

**DIREITO À EDUCAÇÃO INCLUSIVA
E DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS:
A RELEVÂNCIA DA INTERPRETAÇÃO
FRENTE À COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Fernanda Vivacqua Vieira (UEFN)

fernandavivacqua@hotmail.com

Nadir S'antana (UENF; UERJ)

nadirsantanna@yahoo.com.br

RESUMO

O propósito deste trabalho é incitar reflexões da educação inclusiva na perspectiva dogmática que envolve duas temáticas: teoria dos direitos fundamentais e os métodos de interpretação constitucional. O assunto merece destaque à medida que a liberdade individual acabou restando-se debilitado pela igualdade social em sede de ação direta de inconstitucionalidade. Inicialmente, abordará os principais métodos de interpretação dos direitos fundamentais ensinada pela doutrina constitucional. Por conseguinte, demonstrará as possíveis tensões hermenêuticas dos direitos sociais frente à expressão dos direitos e garantias individuais perpassando pela teoria institucional dos direitos fundamentais e a teoria dos valores (ALEXY, 2017) e métodos interpretativos que podem ser utilizados para dirimir colisões no âmbito da educação inclusiva. Portanto, o que se pretende é demonstrar a relevância da linguística para os juízes, promotores e advogados que cada vez mais passam a depender, principalmente, de métodos interpretativos para solucionar casos concretos que envolvem direitos sociais.

Palavras-chave: Direitos sociais. Direitos fundamentais. Teoria dos princípios. Valores

1. Introdução

Os direitos fundamentais vêm sendo palco de discussões nas últimas décadas, principalmente, os que são denominados pela Constituição como direitos sociais, que diferente dos direitos de liberdades individuais, tem como foco a igualdade social.

Conhecidos doutrinariamente como direitos de 2ª geração, os direitos sociais ganham ênfase durante a transição do estado liberal para o estado social, especialmente após a segunda guerra mundial, período em que direito como saúde e educação ficaram cada vez mais fora do alcance dos indivíduos, necessitando, portanto, de um estado intervencionista em suas relações jurídicas. (BONAVIDES, 2017)

Perpassando a fase de transição, bem como o período de implementação de leis e políticas públicas para garantir tais direitos, surgiram, então, outras dificuldades no âmbito de sua concretização.

Isso porque o Estado mesmo tendo atribuição constitucional para garantir a efetividade social desses direitos básicos, simplesmente prefere ser omissivo, sendo a sua omissão perceptível tanto na saúde quanto na educação, gerando forte crescimento de ajuizamento de demandas judiciais.

Com crescente judicialização passou-se a exigir do magistrado um conhecimento mais aprofundado não só acerca do direito, mas também em relação à hermenêutica e técnicas de interpretação, isso porque na maioria dessas demandas judiciais ocorre colisão entre direitos fundamentais, e como não há hierarquia entre esses direitos (BONAVIDES, 2017), o intérprete frente ao caso concreto vai precisar, de fato, utilizar a interpretação.

Como o objetivo do presente trabalho é analisar a nova hermenêutica quando ventilado o direito à educação frente aos direitos individuais, deixaremos a saúde para debatermos em outra oportunidade.

2. Direito à educação

A educação inclusiva está prevista na Magna Carta e estruturada em diversas leis infraconstitucionais, tendo a Lei 13.146 de 2015 como destaque e, tanto em decorrência dessa Lei, como por força das normas emanadas das constituições da república e estadual, o poder público está obrigado a amparar o indivíduo, assim como todos os que se encontram nesta mesma situação.

Doutrinariamente, a norma do art. 205 da Constituição Federal enuncia direito público subjetivo do cidadão, correspondente a um dever jurídico estatal sendo classificada pela doutrina como norma de eficácia plena e aplicabilidade imediata, conforme o disposto no art. 5º, § 1º, da Constituição, não dependendo de qualquer ato legislativo para que seja efetivada pela administração pública. (BONAVIDES, 2017)

O art. 206 do texto constitucional determina expressamente os princípios que devem ser considerados para as ações e serviços relacionados ao ensino estando o princípio da isonomia elencado no primeiro inciso.

No âmbito internacional, destacam-se: a Declaração de Salamanca, Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência, a Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, ratificado pelo Brasil em 2008, promulgado em 2009 pelo Decreto 6.949 de 25 de agosto de 2009, a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), a Convenção Relativa à Luta Contra Discriminação no Ensino da Convenção sobre Direito da Criança, o Protocolo Adicional a Convenção Americana dos Direitos Humanos (PIDESC) e a Convenção Interamericana para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Pessoa com Deficiência. (TAVARES, 2013)

O direito à educação inclusiva é, portanto, um direito fundamental, de cunho social, exigível perante o poder público, pois não se trata de mera norma programática, a merecer efetividade, ainda que de forma cogente e por imposição do Poder Judiciário, mormente quando malferido pelo Poder Executivo.

3. *Papel do poder judiciário e a judicialização dos direitos sociais*

O papel do Poder Judiciário é garantir, em última análise, o cumprimento das normas, limitando o abuso de poder e, quando necessário, ordenando a concretização de políticas públicas, sempre orientado pelos mandamentos constitucionais, exatamente o que se está fazendo no caso em tela. (BARCELLOS, 2002, p. 74)

Portanto, no caso em questão, uma vez o indivíduo necessitar de um mediador escolar, por exemplo, e a escola se negar ao argumento de que não dispõe de recursos necessários para assim o fazer, compete ao Judiciário quando provocado exigir do Poder Público (Executivo), pautado pelo princípio da dignidade da pessoa humana, garantindo, assim, a inclusão, pois sem educação para todos não há mínimo existencial.

4. *Teoria dos princípios e teoria dos valores*

A Constituição da República é que define a autonomia privada como direito fundamental enquanto liberdades individuais e os direitos sociais como direitos fundamentais e essenciais ao desenvolvimento ple-

no da cidadania que se fundam na dignidade da pessoa humana e na solidariedade.

A doutrina assevera que não há hierarquia entre direitos fundamentais, mas destaca que quando entrarem em choque um deverá prevalecer sobre outro.

Para tanto, o intérprete deverá conhecer a teoria do princípio e a teoria dos valores (ALEXY, 2017, p. 144), condensado na máxima doutrina estrangeira. Assim como princípios são diferentes de regras, valores são diferentes de princípios.

De acordo com os constitucionalistas, regras são mandamentos que não podem ser flexibilizados quando aplicados, ao passo que princípios possuem mandamentos de otimização podendo sofrer flexibilização no caso concreto. Em situação de conflito entre regras, resolve-se pela técnica de subsunção. Por outro lado, se houver conflito entre princípio, resolve-se por sopesamento.

A despeito de valores a doutrina assevera que estes fazem parte do nível axiológico haja vista que podem ser objeto de valoração (ALEXY, 2017, p. 149). Assim os valores se distinguem à medida que os critérios de valoração se contrapõem.

Como princípio tem caráter ontológico tem a vantagem de que o seu conceito suscita menos interpretações equivocadas que o conceito de valor.

Quando um princípio diverge de outro, a ideia de sopesamento entra em cena, isso porque de acordo com a lei de colisão, dos enunciados de preferências condicionadas decorrem regras, que diante de certas condições, cominam a consequência jurídica do princípio prevalente.

5. Conclusão

Atualmente, a Constituição não é só vista como uma carta do Estado, mas como uma carta da sociedade, de maneira a reconciliar o indivíduo com o Estado e com a sociedade.

A nova hermenêutica constitucional permite maior controle do Poder Judiciário frente as políticas públicas, o que não era possível com os métodos clássicos de interpretação.

Assim, é possível concluir que a interpretação constitucional sob nova hermenêutica trouxe para o intérprete mecanismos ontológicos, bem como axiológicos, para dirimir conflitos aparentes de normas, condensando os direitos fundamentais, especialmente os sociais à máxima constitucional.

A educação inclusiva enquanto direito fundamental de natureza social quando confrontado com outro direito fundamental de 1ª geração, por exemplo, de acordo com a nova hermenêutica, o primeiro deverá prevalecer sobre o outro.

Todas essas observações se fazem necessárias, à medida que a judicialização de políticas públicas aumenta cada vez mais. Prova disso, é ADI nº 5357 que fora ajuizada pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (CONFENEN) requerendo a inconstitucionalidade do parágrafo primeiro do artigo 28 e *caput* do artigo 30 da Lei nº 13.146/2015, em que pese o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), de forma unânime, ter julgado constitucionais tais normas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia curso de direito constitucional jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.