



SILVA, CASTRO e
MELLO FRANCO
sociedade de advogados

022inf15 (ref. 004inf15) – HMF

INFORMATIVO 22 / 2015

ORIENTAÇÕES SOBRE ALUNOS DEFICIENTES

01 O presente informativo jurídico consolida e reitera nossas orientações às escolas particulares do DF. Isto a partir dos tópicos da segunda edição do Manual de Direito sobre Instituições de Educação (11.16 e subtópicos) e dos informativos 22, 39/2012, 12/2013, 33, 49 e 04/2015 (o presente documento é praticamente idêntico a este último informativo 04/2015). Esta nova consolidação está de acordo com legislações recentes, como Plano Nacional de Educação (13.005/2014), Plano Distrital de Educação (lei 5.499 de 15/07/2015, informativo jurídico 17) e Estatuto da Pessoa com Deficiência (12.842 de 11/07/2015, informativo jurídico 16, principais trechos para escolas transcritos abaixo*). Ademais, lei distrital 5.522 de 26/08/2015, que tornou mais rigorosa a lei 5.089/2013.

01b De qualquer maneira, quase todos os temas abaixo são complexos, não sendo aqui tratados de maneira exaustiva e recomendando-se consulta jurídica diante de cada caso concreto de maior relevância. Ressalta-se, também, que as colocações aqui presentes são feitas apenas sob o prisma das leis, sem considerações médicas, econômicas ou pedagógicas. A propósito, o Sinepe-DF e seu corpo jurídico estiveram presentes no seminário “Todas as Escolas são Para Todos os Alunos”, realizado pelo Ministério Público do DF entre 24 a 25 de agosto.

02 Princípios – Em atendimento ao Sinepe-DF, os informativos gerais à categoria sempre partem do pressuposto de obediência às leis. Como regra geral, uma lei só deve ser desobedecida se houver amparo judicial.

03 No Brasil e quase todos os demais países há diferenciação jurídica e convivência entre escolas particulares e escolas estatais. Estas últimas só podem fazer aquilo que as leis mandam. As particulares são livres para fazer tudo que as leis não proíbam. Este é o Princípio Constitucional da Legalidade. As diferenciações entre um e outro tipo de escola perpassam, ainda, pelo reconhecimento de que as particulares são prestadores de serviços no mercado e não instituições caritativas ou equivalentes. Os deveres das instituições particulares são os contratuais para com aqueles que optam por nelas ingressarem e não com o público em geral. Até porque, são os consumidores que financiam as escolas particulares, vez que elas não recebem incentivos estatais ou públicos (pelo contrário, as empresas pagam impostos justamente para que os órgãos públicos prestem os serviços públicos, inclusive aos mais necessitados).

04 Definições – A legislação sobre deficientes físicos e/ou mentais é imprecisa, fragmentada e, em vários pontos, recente. Há confusão, inclusive, em torno da terminologia. Ainda estão vigentes algumas normas anteriores a 1988 que falam em “portadores de afecções”, como o Decreto-lei 1.044/1969, que dispõe sobre tratamento excepcional para frequência nas escolas. A Constituição Federal de 1988 fala em “portadores de deficiência”. Há também normas que falam em “Portador de



SILVA, CASTRO e
MELLO FRANCO
sociedade de advogados

Necessidade Especial”, admitindo até sigla “PNE”. Mais recentemente, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, acolhida no Brasil mediante Decreto 6.949/2009 (com força constitucional), fala em “pessoa com deficiência”. Na mesma linha é o Estatuto da Pessoa com Deficiência (lei federal 13.146 de 06/07/2015 e vigência a partir de 02/01/2016). Nós entendemos que expressões como “deficientes” / “deficientes físicos” / “deficientes mentais” não são desrespeitosas.

05 Mais importante do que rótulos é o conteúdo. A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (norma com hierarquia de regra constitucional) e o Estatuto da Pessoa com Deficiência dizem que *“pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.”*

06 O conceito acima ainda é vago. Entendemos que, para os fins do presente informativo, as deficiências são os *“defeitos severos e persistentes de funcionamento normal de relevantes funções corporais (aí incluídos cérebro e nervos) que signifiquem problemas de saúde”*. Em geral as deficiências reais decorrem de patologias ou de acidentes, como quedas que causem paralisias. Diante das imprecisões e na busca de segurança, pensamos que as deficiências devem ser consideradas “problemas de saúde” e, portanto, diagnosticadas e atestadas sob liderança de profissional médico, não outros profissionais. Neste sentido, somente médicos podem fazer diagnósticos de saúde (Lei 12.842/2013, que “dispõe sobre o exercício da Medicina”):

“Art. 4. São atividades privativas do médico: (...) X - determinação do prognóstico relativo ao diagnóstico nosológico [classificação de doenças]; XII - realização de perícia médica e exames médico-legais, excetuados os exames laboratoriais de análises clínicas, toxicológicas, genéticas e de biologia molecular; XIII - atestação médica de condições de saúde, doenças e possíveis sequelas; (...) § 1. Diagnóstico nosológico é a determinação da doença que acomete o ser humano, aqui definida como interrupção, cessação ou distúrbio da função do corpo, sistema ou órgão, caracterizada por, no mínimo, 2 (dois) dos seguintes critérios: I - agente etiológico [causa da doença] reconhecido; II - grupo identificável de sinais ou sintomas; III - alterações anatômicas ou psicopatológicas.”

07 O conservadorismo acima visa, inclusive, evitar a banalização do que seja “deficiência” e de quais sejam os deficientes. Neste sentido, por exemplo, crianças agitadas não são, por si só, vítimas de “déficit de atenção” ou outras expressões. No mesmo sentido, é natural que, dentre as pessoas sem deficiências, existam aquelas naturalmente mais inteligentes e aquelas naturalmente menos inteligentes, as naturalmente mais altas e as naturalmente mais baixas, as mais fortes e as mais fracas, as mais belas e as mais feias etc. Por fim, consideramos que praticamente todos os casos de miopia, prognatismo, escoliose, pé chato etc não são deficiências do ponto de vista



SILVA, CASTRO e
MELLO FRANCO
sociedade de advogados

jurídico. Isto porque tais defeitos corporais não resultam em “*impedimentos de longo prazo que possam obstruir participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas*”, principalmente porque pequenas intervenções (como óculos) já resolvem. Vale dizer que a ausência de qualquer defeito corporal é algo, por si só, anormal. O normal é que a grande maioria das pessoas tenha, pelo menos, um problema crônico (asma, diabetes, hipertensão, escoliose etc), seja tal problema uma doença ou não.

07b Falamos em “liderança” de um profissional médico nos atos de diagnóstico etc porque a recente lei 12.842 (Estatuto da Pessoa com Deficiência, de 11/07/2015 com vigência em 02/01/2016) diz:

“Art. 2 (...) § 1o A avaliação da deficiência, quando necessária, SERÁ BIOPSISSOCIAL, REALIZADA POR EQUIPE MULTIPROFISSIONAL e interdisciplinar e considerará: [de acordo com art. 124 do mesmo Estatuto da Pessoa com Deficiência] I - os impedimentos nas funções e nas estruturas do corpo; II - os fatores socioambientais, psicológicos e pessoais; III - a limitação no desempenho de atividades; e IV - a restrição de participação.”

08 Entendemos que o médico a liderar o diagnóstico pode ser pessoa contratada pela família ou pela escola, se esta última optar. O ideal é que seja contratado pela família, até porque esta é que detém competência sobre a intimidade da criança. Ainda que o diagnóstico seja feito por profissional de fora da escola, a competência para definir os atendimentos dentro da escola é da própria escola, conforme nosso parágrafo 29 abaixo.

09 Matrícula de deficientes – Entendemos que há tempos existem normas federais que proíbem escolas estatais e particulares de rejeitarem matrículas de deficientes ao argumento de deficiência. Tudo em razão da política de “escola inclusiva” adotada pelo nosso país para todas as escolas brasileiras nos últimos cinco anos, no mínimo. Sobre “condições de atendimento”, ver parágrafos 19-36 abaixo.

09b Alguns advogados entendem que uma escola poderia justificar impedimento para atender certos tipos de deficientes (surdos, por exemplo) se estivesse apta a atender outros tipos de deficiente (cegos, por exemplo). O argumento nos parece justo. No entanto, a legislação e autoridades parecem ir em sentido contrário, até em prejuízo da sobrevivência das escolas de menor porte. Assim, para os interessados nesta linha, o melhor é análise de cada caso concreto.

10 Um critério defensável para negar matrículas de deficientes está no atingimento de “número máximo de deficientes por sala”. Neste sentido, o comentário número 17 de nossa “Sugestão de Modelo de Contrato de Prestação de Serviços de Educação Básica” desde 21/08/2014:



SILVA, CASTRO e
MELLO FRANCO
sociedade de advogados

“17) Autoridades do DF estão, a nosso ver corretamente, admitindo que escolas fixem limites de número de vagas para alunos com deficiências físicas ou mentais nas salas de aula. Isto para evitar a superlotação que prejudique o atendimento aos estudantes, inclusive ao próprio deficiente. Assim, conforme análise a ser feita por cada escola, entendemos que pode haver tentativa de inclusão em seu contrato de prestação de serviços a seguinte regra:

“Cláusula X - A fim de prestar os melhores serviços possíveis aos alunos com deficiências físicas ou mentais e aos alunos sem deficiências então a CONTRATADA reserva-se o direito de, a seu critério diante de cada caso concreto, limitar o número de alunos com deficiências em cada sala de aula ou turma. O número-limite é de 2 (dois) alunos com deficiência em caso de deficiências que não sejam severas. O número-limite é de 1 (um) aluno com deficiência em caso de deficiências que sejam sim severas. A comprovação da deficiência e sua severidade será por meio de laudo do respectivo especialista médico que considere o grau de atenção especial que o aluno com deficiência demandará do professor durante aulas. Tudo com obediência à legislação pertinente.”

11 A limitação acima também foi aceita no seminário “Todas as Escolas são Para Todos os Alunos”, realizado pelo Ministério Público do DF entre 24 a 25 de agosto. Na mesma oportunidade, autoridades da Secretaria de Educação do DF defenderam como possível e regular a anotação, no histórico do aluno deficiente, a correspondente deficiência. Tal procedimento nos parece adequado como meio do leitor do histórico compreender com mais realismo os atendimentos educacionais prestados. Assim, o melhor é que seja feito quando do ingresso do estudante na instituição.

12 A validade da limitação de percentual de deficientes por cada sala é reconhecida por entidades como a Federação Brasileira das Associações de Síndrome de Down e obras como “Direitos da Pessoa com Deficiência”, de autora Eugênia Augusta Gonzaga. Tais manifestações, no entanto, falam no percentual de 20%. Isto porque, supostamente, tal percentual refletiria a representatividade dos deficientes na população brasileira. Entendemos que as escolas particulares não estão juridicamente obrigadas a acatar suposto percentual de 20% deficientes da população. Antes de mais nada, as escolas particulares estão obrigadas apenas ao mínimo compatível com suas próprias propostas pedagógicas individuais. Neste sentido é o Estatuto da Pessoa com Deficiência que literalmente diz que as adaptações em favor dos deficientes devem ser razoáveis, ou seja; *“adaptações, modificações e ajustes necessários e adequados QUE NÃO ACARRETEM ÔNUS DESPROPORCIONAL E INDEVIDO, quando requeridos em cada caso, a fim de assegurar que a pessoa com deficiência possa gozar ou exercer, em igualdade de condições e oportunidades com as demais pessoas, todos os direitos e liberdades fundamentais;”* Ademais, a busca pelo “percentual de deficientes na população” resulta em toda sorte de distorções. Neste sentido, o percentual de deficientes no DF é diferente do percentual do Brasil. E, dentro do DF, existem variações entre bairros e públicos.



SILVA, CASTRO e
MELLO FRANCO
sociedade de advogados

13 De qualquer maneira, sobre o tema, o IBGE faz pesquisas considerando três graus de “deficiência” ; Grau A – Pessoa com deficiência - não consegue de modo algum; Grau B – Pessoa com deficiência - grande dificuldade; Grau C – Pessoa com deficiência - alguma dificuldade. Entendemos que, para os fins jurídicos deste informativo, deficientes são apenas os grupos A e B. Isto porque no grupo C estão as “deficiências” leves que não se enquadram para os presentes fins (*“impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas”*). Dentre estas “deficiências leves” estão miopia, prognatismo, escoliose, pé chato etc. Com estes critérios, no DF a população realmente deficiente seria de, apenas, 6,5% dos residentes, conforme IBGE.

14 Entendemos que mesmo o percentual de 6,5% não pode ser a realidade das escolas. O certo do ponto de vista demográfico seria muito mais baixo. Isto porque as escolas lidam com alunos de até 18 anos de idade. E muitas deficiências só se manifestam na população maior de 18 anos, especialmente dentre os idosos. Inúmeras deficiências decorrem de incidentes ao longo da vida (como batidas de carro, sequelas de doenças etc) e, portanto, quanto mais baixa a faixa etária também mais baixo o percentual de deficientes físicos e/ou mentais. Portanto, supomos que o percentual de deficientes no DF com menos de 18 anos de idade estaria na faixa de 3%. É isto, aliás, que se constata da experiência diária.

15 Acreditamos que se uma escola possui grande número de deficientes em uma ou mais classes, pode buscar diminuir tais números usando como fundamento de adaptação às médias demográficas dos parágrafos acima (3%, por exemplo, que é próximo dos 2% exigidos pelo Estatuto das Pessoas com Deficiência como reserva de vagas em estacionamentos). No entanto, os deficientes já matriculados, salvo quando inadimplentes, terão direito à renovação das matrículas, observado o calendário escolar da instituição, o regimento da escola ou cláusula contratual (art. 5 de lei 9.870/99).

16 Um dado interessante é que, de acordo com o IBGE, existem 6,5% residentes no DF com deficiências (grupos A e B acima). Ocorre que o total de deficientes mentais seriam, de acordo com o mesmo órgão público, apenas 1,1% da população do DF (total de deficientes mentais, mesmo os leves). Isto é interessante porque, aparentemente, a maioria das “alegações” de deficiências nas escolas estão concentradas nos deficientes mentais. No entanto, estes, por estatística, representariam menos de 20% do total de deficientes. Assim, é possível que haja exagero nos supostos diagnósticos de quem seja deficiente mental. Daí porque, mais uma vez, insistimos no protagonismo dos médicos (não outros profissionais) para realizar os diagnósticos de saúde, conforme nossos parágrafos 06-08 acima.

17 A concentração de diagnósticos de deficiências mentais nos médicos psiquiatras e não nos psicólogos nos parece o melhor para segurança jurídica porque, apesar dos psicólogos terem função de *“utilização de técnicas psicológicas para realizar diagnóstico psicológico”* (art. 13, §1, letra “a” de lei 4.119/1962), os problemas



SILVA, CASTRO e
MELLO FRANCO
sociedade de advogados

dos deficientes não são apenas de “psicologia” mas verdadeiramente de “saúde/medicina”. Ademais, infelizmente existe muita imprecisão nos estudos de Psicologia. Neste sentido, por exemplo, há controvérsia sobre a real existência de patologia no que se convencionou chamar “Transtorno do Déficit de Atenção com Hiperatividade” (TDAH) e mais controvérsia ainda no diagnóstico. Outro exemplo está na “Síndrome de Asperger”, que era uma “realidade” até 2013, quando tal terminologia foi alterada no Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais (DSM-V) e substituído pelo diagnóstico de “transtorno do espectro autista”.

18 Por fim, ainda no tema “matrícula de deficientes”, o Plano Distrital de Educação (lei 5.499/2015, já vigente) diz:

“META 4 = Universalizar o atendimento educacional aos estudantes com deficiência (...), garantindo a inclusão na rede regular de ensino ou conveniada e o atendimento complementar ou exclusivo, quando necessário, nas unidades de ensino especializadas. (...) 4.32 – Assegurar prioridade, mediante antecipação de matrícula e de atendimento, a todas as crianças com deficiência em idade escolar (de 4 a 17 anos) em todas as escolas comuns públicas e privadas do Distrito Federal.”

18b O Plano Distrital de Educação é melhor tratado em nosso informativo 17 de 21/07/2015. Nele sustentamos que o plano não pode criar exigências contra escolas particulares naquilo que não tratar de “qualidade” etc, o que seria o caso do referido item 4.32. No entanto, inclusive diante da insegurança jurídica, acreditamos que a norma pode ser cumprida de maneira razoável; qual seja, quando houver dois estudantes competindo por mesma vaga e tiverem apresentado requerimento de matrícula (ou equivalente) na mesma data, aí o desempate será por prioridade ao deficiente em detrimento do candidato que não seja deficiente. Sobre isto, recomendamos releitura de nosso parágrafo 10 acima.

19 Atendimento mínimo a alunos deficientes físicos e/ou mentais – As leis só obrigam as empresas a realizarem atos mínimos. Qualquer ato além do mínimo é liberalidade da escola.

20 Os mínimos legais claros estão na admissão de deficientes, conforme parágrafos 09-18 acima, no custeio dos mesmos (parágrafos 41-49 abaixo) e em alguns pontos do atendimento, infelizmente com imprecisões:

21 Em síntese, a legislação exige institucionalização (adaptação de normas e rotinas internas de cada escola) para atendimento a deficientes físicos e/ou mentais levando em consideração de três parâmetros ao mesmo tempo:

I - Desenvolvimento do aluno o máximo que for “possível” diante dos obstáculos da deficiência.



SILVA, CASTRO e
MELLO FRANCO
sociedade de advogados

II – As adaptações em favor do deficiente devem ser “razoáveis”, sem ônus/custo desproporcional.

III - Fazer adaptações quanto à “forma”, sem obrigação de diminuir o “conteúdo mínimo” a que todos os alunos de mesma série devam estar submetidos para aprovação.

22 O último parâmetro acima é importante; adaptação dos “formatos” de ensino (como fone para ouvir melhor) e avaliação (como exames impressos em Braille), mas sem obrigação de escolas minimizarem o “conteúdo” para quem do essencial exigido dos demais alunos de mesma série. Importante frisar isto contra o entendimento de algumas pessoas que ainda pensam que deficiência seria motivo suficiente para tolerar aprendizado abaixo do obrigatório aos estudantes normais. Tal “flexibilização de conteúdo abaixo do mínimo” pode até ser a opção de algumas escolas, mas de forma alguma é compulsória para todas, muito menos as particulares, que possuem autonomia pedagógica. Estas últimas podem sim reprovar qualquer estudante de Ensino Fundamental ou Médio que não tenha aprendido o mínimo esperado (sobre reprovação nas primeiras séries do Ensino Fundamental, o direito já foi reconhecido judicialmente em favor de toda a categoria, de acordo com informativo 28 de 04/09/2015).

23 Nosso pensamento do último parágrafo acima foi frisado por autoridades da Secretaria de Educação do DF no já mencionado seminário “Todas as Escolas são Para Todos os Alunos”, realizado pelo Ministério Público do DF no mês passado.

24 Ainda na linha dos parágrafos acima, a reprovação persistente de um deficiente que já tenha atingido o máximo de seus desempenhos é prevista na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (“*Art. 59. Os sistemas de ensino assegurarão aos educandos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação: I - currículos, métodos, técnicas, recursos educativos e organização específicos, para atender às suas necessidades; II - TERMINALIDADE ESPECÍFICA PARA AQUELES QUE NÃO PUDEREM ATINGIR O NÍVEL EXIGIDO PARA A CONCLUSÃO DO ENSINO FUNDAMENTAL, em virtude de suas deficiências, e aceleração para concluir em menor tempo o programa escolar para os superdotados;*”). Uma exceção está no art. 26, §3, da mesma LDB; “*a educação física é componente curricular obrigatório, sendo sua prática facultativa ao aluno com incapacidade física relativa, incompatível com a frequência aos trabalhos escolares*”.

26 Para além da questão de custeio, tratada em parágrafos 41-49 abaixo, existem dois pontos mais sensíveis quanto ao presente tópico de “atendimento”:

27 **Primeiro**, como as leis só estabelecem mínimos genéricos, entendemos que não existe norma jurídica válida que exija serviços específicos, como, por exemplo, horário adicional ao normal (contraturno). O Decreto 7.611/2011 detalha obrigações decorrentes da “Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência”, mas são obrigações especialmente dirigidas às escolas estatais, não às particulares. Neste sentido, tal norma prevê auxílio orçamentário federal para que escolas estatais “implantem salas de recursos multifuncionais.” Na mesma linha, o



SILVA, CASTRO e
MELLO FRANCO
sociedade de advogados

Plano Distrital de Educação, como na parte final de seu item 4.11, que dispensa escolas particulares de terem “sala de recursos”. Idem para obrigações previstas no Estatuto da Pessoa com Deficiência. Ainda neste tema de “salas”, as escolas particulares não estão obrigadas a diminuir seu número total de alunos por classe em razão da existência de deficientes. Se a proposta pedagógica da escola perpassa por grande número de alunos por classe (dentro dos tetos de normas arquitetônicas) então o aluno deficiente interessado em estudar em tal escola há de se adaptar a tal número ou sequer entrar (ou sair).

29 **Segundo**, apesar do diagnóstico de deficiências ser de competência de profissionais de saúde, geralmente de fora da escola, o prognóstico de atendimento pedagógico não compete a terceiros fora da escola e sim à própria escola, mediante a sua direção. Portanto, profissionais de saúde não podem ordenar que a escola adote qualquer medida pedagógica. No máximo, profissionais de saúde podem apontar que determinadas medidas seriam adequadas diante das deficiências (como, por exemplo, proximidade ao quadro negro / lousa onde as lições são escritas, em benefício dos deficientes visuais). É a escola, mediante sua direção e usando critérios pedagógicos, que deve definir como serão as adaptações para que o deficiente acompanhe os serviços de educação regular, ou seja, serviços que são coletivos pela própria natureza. Neste sentido, é comum que a escola constate a desnecessidade de atendimentos extras numa época e surgimento de necessidade apenas em outra época, e vice-versa. A escola tem o direito de exigir informações sobre a saúde do aluno a qualquer momento, quer na matrícula quer ao longo do ano letivo, sempre que as questões de saúde possam influenciar a prestação de serviços educacionais. A exigência de informações pode estar acompanhada da exigência de comprovações, como laudos médicos, custeados pela correspondente família consumidora.

37 **Obrigações disciplinares dos deficientes** – Entendemos que, da mesma forma que os desempenhos acadêmicos mínimos, os deveres disciplinares dos deficientes são os mesmos dos alunos normais. Assim, infrações devem ser igualmente punidas.

38 É certo que, por vezes, um deficiente realiza uma infração involuntariamente. Nestes casos, para além de criteriosa apuração, é necessário verificar se a intenção é relevante ou não para a punição. Muitas vezes a intenção não é relevante, especialmente se tratando de crianças, cujas intenções mal podem ser consideradas, especialmente nas pequenas e mesmo naquelas normais. Neste ponto é que as regras disciplinares são diferentes do Direito Criminal, sendo que certos princípios deste último não se aplicam às infrações de alunos. Este último ponto é importante:

39 No Direito Criminal é importante haver apuração objetiva dos fatos e permissão para que o acusado se defenda previamente. Até aí, os processos disciplinares contra estudantes são da mesma forma (nas apurações, inclusive, a escola deve, tratar o aluno como mero suspeito e não como alguém já condenado). No entanto, no Direito Criminal é importante comprovar a intenção do agente em cometer o crime, sem a qual não pode haver condenação. Infrações disciplinares, por outro lado, admitem



SILVA, CASTRO e
MELLO FRANCO
sociedade de advogados

penalidades mesmo quando não há intenção do agente. Isto porque, ao contrário do Direito Criminal, o foco não está apenas na educação do ofensor mas sim, principalmente, na preservação da ordem, ou seja, proteção contra vítimas e potenciais vítimas. Daí porque no Direito Penal existem os “inimputáveis” (que não podem ser condenados) mas, em assuntos disciplinares, todos podem sofrer sanções. Até porque, tais sanções não visam o sofrimento em si do condenado e sim a normal continuidade dos serviços educacionais, especialmente mediante afastamento provisório ou definitivo do causador de distúrbios à ordem.

40 O parágrafo acima pode parecer duro, mas fica mais claro com exemplos. Existem deficiências mentais que resultam na compulsão por tirar a roupa ou mesmo cometer violências, inclusive sexuais. São descontroles por parte do deficiente, que em certo sentido é também uma vítima. Criminalmente não pode haver penalidade. No entanto, do ponto de vista disciplinar, ele deve ser sim afastado de maneira provisória ou definitiva. Tais medidas podem até ser educativas, como forma clara de suprimir condutas indesejáveis. Por vezes as pessoas com menor capacidade de compressão precisam de tais atos enérgicos para aprenderem.

41 Custeio de atendimento a alunos deficientes – Uma vez vistos os pontos acima sobre admissão e adaptação, o presente tópico é sobre custeio.

42 Há pelo menos cinco anos a grande maioria das autoridades entende que o repasse de custos não pode ser feito pelas escolas às famílias dos deficientes sem anuência destas. Assim, para tais autoridades, os custos daquele indivíduo deveriam ser diluídos nos custos totais da instituição e, portanto, suportados pelos preços pagos pela coletividade de consumidores. Sempre consideramos tal tese bastante equivocada. No entanto, a questão já foi superada por legislação do DF e, mais recentemente, por lei federal:

43 No dia 26 de março de 2013 foi publicada a lei distrital 5.089; “Art. 1º Fica proibida a cobrança de taxa de reserva, sobretaxa ou quaisquer valores adicionais para matrícula, renovação de matrícula ou mensalidade de estudantes com síndrome de Down, autismo, transtorno invasivo do desenvolvimento ou outras síndromes, com vistas a garantir o ingresso ou a permanência do estudante em instituições de ensino. *Parágrafo único. A aplicação desta Lei visa disseminar a igualdade social e a inclusão do estudante na sociedade, sobretudo por intermédio das instituições de ensino, evitando-se, assim, preconceitos.* Art. 2º *As instituições de ensino devem estar preparadas para receber o aluno especial, dispondo de corpo docente qualificado para tal, com vistas a atender todas as necessidades do aluno especial, sem que isso implique gastos extras para o aluno especial.*” Portanto, a situação no DF é clara. Entendemos que aqui os custos extras só devem ser suportados pelas famílias dos deficientes quando estas concordarem diante de cada caso concreto em preferência ao que lhes seja mais vantajoso, cientes de que estão renunciando ao benefício da norma distrital.



SILVA, CASTRO e
MELLO FRANCO
sociedade de advogados

43b Ainda sobre a lei distrital acima, em 27/08/2015 foi publicada lei distrital 5.522 que acrescentou arts. 2A e 2B; “*Art. 2º-A O descumprimento do preceituado nesta Lei sujeita a instituição infratora ao pagamento de multa por aluno no valor de R\$5.000,00, atualizada pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor – INPC, revertido em proveito da receita própria da Secretaria de Estado de Educação do Distrito Federal. Art. 2º-B As instituições de ensino devem afixar, em local visível e dentro do recinto em que se realizam as matrículas, cartaz com os seguintes dizeres: DISCRIMINAÇÃO É CRIME. Caso este estabelecimento se recuse a realizar matrícula de aluno com deficiência, DENUNCIE ao Ministério Público do Distrito Federal pelo telefone 0800-6449500 ou dirija-se, pessoalmente, à sua sede, situada no Eixo Monumental, Praça do Buriti, Lote 2, sala 138 – Brasília-DF.*”

43c Sobre o cartaz acima, entendemos que a sua frase pode ser complementada pela seguinte; “*É lícita a recusa de matrícula com base em critérios que não sejam a deficiência, como falta de pagamento de mensalidades. É lícita a recusa de matrícula quando o número máximo de deficientes na respectiva turma já tiver sido atingido.*”

43d O Estatuto da Pessoa com Deficiência, vigente a partir de 02 de janeiro de 2016, diz que pelo exercício das obrigações escolares de tal lei em favor dos deficientes não pode haver cobrança de valores adicionais de qualquer natureza, devendo as anuidades (mensalidades) serem as mesmas de demais estudantes normais. A Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (Confenen) apresentou Ação Direta de Inconstitucionalidade 5357 em 04/08/2015 buscando afastar obrigações do Estatuto da Pessoa com Deficiência contra as instituições particulares de ensino, especialmente proibição de repasse de custos ao consumidor deficiente. Houve pedido liminar, ou seja, de decisão imediata antes de julgamento final. Tal pedido liminar ainda não foi analisado. Acreditamos que, diante da realidade cultural das autoridades em “favor” dos mais necessitados, a liminar não será dada e o processo ao final será julgado improcedente. Ao que tudo indica, o Direito contemporâneo no Brasil prestigia a diluição de custos de políticas públicas nos preços à correspondente coletividade de consumidores.

44 O custeio por parte da família específica é possível se esta considerar que é o melhor caminho, ciente da sua renúncia dos direitos previstos nas legislações dos últimos parágrafos acima. Tudo deve estar em contrato separado, adicional ao contrato normal de prestação de serviços de ensino regular. O melhor é que tal aditivo tenha previsão de um ano letivo (renovável a cada ano) e que só possa ser alterado por vontade de ambas as partes a cada ano letivo. Abaixo está nossa “Sugestão de Modelo de Contrato de Prestação de Serviços de Ensino Regular” de 21/08/2014 (coerente com Termo de Ajuste de Conduta de 30/01/2013 firmando entre uma escola e o Ministério Público do DF com nossa assessoria):

“*Cláusula xxxª – Caso o ALUNO seja deficiente (físico e/ou mental) ou necessite de cuidados especiais, a CONTRATADA será avisada pelo CONTRATANTE e fará, antes da contratação, avaliações*



SILVA, CASTRO e
MELLO FRANCO
sociedade de advogados

para melhor integração, inclusão, adaptação e/ou acessibilidade. A CONTRATADA também poderá fazer avaliações ou reavaliações após contratação, se preciso. Todos os custos para integração, inclusão, adaptação e/ou acessibilidade que tenham como destinatário apenas o ALUNO (e não a coletividade) serão arcados apenas pelo CONTRATANTE por vontade espontânea e escolha deste, como alternativa à Lei Distrital 5.089/13 (que proíbe a cobrança compulsória de valores para estudantes deficientes com síndromes) e equivalentes. Em qualquer caso, todos os aspectos da avaliação, integração, inclusão, adaptação e/ou acessibilidade e custos deverão ser consensuais entre CONTRATANTE e CONTRATADA, sob pena de não consumação do contrato, ou, ainda, a sua rescisão. Em qualquer hipótese, as obrigações acadêmicas e disciplinares de aluno deficiente são as mesmas de aluno não-deficiente.”

45 De fato, a imensa maioria dos pais de quaisquer crianças sempre deseja o melhor para elas e está disposto a pagar pelos melhores atendimentos. Assim, é comum que uma escola se disponha a pagar apenas pelos atendimentos mínimos necessários e, no entanto, a família prefira pagar diretamente para conseguir serviços além dos mínimos. Neste sentido, por exemplo, é comum que numa escola haja um monitor para cuidar de todos os deficientes de uma mesma turma, e, no entanto, famílias com mais recursos optem por pagar monitor que cuide exclusivamente de sua criança individual.

46 O parágrafo acima é positivo porque cada caso concreto deve ser analisado e as melhores pessoas para resolvê-lo são os diretamente envolvidos; família e escola. Não é prudente pensar que todas as situações podem ser respondidas igualmente por normas de uniformização. No entanto, cabem dois comentários:

47 **Primeiro**, a disponibilização da família para fazer o pagamento direto não significa obrigação da escola em aceitar. A escola só deve aceitar se assim quiser, após fazer suas condições sobre adequação pedagógica, de segurança etc.

48 **Segundo**, há situações em que as famílias pleiteiam pagar apenas “a diferença”, ou seja, os custos extras que os serviços superiores significariam em relação aos serviços mínimos que seriam obrigação jurídica da escola. Num exemplo hipotético, há pais que argumentam que “se a escola pagaria um monitor de R\$ 394,00 mensais para meu filho, então providenciarei um especialista de R\$ 1.000,00, sendo que a escola pagará os R\$ 394,00 para ele e eu completarei a diferença de R\$ 606,00”. Cada escola é livre para aceitar ou não tal argumentação. Nós recomendamos que não o faça. Isto por dois motivos. Primeiro, a escola é obrigada apenas ao mínimo (no caso, os R\$ 394,00 para o monitor, por exemplo). Assim, se o pai deseja um especialista de R\$ 1.000,00, então ele deve arcar com todos os R\$ 1.000,00, eis que o mínimo oferecido pela escola já restou descartado. Segundo, infelizmente existe a possibilidade do pai aceitar pagar os R\$ 606,00 num primeiro momento e, num segundo momento, não conseguir mais, criando uma ruptura difícil de corrigir. Portanto, nos parece melhor que caso o atendimento vá ser o mínimo, a escola pague todo o valor e caso o atendimento



SILVA, CASTRO e
MELLO FRANCO
sociedade de advogados

seja além do mínimo, então a família pague todo o valor. Caso, apesar de nossa recomendação de que apenas serviços mínimos sejam prestados, a família vá pagar todo o valor, então há de se definir se o profissional será empregado da família ou empregado da escola. O tema é complexo. Em princípio pensamos que o melhor é ser empregado da família, ainda que trabalhando dentro da escola em favor da criança nos momentos em que esta está dentro da escola, mantidos os poderes da escola sobre o profissional, inclusive poderes de fiscalização sobre pagamentos de salários.

49 Para bem ou para mal, a Receita Federal considera que as despesas das famílias com as adaptações educacionais aos seus filhos deficientes só são dedutíveis do Imposto de Renda se os pagamentos são feitos para entidades especializadas em atendimento de deficientes. No entanto, ainda não há jurisprudência clara sobre o assunto, recomendando-se, então, que as famílias interessadas busquem a Justiça para garantir plenas deduções de tais tipos de despesas quando por elas arcadas.

49b. Por fim, ainda no tema de “custeio”, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação diz “*Art. 7º O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições: I - cumprimento das normas gerais da educação nacional e do respectivo sistema de ensino; II - autorização de funcionamento e avaliação de qualidade pelo Poder Público; III - CAPACIDADE DE AUTOFINANCIAMENTO, RESSALVADO O PREVISTO NO ART. 213 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL [FILANTRÓPICAS]*”. Isto deve entrar na equação de “razoabilidade” das adaptações a serem feitas em favor dos deficientes, ou seja, apenas o “mínimo”, não o “máximo” de serviços em favor do interessado.

49c Na linha do parágrafo acima, há juristas que argumentam que os custos de adaptação do deficiente não poderiam superar o correspondente valor de mensalidade escolar, até sob pena de “enriquecimento sem causa” e “escola estar pagando para trabalhar”. São teses razoáveis, mas ainda não amadurecidas. Como dito, muitas autoridades, de maneira superficial, entendem que não se deve ver o caso individual e sim a sua diluição dentre todos os demais consumidores do mesmo estabelecimento. Havendo casos assim, sugerimos análise individual para busca de solução jurídica.

50 Obrigações das famílias – As maiores obrigações diante das crianças deficientes não são das escolas e sim das respectivas famílias. Até aqui falamos das obrigações jurídicas no interior dos estabelecimentos de ensino, mas as famílias têm o dever legal de providenciarem tratamentos de saúde aos deficientes. Tais tratamentos frequentemente incluem próteses, fármacos e psiquiatras. Caso a família ainda não tenha providenciado diagnóstico médico, a escola pode fazer exigência. Caso o desempenho acadêmico esteja sendo aquém do possível por falta de acompanhamento de saúde fora da escola, esta última pode notificar os pais, inclusive alertando que o Conselho Tutelar poderá ser informado na hipótese de suspeita de negligência. Infelizmente há muitas famílias que resistem a considerar a própria existência de deficiências físicas ou mentais em seus filhos, o que só contribui para um desenvolvimento ainda mais comprometido.



SILVA, CASTRO e
MELLO FRANCO
sociedade de advogados

51 Justamente para que possam melhor exercer suas obrigações, as famílias possuem vários benefícios legais. Dentre estes, isenções de tributos em certas despesas com deficientes, quotas para deficientes em empregos públicos e privados, aposentadorias especiais para deficientes, salário mínimo mensal ao deficiente sem meios de subsistência, órgãos públicos especializados etc. Existem ainda inúmeras instituições privadas de assistência, especialmente de cunho religioso.

52 Fiscalização de autoridades – Há cada vez mais cobranças de autoridades para cumprimento de normas sobre deficientes físicos e/ou mentais. E, infelizmente, ainda há muita ignorância por parte do assunto, inclusive em razão das complexidades. Pensamos que o mais importante está em dois pontos. Primeiro, em caso de qualquer dúvida, não aceitar imposições (como abertura de informações sobre privacidade de estudantes) e sim, no mínimo, consultar previamente o Sinepe-DF. Segundo, sempre buscar, primeiro, a via do diálogo. Neste sentido, para as empresas com receita bruta anual inferior a R\$ 3.600.000,00, entendemos que aplica-se a Lei Complementar 123/2006 que diz:

“Art. 55. A fiscalização, no que se refere aos aspectos trabalhista, METROLÓGICO, sanitário, ambiental, de segurança e de uso e ocupação do solo das microempresas e empresas de pequeno porte deverá ter natureza prioritariamente orientadora, quando a atividade ou situação, por sua natureza, comportar grau de risco compatível com esse procedimento.

§ 1. Será observado o critério de dupla visita para lavratura de autos de infração, salvo quando for constatada infração por falta de registro de empregado ou anotação da Carteira de Trabalho e Previdência Social – CTPS, ou, ainda, na ocorrência de reincidência, fraude, resistência ou embaraço à fiscalização.

§ 2. (VETADO).

(...)

§ 4. O disposto neste artigo não se aplica ao processo administrativo fiscal relativo a tributos, que se dará na forma dos arts. 39 e 40 desta Lei Complementar.

§ 5. O disposto no § 1 aplica-se à lavratura de multa pelo descumprimento de obrigações acessórias relativas às matérias do caput, inclusive quando previsto seu cumprimento de forma unificada com matéria de outra natureza, exceto a trabalhista.

§ 6. A inobservância do critério de dupla visita implica nulidade do auto de infração lavrado sem cumprimento ao disposto neste artigo, independentemente da natureza principal ou acessória da obrigação.”

53 Considerações finais – Entendemos que este e outros assuntos educacionais devem ser tratados com o máximo de objetividade e transparência. Assim, devem ser afastadas ideologias, demagogias e melindres.

Para o que for preciso estamos sempre à disposição.



SILVA, CASTRO e
MELLO FRANCO
sociedade de advogados

Brasília, 29 de agosto de 2015.

Henrique de Mello Franco
OAB-DF 23.016

Valério A. Monteiro de Castro
OAB-DF 13.398

* Art. 3. *Para fins de aplicação desta Lei, consideram-se: I - acessibilidade: (...)*

II - desenho universal: (...)

III - tecnologia assistiva ou ajuda técnica: produtos, equipamentos, dispositivos, recursos, metodologias, estratégias, práticas e serviços que objetivem promover a funcionalidade, relacionada à atividade e à participação da pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida, visando à sua autonomia, independência, qualidade de vida e inclusão social;

IV - barreiras: qualquer entrave, (...), entre outros, classificadas em:

a) barreiras urbanísticas: (...);

b) barreiras arquitetônicas: as existentes nos edifícios públicos e privados;

(...)

d) barreiras nas comunicações e na informação: (...)

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;

(...)

VI - adaptações razoáveis: adaptações, modificações e ajustes necessários e adequados que não acarretem ônus desproporcional e indevido, quando requeridos em cada caso, a fim de assegurar que a pessoa com deficiência possa gozar ou exercer, em igualdade de condições e oportunidades com as demais pessoas, todos os direitos e liberdades fundamentais;

(...)

XII - atendente pessoal: pessoa, membro ou não da família, que, com ou sem remuneração, assiste ou presta cuidados básicos e essenciais à pessoa com deficiência no exercício de suas atividades diárias, excluídas as técnicas ou os procedimentos identificados com profissões legalmente estabelecidas;

XIII - profissional de apoio escolar: pessoa que exerce atividades de alimentação, higiene e locomoção do estudante com deficiência e atua em todas as atividades escolares nas quais se fizer necessária, em todos os níveis e modalidades de ensino, em instituições públicas e privadas, excluídas as técnicas ou os procedimentos identificados com profissões legalmente estabelecidas;

XIV - acompanhante: aquele que acompanha a pessoa com deficiência, podendo ou não desempenhar as funções de atendente pessoal.

(...)

Art. 4º Toda pessoa com deficiência tem direito à igualdade de oportunidades com as demais pessoas e não sofrerá nenhuma espécie de discriminação.

§ 1º Considera-se discriminação em razão da deficiência toda forma de distinção, restrição ou exclusão, por ação ou omissão, que tenha o propósito ou o efeito de prejudicar, impedir ou anular o reconhecimento ou o exercício dos direitos e das



SILVA, CASTRO e
MELLO FRANCO
sociedade de advogados

liberdades fundamentais de pessoa com deficiência, incluindo a recusa de adaptações razoáveis e de fornecimento de tecnologias assistivas.

(...)

Art. 9º A pessoa com deficiência tem direito a receber atendimento prioritário, sobretudo com a finalidade de: (...) II - atendimento em todas as instituições e serviços de atendimento ao público;

(...)

Art. 27. A educação constitui direito da pessoa com deficiência, assegurados sistema educacional inclusivo em todos os níveis e aprendizado ao longo de toda a vida, de forma a alcançar o máximo desenvolvimento possível de seus talentos e habilidades físicas, sensoriais, intelectuais e sociais, segundo suas características, interesses e necessidades de aprendizagem.

(...)

Art. 28. Incumbe ao poder público assegurar, criar, desenvolver, implementar, incentivar, acompanhar e avaliar [de acordo com §1 deste mesmo art. 28, os incisos I, II, III, V, VII, VIII, IX, X, XI, XII, XIII, XIV, XV, XVI, XVII e XVIII abaixo também se aplicam às instituições particulares]:

(...)

III - projeto pedagógico que institucionalize o atendimento educacional especializado, assim como os demais serviços e adaptações razoáveis, para atender às características dos estudantes com deficiência e garantir o seu pleno acesso ao currículo em condições de igualdade, promovendo a conquista e o exercício de sua autonomia;

IV - oferta de educação bilíngue, em Libras como primeira língua e na modalidade escrita da língua portuguesa como segunda língua, em escolas e classes bilíngues e em escolas inclusivas; [de acordo com §1 deste mesmo art. 28, o presente inciso IV não se aplica às instituições particulares]

V - adoção de medidas individualizadas e coletivas em ambientes que maximizem o desenvolvimento acadêmico e social dos estudantes com deficiência, favorecendo o acesso, a permanência, a participação e a aprendizagem em instituições de ensino;

VI - pesquisas voltadas para o desenvolvimento de novos métodos e técnicas pedagógicas, de materiais didáticos, de equipamentos e de recursos de tecnologia assistiva; [de acordo com §1 deste mesmo art. 28, o presente inciso VI não se aplica às instituições particulares]

VII - planejamento de estudo de caso, de elaboração de plano de atendimento educacional especializado, de organização de recursos e serviços de acessibilidade e de disponibilização e usabilidade pedagógica de recursos de tecnologia assistiva;

VIII - participação dos estudantes com deficiência e de suas famílias nas diversas instâncias de atuação da comunidade escolar;

IX - adoção de medidas de apoio que favoreçam o desenvolvimento dos aspectos linguísticos, culturais, vocacionais e profissionais, levando-se em conta o talento, a criatividade, as habilidades e os interesses do estudante com deficiência;

X - adoção de práticas pedagógicas inclusivas pelos programas de formação inicial e continuada de professores e oferta de formação continuada para o atendimento educacional especializado;



SILVA, CASTRO e
MELLO FRANCO
sociedade de advogados

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;

XII - oferta de ensino da Libras, do Sistema Braille e de uso de recursos de tecnologia assistiva, de forma a ampliar habilidades funcionais dos estudantes, promovendo sua autonomia e participação;

(...)

XVII - oferta de profissionais de apoio escolar;

(...)

§ 1º Às instituições privadas, de qualquer nível e modalidade de ensino, aplica-se obrigatoriamente o disposto nos incisos I, II, III, V, VII, VIII, IX, X, XI, XII, XIII, XIV, XV, XVI, XVII e XVIII do caput deste artigo, sendo vedada a cobrança de valores adicionais de qualquer natureza em suas mensalidades, anuidades e matrículas no cumprimento dessas determinações.

(...)

Art. 98. A Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, passa a vigorar com as seguintes alterações:

(...)

~~Art. 8º Constitui crime punível com reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa: I – recusar, suspender, procrastinar, cancelar ou fazer cessar, sem justa causa, a inscrição de aluno em estabelecimento de ensino de qualquer curso ou grau, público ou privado, por motivos derivados da deficiência que porta; (...) III – negar, sem justa causa, a alguém, por motivos derivados de sua deficiência, emprego ou trabalho;~~

Art. 8 - Constitui crime punível com reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos e multa: [nova redação do art. 8 de acordo com a lei 13.146 de 07/07/2015, Estatuto da Pessoa com Deficiência, com vigência a partir de 06/01/2016]

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;

(...)

III - negar ou obstar emprego, trabalho ou promoção à pessoa em razão de sua deficiência;

(...)

V - deixar de cumprir, retardar ou frustrar execução de ordem judicial expedida na ação civil a que alude esta Lei;”