se manifestar a respeito da constitucionalidade do artigo 28, § 1º e artigo 30, ambos da Lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência) (BRASIL, 2016).

A redação do aludido § 1º do art. 28 impõe às instituições privadas a observância de diversas normas visando a efetivação da educação inclusiva, vedando, inclusive, “a cobrança de valores adicionais de qualquer natureza em suas mensalidades, anuidades e matrículas no cumprimento dessas determinações”. O art. 30 da mesma lei, por seu turno, estabelece diversas medidas para inclusão das pessoas com deficiência nos processos seletivos para ingresso e permanência em curso superior de ensino, tais como a “[...] III - disponibilização de provas em formatos acessíveis para atendimento às necessidades específicas do candidato com deficiência; IV - disponibilização de recursos de acessibilidade e de tecnologia assistiva adequados, previamente solicitados e escolhidos pelo candidato com deficiência [...]” (BRASIL, 2015).

O voto do Relator Min. Edson Fachin foi seguido pela maioria do Plenário (9x1), no qual se pôde consignar que o “enclausuramento em face do diferente furta o colorido da vivência cotidiana, privando-nos da estupefação diante do que se coloca como novo, como diferente”, e que “somente com o convívio com a diferença e com o seu necessário acolhimento que pode haver a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, em que o bem de todos seja promovido sem preconceitos”. Portanto, ao prever a necessidade de adaptação dos estabelecimentos privados de ensino, esteve a norma em perfeita sintonia com o texto constitucional, mormente a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, (BRASIL, 2016). A ADI foi julgada improcedente, mantendo-se a constitucionalidade dos dispositivos, denotando uma aproximação do STF à ideia de educação inclusiva dentro do ambiente regular de ensino, com as adaptações necessárias.¹⁴

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

Quanto ao Decreto nº 10.502/2020, uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF nº 751) foi ajuizada pelo partido Rede Sustentabilidade em 06/10/2020 e uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI nº 6.590) foi ajuizada pelo Partido Socialista Brasileiro (PSB) na data de 26/10/2020.

A ADPF nº 751 busca, com pedido liminar de suspensão dos efeitos, a declaração de inconstitucionalidade da totalidade do Decreto, embasando-se na contrariedade da norma regulamentar (com característica de norma primária – lei –, pois cria institutos e modifica lei material de educação especial) à Constituição Federal, mais precisamente ao seu art. 208, III; e ao art. 24 da Convenção sobre o direito das Pessoas com Deficiência. O pedido liminar ainda não foi apreciado, permanecendo os autos conclusos ao Min. Relator, aguardando deliberações até a data de fechamento desta pesquisa (BRASIL, 2020b).

A ADI nº 6.950 busca a inconstitucionalidade total do Decreto, sob os mesmos fundamentos acima elencados, porém teve o pedido liminar apreciado pelo relator, Ministro Dias Toffoli, por meio de decisão monocrática publicada em 02/12/2020 e referendada pelo Plenário em 21/12/2020. Nos termos do voto do Ministro, por uma interpretação sistemática da Constituição, vê-se que a educação na escola regular é o paradigma para a educação especial, sendo questionada que a política educacional

[...] parece contrariar o paradigma descrito, por claramente retirara ênfase da Política de Educação Especial da inclusão no ensino regular, passando a apresentar esse último como mera alternativa dentro do sistema de educação especial. No decreto, o trecho que melhor esclarece esse fato é o conceito apresentado para as escolas regulares inclusivas, as quais são tratadas como uma categoria específica dentro do universo da educação especial, como se houvesse a possibilidade de existirem escolas regulares não inclusivas [...] Assim sendo, por considerar que o Decreto nº 10.502/2020 pode subsidiar políticas públicas que venham a fragilizar o imperativo de inclusão de alunos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação na rede regular de ensino, concluo estar configurada a fumaça do bom direito para efeito de confirmação da medida cautelar concedida monocraticamente. O requisito do perigo da demora também está presente, tendo em vista a proximidade do início do próximo ano letivo e a possibilidade de que os alunos afetados pelo decreto sejam excluídos de estabelecimentos do sistema geral de educação, em flagrante contrariedade à lógica do ensino inclusivo. (BRASIL, 2020c).

A decisão foi referendada pela maioria do Plenário, havendo apenas divergência parcial do Ministro Barroso no tocante à possibilidade de revisitar a matéria quanto à educação especial de pessoas com deficiência em relação à comunicação, “em particular no que diz respeito à educação

outras formas de discriminação (Art. 3º, I e IV, CRFB). 7. A Lei nº 13.146/2015 indica assumir o compromisso ético de acolhimento e pluralidade democrática adotados pela Constituição ao exigir que não apenas as escolas públicas, mas também as particulares deverão pautar sua atuação educacional a partir de todas as facetas e potencialidades que o direito fundamental à educação possui e que são densificadas em seu Capítulo IV. 8. Medida cautelar indeferida. 9. Conversão do julgamento do referendo do indeferimento da cautelar, por unanimidade, em julgamento definitivo de mérito, julgando, por maioria e nos termos do Voto do Min. Relator Edson Fachin, improcedente a presente ação direta de inconstitucionalidade (STF - ADI 5357 MC-Ref – Tribunal Pleno – j. 09/06/2006 - DJ-11/11/2006 – maioria de votos – rel. Min. Edson Fachin).

bilíngue de surdos”¹⁵. O Ministro Marco Aurélio divergiu no tocante ao cabimento da ADI, aduzindo que não seria possível realizar o controle de constitucionalidade, por se tratar de norma de caráter regulamentar (norma secundária e que tira seu fundamento da lei) (BRASIL, 2020c). O STF, todavia, manteve o alinhamento em torno da decisão de prestigiar a educação inclusiva na escola regular. Até que haja o julgamento definitivo da ação, permanece suspensa a eficácia do Decreto, estando vedada a educação segregada.¹⁶

Muito embora a questão formal suscitada, parece que o destino da ação é o seu julgamento no mérito reafirmando as políticas públicas de inclusão.

Não se sustenta o argumento de que se estaria diante de vício de ilegalidade e não inconstitucionalidade. Trata-se da velha questão da norma parâmetro afrontada e da inconstitucionalidade indireta. No caso tratado, qual norma foi ofendida? As normas constitucionais previstas na Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, e no art. 205 e seguintes, em especial o artigo 208, inciso III da CF? Os dispositivos da Lei 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional)? As duas situações consistem em violações do ordenamento jurídico. Mas enquanto a primeira fulmina o texto constitucional, a segunda afronta disposição legislativa firmada em concreção de dispositivo constitucional (incompatibilidade de segundo nível). Se somente houvesse incompatibilidade do Decreto Regulamentar com a Lei de Diretrizes e Bases da Educação não seria possível o emprego do controle abstrato

¹⁵ “Não obstante, considero relevante pontuar que existe um amplo debate a respeito da adequação das escolas bilíngues para surdos que utilizam a Língua Brasileira de Sinais – LIBRAS. Há entidades representativas da comunidade surda que sustentam que tais alunos se desenvolvem melhor nas escolas que adotam a LIBRAS como primeira língua e o Português como segunda língua, e registram a existência de estudos nesse sentido. Existem, inclusive, entidades que sustentam que os surdos se identificam como uma minoria linguística, de forma que as escolas bilíngues de surdos poderiam ser comparadas a escolas internacionais (e.g. escolas americanas e francesas que funcionam no Brasil). Nesse sentido é a manifestação da Federação Nacional de Educação e Integração dos Surdos – FENEIS (Doc. 207), do Instituto Nacional de Educação de Surdos – INES [1] e, no contexto internacional, da Federação Mundial de Surdos, da Federação Mundial de Surdocegos e da International Disability Caucus (IDC)” (BRASIL, 2020c).

¹⁶ EMENTA: Referendo de medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade. Decreto nº 10.502, de 30 de setembro de 2020. Política Nacional de Educação Especial: Equitativa, Inclusiva e com Aprendizado ao Longo da Vida. Ato normativo que inova no ordenamento jurídico. Densidade normativa a justificar o controle abstrato de constitucionalidade. Cabimento. Artigo 208, inciso III, da Constituição Federal e Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Educação inclusiva como paradigma constitucional. Inobservância. Medida cautelar deferida referendada. 1. O Decreto nº 10.502/2020 inova no ordenamento jurídico. Seu texto não se limita a pormenorizar os termos da lei regulamentada (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional), promovendo a introdução de uma nova política educacional nacional, com o estabelecimento de institutos, serviços e obrigações que, até então, não estavam inseridos na disciplina educacional do país, sendo dotado de densidade normativa a justificar o cabimento da presente ação direta de inconstitucionalidade. Precedentes: ADI nº 3.239/DF, Rel. Min. Cezar Peluso, Rel. p/ o ac. Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, DJe de 1º/2/2019; ADI nº 4.152/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, DJe de 21/9/2011; ADI nº 2.155/PR-MC, Rel. Min. Sydney Sanches, Tribunal Pleno, DJ de 1º/6/2001. 2. A Constituição estabeleceu a garantia de atendimento especializado às pessoas com deficiência preferencialmente na rede regular de ensino (art. 208, inciso III). O Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência - primeiro tratado internacional aprovado pelo rito legislativo previsto no art. 5º, § 3º, da Constituição Federal e internalizado por meio do Decreto Presidencial nº 6.949/2009 - veio reforçar o direito das pessoas com deficiência à educação livre de discriminação e com base na igualdade de oportunidades, pelo que determina a obrigação dos estados partes de assegurar um sistema educacional inclusivo em todos os níveis. Precedente: ADI nº 5.357/DF, Rel. Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, DJe de 11/11/16. 3. O paradigma da educação inclusiva é o resultado de um processo de conquistas sociais que afastaram a ideia de vivência segregada das pessoas com deficiência ou necessidades especiais para inseri-las no contexto da comunidade. Subverter esse paradigma significa, além de grave ofensa à Constituição de 1988, um retrocesso na proteção de direitos desses indivíduos. 4. A Política Nacional de Educação Especial questionada contraria o paradigma da educação inclusiva, por claramente retirar a ênfase da matrícula no ensino regular, passando a apresentar esse último como mera alternativa dentro do sistema de educação especial. Desse modo, o Decreto nº 10.502/2020 pode vir a fundamentar políticas públicas que fragilizam o imperativo da inclusão de alunos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação na rede regular de ensino. 5. Medida cautelar referendada (STF - ADI 6590 MC-Ref / DF - Tribunal Pleno - j. 21/12/2020 - DJ - 12/02/2021 - medida cautelar deferida - maioria de votos - relator Min Dias Toffoli).

de constitucionalidade por existir uma desconformidade entre uma lei e um ato normativo do Presidente da República que não afronta às disposições constitucionais.

Ocorre que, no caso em lume, como se mostrou, houve uma exorbitância da atribuição regulamentar presidencial. Um verdadeiro regulamento autônomo. O regulamento que extrapola os ditames do art. 84, inciso IV da Constituição Federal incorre em inconstitucionalidade por invadir competência normativa que não pertence ao Presidente da República. Nos termos da Constituição, o Presidente da República não pode editar Regulamentos em caráter originário. Pode somente explicitar o mandamento da lei. O Decreto nº 10.502/2020 não se limitou, contudo, a afrontar os ditames da Lei de Diretrizes e Bases da Educação. Foi além. Inovou, regulamentou a Constituição Federal e, quando o fez, invadiu competência normativa que é exclusiva do Congresso Nacional - Lei em seu sentido estrito. Por essa razão, não se está em discussão tão somente a violação material da disciplina sobre educação inclusiva, mas houve uma violação formal do que era dado ao Presidente da República dispor por Decreto Regulamentar. Esta última hipótese autoriza o Supremo Tribunal Federal a reconhecer a desconformidade com a Constituição.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal era relutante “em aceitar as ações diretas de controle concentrado diante de atos normativos infralegais, com a alegação de que, nesses casos, a ofensa à Constituição Federal é indireta, sendo a norma infralegal vinculada à lei que pretendia regulamentar” (NEVES, 2013, p. 74). Algumas exceções eram permitidas como o ato normativo, ainda que infralegal, que contivesse generalidade, abstração e autonomia, a exemplo do tribunal que determinasse aumento salarial a magistrados a ele vinculados.¹⁷ Nada obstante, desde 2001, em *leading case* relatado pelo Min. Sidney Sanches, conhece-se em controle abstrato o regulamento que assuma caráter autônomo.¹⁸

17 Cf. STF, Tribunal Pleno, ADI 264 AgR/DF, rel. Min. Celso de Mello, j. 07/05/1992, DJ 08/04/1994, p. 7.222; STF, Tribunal Pleno, ADI 3.691/MA, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 29/08/2007, DJE 09/05/2008; STF, Tribunal Pleno, ADI 2.104/DF, rel. Min. Eros Grau, j. 21/11/2007, DJE 22/02/2008.

18 EMENTA: - DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. ICMS: “GUERRA FISCAL”. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVOS DO REGULAMENTO DO ICMS (DECRETO Nº 2.736, DE 05.12.1996) DO ESTADO DO PARANÁ. ALEGAÇÃO DE QUE TAIS NORMAS VIOLAM O DISPOSTO NO § 6º DO ART. 150 E NO ART. 155, § 2º, INCISO XII, LETRA “g”, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, BEM COMO OS ARTIGOS 1º E 2º DA LEI COMPLEMENTAR Nº 24/75. QUESTÃO PRELIMINAR, SUSCITADA PELO GOVERNADOR, SOBRE O DESCABIMENTO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, PORQUE O DECRETO IMPUGNADO É MERO REGULAMENTO DA LEI Nº 11.580, DE 14.11.1996, QUE DISCIPLINA O ICMS NAQUELA UNIDADE DA FEDERAÇÃO, ESTA ÚLTIMA NÃO ACOIMADA DE INCONSTITUCIONAL. MEDIDA CAUTELAR. 1. Tem razão o Governador, enquanto sustenta que esta Corte não admite, em A.D.I., impugnação de normas de Decreto meramente regulamentar, pois considera que, nesse caso, se o Decreto exceder os limites da Lei, que regulamenta, estará incidindo, antes, em ilegalidade. É que esta se coíbe no controle difuso de legalidade, ou seja, em ações outras, e não mediante a A.D.I., na qual se processa, apenas, o controle concentrado de constitucionalidade. 2. No caso, porém, a Lei nº 11.580, de 14.11.1996, que dispõe sobre o ICMS, no Estado do Paraná, conferiu certa autonomia ao Poder Executivo, para conceder imunidades, não- incidências e benefícios fiscais, ressalvando, apenas, a observância das normas da Constituição e da legislação complementar. 3. Assim, o Decreto nº 2.736, de 05.12.1996, o Regulamento do ICMS, no Estado do Paraná, ao menos nesses pontos, **não é meramente regulamentar, pois, no campo referido, desfruta de certa autonomia, uma vez observadas as normas constitucionais complementares.** 4. Em situações como essa, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ainda que sem enfrentar, expressamente, a questão, tem, implicitamente, admitido a propositura de A.D.I., para impugnação de normas de Decretos. Precedentes. Admissão da A.D.I. também no caso presente. 5. Algumas das normas impugnadas não podem ser objeto de consideração desta Corte, em A.D.I., porque, temporárias, já produziram os respectivos efeitos antes de sua propositura, ficando sujeitas ao controle difuso de constitucionalidade, nas vias e instâncias próprias, e não ao controle concentrado, “in abstrato”, segundo jurisprudência já pacificada no Tribunal. Quanto a elas, portanto, a Ação está prejudicada e por isso não é conhecida. 6. A Ação é, porém, conhecida no que concerne às demais normas referidas na inicial. E, a respeito, a plausibilidade jurídica (“fumus boni iuris”) e o “periculum in mora” estão caracterizados, conforme inúmeros precedentes do Tribunal, relacionados à chamada “guerra fiscal”, entre várias unidades da Federação, envolvendo o I.C.M.S. 7. Conclusões: a) não é conhecida, porque prejudicada, a Ação Direta de Inconstitucionalidade, quanto ao art. 51,

Em decisões recentes, vislumbra-se a predominância do que era excepcional, admitindo-se a ação direta quando a norma regulamentar extrapolar em seus preceitos e for dotada de caráter normativo primário, com densidade normativa que inova no ordenamento jurídico. Em outras palavras, quando o Decreto Regulamentar cria e modifica institutos da lei ordinária e não apenas lhes dá diretrizes de executividade.

Nesse sentido, colaciona-se alguns julgados do STF: [...] “Decreto que, não se limitando a regulamentar lei, institua benefício fiscal ou introduza outra novidade normativa, reputa-se autônomo e, como tal, é suscetível de controle concentrado de constitucionalidade. [...]” (ADI nº 4.152/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, DJe de 21/9/2011); “Ato normativo autônomo, retirar diretamente da Constituição da República o seu fundamento de validade, o Decreto nº 4.887/2003 apresenta densidade normativa suficiente a credenciá-lo ao controle abstrato de constitucionalidade”. (ADI nº 3239/DF, Rel. Min. Cezar Peluso, Relator(a) p/ Acórdão Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, DJe de 1º/2/2019). Esses são argumentos explícitos no voto do relator da ADI nº 6.950/DF sobre o Decreto nº 10.502/2020:

[...] uma inovação no ordenamento jurídico, considerando que o seu texto não se limita a pormenorizar os termos da lei regulamentada, mas promove a introdução de uma nova política educacional nacional, com o estabelecimento de institutos, serviços e obrigações, que, até então, não estavam inseridos na disciplina educacional do país, Assim sendo, em que pese o fundamento de validade do ato impugnado ser a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, vislumbro densidade normativa a justificar o cabimento da presente ação direta de inconstitucionalidade, tendo em vista tratar-se disciplina inovadora em matéria de educação, a qual, ademais, encontra-se contemplada na Constituição Federal, em seus artigos 205 a 214 (BRASIL, 2020c).

Em resumo, não é o caso de extinção da ação sem resolução do mérito por inadequação da via eleita. A jurisprudência do STF admite o controle abstrato de constitucionalidade de normas secundárias quando estas interferem no ordenamento jurídico, de modo a extrapolar o próprio limite da lei que originou o ato regulatório, buscando regular/inovar em relação a dispositivos da Constituição Federal.

CONCLUSÃO

A partir do estudo e dos dados coletados é possível concluir que o direito à educação das pessoas com deficiência passou por uma série de modificações ao longo dos anos, tal qual o foi

inciso V, e seu § 5º, “a”; ao inciso I do art. 577, ambos do Decreto nº 2.736, de 05.12.1996 (Regulamento do ICMS do Paraná); ao item 78 do Anexo I; ao item 6 da Tabela I do Anexo II; ao item 17-A da Tabela I do Anexo II; e ao item 22 da Tabela I do Anexo II; b) conhecida a A.D.I., quanto aos demais dispositivos impugnados na inicial, e deferida a medida cautelar, para suspender a eficácia, a partir desta data, das seguintes normas do mesmo Decreto (nº 2.736, de 5.12.1996, do Paraná): I - art. 15, III, “d”; II - art. 51, IV, §§ 3º e 4º; III - art. 51, XV e § 15; IV - art. 51, XVI e § 15; V - art. 51, XVII e § 16; VI - art. 54, inc. I; VII - art. 57, § 2º, “a” e “c”; VIII - art. 78 e seu parágrafo único; IX - art. 92-A; X - artigos 572 a 584, excetuado, apenas, o inc. I do art. 577. 8. Todas as questões decididas por unanimidade (grifo nosso) (ADI 2155 MC - Tribunal Pleno - j. 15/02/2001 - DJ 01-06-2001 - v.u. - rel. Min Sidney Sanches)

o próprio paradigma da deficiência, tendo como principais fases a médica e a social. Partindo de uma visão segregacionista¹⁹ de que pessoas com deficiência ou déficit de aprendizado deveriam frequentar instituições apartadas e especializadas; até a visão atual e humanística acerca de uma educação inclusiva, calcada na primazia do ensino regular com as adaptações necessárias para que o estudante com deficiência possa ser realmente integrado à coletividade, e esta também possa participar desse processo.

De se notar que a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência se tornou um dos principais documentos internacionais a tutelar o direito à educação inclusiva, pois em seu art. 24 denota diversas condutas que os Estados-parte deverão tomar para que: a) não haja exclusão das pessoas com deficiência da escola regular sob alegação de deficiência; b) haja adaptações razoáveis de acordo com as necessidades individuais de cada estudante; c) haja apoio, dentro do sistema educacional geral, objetivando facilitar a educação e a inclusão.

Ainda assim, consoante denotam Nunes; Montes Netto e Ferreira (2020), em que pese o grande esforço normativo internacional e nacional sobre a matéria, permanece um verdadeiro “estado de coisas inconstitucional [dos direitos da pessoa com deficiência], sendo imprescindível uma atuação muito mais incisiva por parte do Poder Público para a desejável concretização dos direitos em estudo” (NUNES; MONTES NETTO, FERREIRA, 2020, p. 267). Esse estado de coisas pode ser exemplificado pela edição do Decreto nº 10.502/2020, o qual instituiu a “Política Nacional de Educação Especial: Equitativa, Inclusiva e com Aprendizado ao Longo da Vida”.

Ainda que propaladas as boas intenções do Decreto presidencial, o regulamento editado acaba por proporcionar o retorno da política educacional segregacionista, contrariando importantes normas constitucionais, a exemplo do art. 208, III da CF, e do art. 24 da Convenção Internacional, inserida em nosso ordenamento jurídico com *status* de emenda constitucional. Segundo as normas citadas, a ideia de educação inclusiva permanece a de possibilitar a convivência e o aprendizado dentro de um sistema regular de ensino. Também é clara a violação ao art. 58 da Lei n. 9.394/96, o qual define que a educação especial deve ser oferecida de modo preferencial na rede regular e que os serviços de apoio especializado, quando necessários, serão fornecidos nesse sistema.

Nesse sentido, quando oportunizado ao STF se pronunciar sobre a questão da educação inclusiva na ADI nº 5.357/DF, decidiu a Corte que a educação inclusiva deve se dar dentro do ambiente regular de ensino, estando a Lei Brasileira de Inclusão em conformidade com a CRFB/1988. No tocante ao Decreto nº 10.502/2020, duas ações foram ajuizadas (ADI nº 6.950 e ADPF nº 751) com vistas a declará-lo inconstitucional. Por liminar referendada pelo Plenário foi suspensa a eficácia do Decreto, aguardando-se o julgamento em cognição exauriente. O voto vencido, no caso, pela impossibilidade de apreciação de desconformidade de regulamento com a lei em controle abstrato de constitucionalidade, não se sustenta em face de remansos precedentes do Supremo Tribunal Federal. O ato normativo do Poder Executivo se traveste de ato legislativo,

19 “A exclusão significava o banimento total dessas pessoas de qualquer atividade social, por serem consideradas inválidas, incapazes de trabalhar, portanto sem utilidade para a sociedade. O processo de integração objetivava incorporar física e socialmente as pessoas com deficiência e oferecer-lhes os instrumentos existentes para o exercício da cidadania” (ALMEIDA JUNIOR; BARBOZA, 2017, p. 21). Cf., também, (LIMA; RODRIGUES, 2017).

criando institutos e modificando toda uma Política Educacional aplicada há décadas, absorvendo competência normativa de outro poder e, por isso, incorrendo em inconstitucionalidade formal.

REFERÊNCIAS

ADI 6590 STF e o Decreto 10.502/2020: Inclusão Escolar. Cultural OAB. São Paulo: OAB, 2021. 1 vídeo (1:59:00). Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=D9F1c_w0gOY. Acesso em: 18 dez. 2021. Transmitido ao vivo em 19 de mar. de 2021 1:59:00

ALMEIDA JUNIOR, Vitor de Azevedo; BARBOZA, Heloísa Helena. Reconhecimento e inclusão das pessoas com deficiência. **Revista Brasileira de Direito Civil**, Belo Horizonte, v. 13, n. 3, p. 17-37, 2017. Disponível em <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/150/142>. Acesso em 10 jan. 2022.

ARGYROPOULOS, Vassilos; HALDER, Santoshi. **Inclusion, equity and access for individuals with disabilities: insights from educators across world**. Singapore: Palgrave Macmillan, 2019.

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

BRASIL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6950. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 2020c. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6036507>. Acesso em: 2 jan. 2022.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

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. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, p. 3, 26 ago. 2009. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/norma/579385>. Acesso em: 28 dez. 2021.

BRASIL. Decreto nº 10.502 de 30 de setembro de 2020. Institui a Política Nacional de Educação Especial: Equitativa, Inclusiva e com Aprendizado ao Longo da Vida. **Diário Oficial da União**, seção 1, Brasília, DF, edição 189, p. 6, 1 out. 2020a. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/decreto-n-10.502-de-30-de-setembro-de-2020-280529948>. Acesso em: 20 dez. 2021.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **PNS 2019: país tem 17,3 milhões de pessoas com algum tipo de deficiência**.

BRASIL. Lei n. 4.024, de 20 de dezembro de 1961. Fixa as Diretrizes e Bases da Educação Nacional. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1129, 27 dez. 1961. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1960-1969/lei-4024-20-dezembro-1961-353722-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 18 dez. 2021.

BRASIL. Lei 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. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1920, 25 out. 1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17853.htm. Acesso em: 18 dez. 2021.

BRASIL. Lei n. 9.394 de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 27833, 23 dez. 1996a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19394.htm. Acesso em: 18 dez. 2021.

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). **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, p. 2, 7 jul. 2015. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=13146&ano=2015&ato=c4aUTW65UNVpWT495>. Acesso em: 28 dez. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.239/DF, Rel. Min. Cezar Peluso, Relator(a) p/ Acórdão Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.152/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno. **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5357/DF, Brasília, DF. **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, 2016. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4818214>. Acesso em: 28 dez. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 72. **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, 1996b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 751, Brasília, DF. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 2020b. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6036507>. Acesso em: 02 jan. 2022.

CASTRO, Heloísa Vitória. **Educação especial e inclusão de pessoas com deficiência na escola**: um olhar histórico-social. 2007. Disponível em: https://files.cercomp.ufg.br/weby/up/248/o/1.4.__27_.pdf. Acesso em: 20 dez. 2021.

CEPEDA, Bartolo Pablo Rodríguez. **Metodología jurídica**. Oxford: Oxford University Press, 2006.

COSTA FILHO, Waldir Macieira; LEITE, Flávia Piva Almeida; RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes. **Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

DINIZ, Fernanda Paula; SOUZA, Raquel Menezes de. A educação inclusiva no ensino regular no brasil: aspectos legais e desafios a serem enfrentados pela pessoa com deficiência para o efetivo exercício de um direito fundamental. In: FREITAS, André Vicente Leite de; DINIZ, Fernanda Paula; RIBEIRO, Thiago Helton Miranda. **Direitos das pessoas com Deficiência**: estudos em homenagem ao professor Daniel Augusto Reis, 2018. p. 85-125.

DOVIGO, Fabio. **Special education needs and inclusive practices**: an international perspective. Rotterdam: Sense Publishers, 2017.

FARIAS, Roseane Rabelo Souza; LOPES, Thais Andrea Carvalho de Figueiredo. As pessoas com deficiência no contexto da educação escolar brasileira. **Revista HISTEDBR On-line**, Campinas, n. 65, p. 228-241, 2005.

GRAHAM, Linda J. **Inclusive education for the 21st century: theory, policy and practice**. London: Routledge, 2020.

GRAHAM, Linda J; JAHNUKAINEN, Markku. 'Wherefore art thou, inclusion? Analysing the development of inclusive education in New South Wales, Alberta and Finland'. **Journal of Education Policy**, 26: 2, 2011, p. 263-288

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **PNS 2019: país tem 17,3 milhões de pessoas com algum tipo de deficiência**. Disponível em: <[LIMA, Cláudia Araújo; RODRIGUES, Ana Paula Neves. A história da pessoa com deficiência e da educação especial em tempos de inclusão. **Revista Interritórios: Revista de Educação da Universidade Federal de Pernambuco**, Caruaru, v. 3, n. 5, p. 21-33, 2017. DOI: <https://doi.org/10.33052/inter.v3i5.234432>](https://censos.ibge.gov.br/2013-agencia-de-noticias/releases/31445-pns-2019-pais-tem-17-3-milhoes-de-pessoas-com-um-tipo-de-deficiencia.html#:~:text=Estat%C3%ADsticas%20Sociais-,PNS%202019%3A%20pa%C3%ADs%20tem%2017%2C3%20milh%C3%B5es%20de%20pessoas,com%20algum%20tipo%20de%20defici%C3%Aancia&text=Em%202019%2C%20segundo%20a%20Pesquisa,de%20idosos%20estavam%20nessa%20condi%C3%A7%C3%A3o.>. Acesso em: 21 dez. 2021.</p></div><div data-bbox=)

LOGUERCIO, Rochele de Quadros; PAULA, Tatiane Estácio de. **A educação da pessoa com deficiência: formação de discursos**. [S. l.: s. n.], 2021. DOI: <https://doi.org/10.1590/SciELOPreprints.2841>

LOPES, Laís de Figueiredo; REICHER, Stella Calmot. **Parecer Jurídico: análise do Decreto nº 10.502/2020 - Instituição da Política Nacional de Educação Especial – Avaliação sobre Retrocessos no Ordenamento Jurídico**. São Paulo: Instituto Alana, 2020.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Ações constitucionais**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

NUNES, Danilo Henrique Nunes; MONTES NETTO, Carlos Eduardo; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. Acessibilidade e cidadania: a pessoa portadora de deficiência e o acesso à justiça em tempos de pandemia. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, v. 24, n. 39, p. 249-276, jan./jun, 2020. DOI: <https://doi.org/10.22171/rej.v24i39.3362>

ROCHA, Luiz Renato Martins *et al.* Análise das sustentações orais da ação direta de inconstitucionalidade da PNEE-2020. **Revista Práxis Educacional**, Salvador, v. 17, n. 46, p. 506-527, 2021. DOI: <https://doi.org/10.22481/praxisedu.v17i46.8857>

SASSAKI, Romeu Kazumi. **Terminologia sobre deficiência na era da inclusão**. [2021]. Disponível em: https://files.cercomp.ufg.br/weby/up/211/o/TERMINOLOGIA_SOBRE_DEFICIENCIA_NA_ERA_DA.pdf. Acesso em: 21 dez. 2021.

Como citar: CARVALHO, João Victor Carloni de; NETO, José Duarte. As inconstitucionalidades

e os retrocessos do decreto nº 10.502/2020: um estudo acerca do direito à educação inclusiva da pessoa com deficiência. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 17, n. 2, p. 215-234, out. 2022. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2022v17n2p. 215. ISSN: 1980-511X

Recebido em: 31/01/2022

Aprovado em: 15/07/2022