

O DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO INCLUSIVA E A RETENÇÃO VOLUNTÁRIA
DAS CRIANÇAS COM DEFICIÊNCIA INTELECTUAL NA EDUCAÇÃO INFANTIL POR
UM ANO ADICIONAL

*THE FUNDAMENTAL RIGHT TO AN INCLUSIVE EDUCATION AND THE WILLFUL
“RETENTION” OF CHILDREN WITH INTELLECTUAL DISABILITIES IN EARLY
CHILDHOOD EDUCATION FOR AN EXTRA YEAR*

Paulo Ricardo Schier;¹

Ricardo dos Reis Pereira.²

Resumo: O artigo sustenta que o Direito Fundamental à Educação Inclusiva garante às crianças com deficiência intelectual o direito de permanecerem por um ano adicional no Ensino Infantil, sempre que isso for necessário para o atingimento de um nível adequado de desenvolvimento cognitivo e social, antes da ascensão ao ambiente escolar do Ensino Fundamental. Sob o marco teórico das teorias externas dos limites aos direitos fundamentais, será demonstrado que a regra etária prevista na Lei de Diretrizes e Bases da Educação – LDB é desproporcional e não apresenta justificção constitucional concreta que a torne apta a restringir o exercício desse direito. Em conclusão, será apontado que essa regra da LDB está sujeita a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, com interpretação conforme à Constituição para excetuar as crianças com deficiência do seu âmbito de aplicação.

Palavras-chave: Educação infantil. Pessoas com deficiência. Direitos fundamentais. Limites.

Abstract: This paper states that the Fundamental Right to an Inclusive Education entitles children with intellectual disabilities to stay one more year at Pre-School, whenever necessary to the achievement of an adequate level of cognitive and social development before the ascent to Regular School. Working within the boundaries of the external theory of fundamental rights limitation, the text will argue that the age rule prescribed at the LDB (Brazilian Statute of Education Parameters and Guidelines) is disproportional and has no

¹ Mestre e doutor em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Paraná e Pós-doutorando pela Universidade de Coimbra.02.Professor e Pesquisador do Mestrado em Direito Constitucional da UniBrasil.03.Professor de Direito Constitucional da UniBrasil, do Instituto de Pós-Graduação em Direito Romeu Felipe Bacellar e da Academia Brasileira de Direito Constitucional.04.Pesquisador do NUPECONST – Núcleo de Pesquisas em Direito Constitucional, vinculado ao Diretório de Pesquisa do Conselho Nacional de Pesquisas – CNPq.

² Mestre em Direitos Fundamentais e Democracia. Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário Autônomo do Brasil - PPGD/UNIBRASIL. Bolsista PROSUP/CAPES.

Artigo recebido em 15/06/2020 e aprovado para publicação em 30/04/2021.

constitutional justification. In conclusion, it will be stated that this age rule of the LDB (which forbids the enforcement of the “one-more-year” right) ought to be submitted to a proclamation of unconstitutionality without annulment declaration, to give it an adequate interpretation which exempts children with intellectual disabilities from its scope of enforcement.

Keywords: Early childhood education. Person with disabilities. Limits of fundamental rights.

1 INTRODUÇÃO

O artigo pretende demonstrar que o direito fundamental à educação, aí incluído de modo adstrito o direito à educação inclusiva, garante às crianças com deficiência intelectual a proteção de uma posição jurídica que não aparece formulada expressamente em qualquer dispositivo da Constituição e tampouco na legislação infraconstitucional: o direito de permanecerem por um ano adicional na Educação Infantil (“pré-escola”) – mediante retenção voluntária -, sempre que isso se mostre recomendável para que adquiram um nível mais adequado de maturidade cognitiva e social antes da ascensão ao ambiente escolar do Ensino Fundamental.

Em verdade, pode-se até dizer que existem regras expressas na legislação que apresentam importantes obstáculos jurídicos a esse alegado direito, no sentido de que prescrevem comandos deontológicos contrários. É o caso dos artigos 29 e 30, inciso II, da Lei de Diretrizes e Bases da Educação – LDB, por exemplo, que estabelecem a idade exata das crianças sujeitas à Educação Infantil (até os cinco anos de idade).

Mas essa objeção inicial de que o direito postulado não apresenta previsão expressa na legislação, ou mesmo de que a legislação infraconstitucional lhe traz potenciais embaraços, não deve significar um obstáculo definitivo à sua fruição pelos titulares no plano da realidade. Ao contrário, exatamente por exigir uma construção prévia por via argumentativa é que o direito em questão acabará sendo reclamado com ainda mais vigor, porquanto submetido a uma régua mais qualificada de justificação constitucional.

Essa aparente contradição é uma das complexidades que marcam o Direito contemporâneo e, antes de ingressar no cerne do trabalho, parece importante fazer algumas considerações a respeito dos profundos desenvolvimentos da filosofia do direito, que trilhou o caminho do positivismo jurídico ao *neoconstitucionalismo* (BARROSO, 2005). Afinal, foi nessa esteira que se constituiu todo o regime jurídico dos direitos fundamentais e, em última

análise, é baseado nesses pressupostos teóricos que o constitucionalismo hoje se apresenta nas democracias liberais.

Destarte, o problema objeto do estudo reside no fato de que, apesar da existência de regra infraconstitucional expressa que veda a prática, é comum que crianças com deficiência intelectual necessitem de retenção na fase da Educação Infantil para que possam se desenvolver melhor e lograr alcançar maior desenvolvimento mental e social. O estudo propõe que referida regra é eivada de inconstitucionalidade concreta, especificamente quando aplicada às crianças com deficiência, tendo em vista a necessidade de tratamento adequado e diferenciado que decorre de normas internacionais recepcionadas com hierarquia constitucional, justificando a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade mediante atribuição de interpretação conforme à constituição.

O método combinou levantamento e análise de bibliografia específica, de normas nacionais e internacionais aplicáveis ao caso e, ainda, o estudo de casos onde este problema se revelou concretamente.

2 CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICO-FILOSÓFICA DO MARCO TEÓRICO

No Século XX o direito constitucional passou por um processo histórico que levou ao drástico incremento de sua força normativa (BARROSO, 2005). As constituições forjadas sob os positivismo jurídicos, que antes se limitavam a tratar apenas das minúcias da formação política do Estado (distribuição de competências, basicamente), passaram a ser paulatinamente substituídas por constituições mais substantivas, que se tornavam verdadeiras normas jurídicas e declaravam vastos catálogos de direitos subjetivos, muitas vezes conformados sob a formatação singular de *direitos fundamentais* (SCHIER, 2009).

Esse momento histórico não teve geração espontânea, obviamente, mas se deveu antes à superação das fundações filosóficas do sistema jurídico positivista anterior, cuja falência se comprovara por ocasião das Grandes Guerras. Pretendeu-se, em resumo, submeter todo o campo de normatividade do Direito a uma “pretensão de correção” (ALEXY, 2011), *i.e.*, a uma nova e mais qualificada justificação moral, exatamente para evitar aquele estado de indignidade observado no “Século de Sangue” (HECHT; SERVENT, 2015).

É de todo óbvio que nos positivismos já havia certa pretensão de correção das decisões jurídicas, mas essa correção então se ligava às estruturas internas e herméticas do Direito em

si. Correta era a decisão que atendia ao rigorismo lógico-formal do próprio sistema jurídico, ainda que os resultados encerrassem injustiças materiais evidentes³. Havia, em outras palavras, uma justificação endógena do direito, pois o sistema se descolava deliberadamente da moral para oferecer ao mesmo tempo os fundamentos e a legitimação para as suas próprias bases.

No direito pós-positivista⁴, porém, essa pretensão de correção adquiriu uma ambição axiológica muito mais significativa, pois passou a acessar não apenas a justificação interna (e lógica) das decisões jurídicas, mas a iluminar seus conteúdos substanciais com luzes externas irradiadas desde o campo da moral. Sob esse novo Direito, não basta mais que as decisões atendam ao rigor jurídico, elas devem ser justas (morais) para serem consideradas corretas. Passa a haver, então, uma conexão *conceitual* entre Direito e Moral (APALATEGUI, 2005, p. 135).

Exatamente por essa razão, de documento fundamental meramente político, a Constituição consubstancia-se em norte ético para a sociedade (SCHIER, 2005), e reclama o desenvolvimento de uma nova teoria do Direito que trará as mais profundas implicações para a dogmática constitucional.

A doutrina aponta que, dentre as principais características do direito constitucional pós-positivista, destacam-se especialmente duas: a normatividade dos princípios e o reconhecimento da diferenciação qualitativa-estrutural dessas normas em face das regras (SCHIER, 2017). Mas antes de serem meras características do direito pós-positivista, essas parecem ser verdadeiras *consequências* desses desenvolvimentos teóricos.

É que para habilitar o Direito ao atendimento das elevadas novas pretensões axiológicas, a própria linguagem normativa do positivismo jurídico – um sistema baseado na prescrição de regras - precisou ser revista.

Ora, um sistema de regras, com seus comandos normativos exaurientes, operáveis na lógica do “tudo ou nada” (DWORKIN, 1978), seria certamente incapaz de inserir

³ “A inexistência de alguma abertura axiológica na aplicação da norma fez com que normas absolutamente injustas fossem aplicadas pelos juízes sem a possibilidade de sua correção, como as já citadas leis de Nuremberg, ou na Itália as leis fascistas, ou no Brasil os Atos Institucionais pós-64” (FERNANDES; BICALHO, 2011, p. 109).

⁴ Sabe-se que as expressões “pós-positivismo” e “neoconstitucionalismo” são problemáticas. Utiliza-se ambas, no presente trabalho, para expressar a imensa vertente do constitucionalismo posterior à Segunda Guerra Mundial que busca, por diferentes caminhos, superar algumas limitações do positivismo jurídico, reconhecendo força normativa integral à Constituição e aos seus princípios, vindo a exigir parâmetros de aplicação do Direito que impliquem em superação do exclusivo modelo subsuntivo e reconhecendo a existência de uma distinção entre texto normativo e norma.

satisfatoriamente os valores morais da comunidade ao campo da normatividade jurídica. Esses valores, que são muito fluidos, complexos e amplos – verdadeiramente metafísicos –, e muitas vezes até contraditórios entre si, exigiram, assim, uma nova linguagem normativa que lhes servisse de vetor deontológico também adequado, que lhes espelhasse a mesma fluidez, amplitude e complexidade. Essa nova linguagem se expressa através dos princípios e do reconhecimento de sua normatividade plena.

Os princípios são mais aptos à elevada incumbência de normatizar adequadamente valores morais porque, não tendo conteúdos precisos e pré-definidos, apresentam uma estrutura que permite uma “moldagem” deontológica que os realizará na prática constitucional “na maior medida possível”, *i.e.*, como verdadeiros “mandados de otimização” (ALEXY, 2008, p. 90). Não é por outra razão que os direitos fundamentais hoje comumente se inscrevem nos ordenamentos jurídicos sob a estrutura de princípios (“liberdade de expressão”, “direito à educação” etc.), pois se pretende que sejam realizados no limite ótimo.

Mas se os princípios são categorias normativas que encampam valores morais através de vetores deontológicos muito amplos e não exaurientes, como então saber quais atos e fatos estão ou não sob o escopo de proteção desses direitos (leia-se: como conhecer o seu “âmbito de proteção” (SARLET, 2012, p. 362) ou o seu “suporte fático” (SILVA, 2009, p. 70) A antiga operação positivista de subsunção dos fatos à norma certamente não parece mais ser satisfatória para todos os casos, afinal a premissa-maior do silogismo agora apresenta um sem-número de possibilidades deontológicas. Ou seja, boa parte do problema deixa de estar vinculado com debates sobre a correção normativa das respostas jurídicas e se transfere para o campo da correção factual (SIECKMANN, 2006, p. 47).

Basicamente, no nível filosófico mais elementar, saber o que está ou não contido sob a proteção normativa de um direito fundamental significa perguntar quais são os seus *limites*⁵. A teoria oferece basicamente duas grandes respostas ao problema.

A primeira resposta vem na forma das chamadas teorias internas (SILVA, 2009, p. 128), que trabalham com a ideia de “limites imanentes” dos direitos fundamentais, isto é, limites que nascem junto com a própria concepção do direito fundamental. O raciocínio é que o conteúdo de um direito fundamental – o que está ou não tutelado sob a sua égide normativa – exige uma prévia formulação deontológica, que seja clara, precisa e específica

⁵ A necessidade de alguma atividade de limitação dos direitos fundamentais é, na verdade, uma imposição lógica dentro da teoria dos princípios, como bem demonstrado por SCHIER (2007, p. 65).

(leia-se: o direito fundamental deve ter a estrutura de regras (SILVA, 2009, p. 129). Assim, ao definir *a priori* o que é o direito fundamental (qual seu âmbito de proteção), logicamente define-se também o que não é o direito fundamental (o que está fora de seu âmbito de proteção). Daí falar-se em teoria “interna” (ZANON JUNIOR, 2012, p. 5), pois os limites serão intrínsecos à definição do que venha a ser o próprio direito fundamental em questão (STRAPASSON; INOMATA, 2017, p. 99).

Já as teorias externas (SILVA, 2009, p. 138) trabalham com conceitos profundamente diferentes. Não há uma preocupação em definir previamente o que está e o que não está inserido no âmbito de normatividade de um determinado direito fundamental. Admite-se, *prima facie*, que todo e qualquer ato ou fato que tenha a mais mínima pertinência axiológica com o bem jurídico fundamental estará acobertado pelo direito em questão - diz-se, pois, que os direitos fundamentais têm um “suporte fático amplo” sob as teorias externas (STRAPASSON, INOMATA, 2017, p. 103). E se virtualmente todo e qualquer ato ou fato estará *a priori* sob a égide deste direito fundamental, então se tem que seus limites necessariamente virão de fora, serão externos – daí teoria “externa”.

Essa diferenciação não é mera tecnicidade, mas apresenta profundas consequências práticas (SILVA, 2009, p. 138). Se na teoria externa qualquer conduta minimamente relacionada ao bem jurídico tutelado estará *prima facie* abrangida sob a proteção do direito fundamental em questão, então a limitação que vem “de fora” se apresentará sempre na verificação *prática* e *a posteriori* do direito fundamental, através da análise dos condicionantes fáticos e jurídicos aplicáveis ao caso concreto e a ele oponíveis. Sob essa perspectiva da teoria externa, portanto, são esses condicionantes externos que limitam (o exercício de) um direito fundamental (ZANON JUNIOR, 2012, p. 7)!

Entenda-se, adicionalmente, que essa análise prática dos condicionantes oponíveis a um direito fundamental se realiza por meio da argumentação jurídica (SÁNCHEZ, 2009, p. 602), cujos instrumentais teóricos – sopesamento e regra da proporcionalidade, por exemplo - oferecem uma tal racionalidade ao sistema (GORZONI, 2018, p. 49) que, ao final, se terá também uma espécie de antídoto para o (justificado) receio do decisionismo e do subjetivismo jurídicos (SCHIER, 2017), que são “efeitos colaterais” da pretensão de correção moral do Direito.

Sob a teoria externa, se ao final da empreitada argumentativa a postulação de uma dada posição jurídico-subjetiva resiste aos condicionantes de fato e de direito apresentados –

e se as restrições estatais sucumbem aos testes da regra de proporcionalidade (SILVA, 2009, p. 167) –, então essa posição específica estará sim acobertada pelo direito fundamental em questão. Mas note-se (e essa anotação é relevante na teoria externa): acaso a posição não resista a essa análise argumentativa, o conteúdo *prima facie* do direito fundamental em nada terá sido atingido, mas terá havido apenas uma restrição ao seu exercício!

É nesse contexto histórico-jurídico do neoconstitucionalismo e firmado sobre o marco teórico da teoria externa dos limites aos direitos fundamentais, que tem a mais estrita ligação com a teoria dos princípios (ALEXY, 2008, cap. 3), que o artigo demonstrará que o direito fundamental à educação inclusiva oferece às crianças com deficiência intelectual a possibilidade de permanência por um ano adicional no Ensino Infantil, para que acessem o ambiente do Ensino Fundamental com melhores condições de desenvolvimento cognitivo e social. Trata-se, tal direito fundamental, daquilo que ALEXY (2008, p. 74) designa como direito fundamental atribuído (ou adstrito), uma norma não escrita expressamente mas extraída como decorrência da leitura sistemática de vários textos, o que é natural quando se reconhece, na teoria dos princípios, a não correspondência biunívoca entre texto e norma (CANOTILHO, 1991).

3 ANOTAÇÕES CONCEITUAIS E METODOLÓGICAS PRELIMINARES

Em nome da clareza conceitual e metodológica, antes de ingressar na fundamentação jurídica do trabalho propriamente dita, é necessário desenvolver melhor algumas ideias que serão apresentadas para que o leitor tenha exata compreensão das categorias analíticas do quanto se argumenta.

Em primeiro lugar, importa dizer que o problema concreto que inspirou a realização deste trabalho foi uma discussão ocorrida em 2018 no âmbito do Poder Legislativo do Município de Curitiba/PR, quando algumas famílias de crianças com deficiência intelectual (transtorno do espectro autista e síndrome de Down, basicamente) procuraram seus representantes no parlamento para tentar aprovar uma legislação⁶ que garantisse a seus filhos

⁶ Projeto de Lei Ordinária nº 005.00029.2018. Disponível em: https://www.cmc.pr.gov.br/wspl/sistema/ProposicaoDetalhesForm.do?select_action=&pro_id=351404. Acesso em 05/03/2019.

o direito de permanecerem por mais um ano na Educação Infantil antes de ascenderem com todas as outras crianças para o Ensino Fundamental.

A alegação dessas famílias invocava que as crianças com deficiência intelectual por vezes atingem o grau adequado de maturidade cognitiva e social⁷ para o ingresso no Ensino Fundamental numa idade biológica mais avançada em relação às crianças neurotípicas. Ou seja, segundo essas famílias, muitas vezes essas crianças não estão prontas para ingressarem no ambiente escolar do Ensino Fundamental aos cinco anos de idade⁸.

Dessas observações, é importante que fiquem claras duas ideias centrais defendidas neste trabalho: *i*) a permanência por um ano adicional no Ensino Infantil somente haveria de ser realizada quando fosse *necessária* para o bom desenvolvimento da criança (as crianças com deficiência intelectual que porventura estivessem desenvolvidas num nível adequado, ascenderiam normalmente ao Ensino Fundamental); *ii*) essa permanência/retenção seria uma *opção* – uma faculdade - a ser exercida por essas famílias, mediante referendo técnico de especialistas da área da saúde (o atestado médico seria um requisito formal para a fruição da posição jurídico-subjetiva aqui teorizada).

Logo, o artigo não está defendendo que *todas* as crianças com deficiência intelectual devam acessar o Ensino Fundamental com um ano de atraso, nem tampouco que essa deveria ser uma política pública coercitiva, a ser *imposta* a todas as crianças que aparentemente precisassem. Por ser uma questão ainda relativamente controversa na literatura médico-pedagógica⁹, deveria haver uma *possibilidade de escolha*¹⁰ pelos pais, que poderiam ou não exercê-la de acordo com a orientação dos profissionais de saúde de sua confiança.

⁷ Aqui se resumem os potenciais déficits das crianças com deficiência intelectual sob a designação “cognitivo e social”, mas, em verdade, deve-se compreender essa ideia sob a perspectiva mais ampla possível, pois essas crianças podem apresentar dificuldades em incontáveis outros aspectos, como fisiológicos (não controlar a evacuação, por exemplo), sensoriais (não saber lidar com situações de estresse auditivo, por exemplo), físicos (não ter adequada coordenação motora, por exemplo) etc.

⁸ Vejam-se as entrevistas de algumas mães concedidas à imprensa local, detalhando as dificuldades de seus filhos. Disponível em: <https://g1.globo.com/pr/parana/noticia/quatro-criancas-com-sindrome-de-down-sao-barradas-de-cmeis-de-curitiba.ghtml>. Acesso em 05/03/2019.

⁹ A ciência que defende que a permanência pode trazer bons resultados à criança com deficiência intelectual, baseia-se fundamentalmente nos conceitos de “*janelas de oportunidades*” (BONI; WELTER, p. 5), plasticidade cerebral nos processos cognitivos (SILVA; KLEINHANS, 2006) e maximização do potencial de aprendizagem (JENSEN, 2011).

¹⁰ Daí a opção pelo uso do vocábulo “permanência” neste trabalho, ao invés de “retenção”, pois “permanência” dá a ideia de que a criança ficará na Educação Infantil porque foi feita uma escolha, em oposição à ideia de “retenção”, que parece informar algo que lhe foi imposto por uma autoridade qualquer – um burocrata do sistema educacional, por exemplo.

Nesse aspecto absolutamente central – a conveniência da permanência escolar como uma medida de inclusão da criança com deficiência –, os dois lados do debate parecem ter sido perfeitamente reproduzidos por ocasião de um elevado confronto de ideias promovido na mídia local de Curitiba/PR, quando a Secretária Municipal de Educação, Prof. Dra. Maria Silva Bacila, defendeu em artigo de opinião¹¹ que a permanência das crianças com deficiência na Educação Infantil representaria uma medida contrária à inclusão efetiva; enquanto que a Prof. Msc. Maria de Fatima Minetto¹², do Departamento de Educação da Universidade Federal do Paraná, defendeu a importância da medida para o melhor desenvolvimento das crianças. Justamente por haver esse aparente dissenso na literatura especializada, é que o presente artigo trabalha com a ideia de uma “opção” de permanência.

É também importante dizer que este trabalho não sustenta o direito de “permanência” ou “retenção” (leia-se: direito de repetir uma série ou ciclo) de alunos com deficiência intelectual em qualquer momento da vida escolar. Embora as razões aqui desenvolvidas possam dar azo a considerações idênticas para crianças que estejam em qualquer outra etapa do Ensino Fundamental ou Médio, o marco temporal utilizado nesta ocasião – cinco anos de idade, ascensão do Ensino Fundamental - é propositalmente ilustrativo e significativo.

É que a idade de cinco anos e a passagem do Ensino Infantil ao Ensino Fundamental representam um verdadeiro marco na vida escolar da criança. A partir da primeira série do Ensino Fundamental, não só o ambiente físico e social se modificará (haverá mais crianças nas salas de aula, as salas e escolas serão maiores, os professores lecionarão para um público mais heterogêneo etc.), como também haverá alterações curriculares (inicia-se a alfabetização e a ministração de aulas que podem exigir habilidades específicas).

Por essa razão é que o recorte metodológico do artigo é propositalmente direcionado às crianças com deficiência intelectual que tenham cinco anos de idade e que estejam às vésperas da ascensão ao Ensino Fundamental. Acredita-se que nesse exato momento haverá uma importante “janela de oportunidade” (BONI; WELTER, p. 5) singular para o desenvolvimento cognitivo da criança.

¹¹ Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/opiniaio/artigos/um-tempinho-a-mais-63s7ppxxvy96z1s35xx233r3g/>. Acesso em 05/03/2019.

¹² Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/opiniaio/artigos/educacao-com-igualdade-ou-equidade-de-direitos-4029t0itx46aimhhl2jqafrgu/>. Acesso em 05/03/2019.

Bem apresentados os pressupostos do trabalho, passa-se à investigação dos condicionantes fáticos e jurídicos que, acredita-se, não poderão restringir o exercício do direito fundamental à educação inclusiva tal como perseguido.

4 CONSTRUÇÃO ARGUMENTATIVA DO DIREITO FUNDAMENTAL

Sob o marco teórico da teoria externa, a pedra angular desta empreitada será afirmar que a “*permanência das crianças com deficiência intelectual por um ano adicional no Ensino Infantil, para que adquiram uma maturidade mais adequada para a ascensão ao ambiente Escolar do Ensino Fundamental*”, é uma posição jurídico-subjetiva que *prima facie* está resguardada sob o âmbito de proteção do Direito Fundamental à Educação Inclusiva.

A questão seguinte será investigar se, *na prática*, essa posição resiste aos condicionantes fáticos e jurídicos a ela opostos, e se as restrições estatais que eventualmente lhe prejudiquem o exercício têm justificação constitucional segundo a regra da proporcionalidade.

4.1 DOS CONDICIONANTES JURÍDICOS

Num primeiro momento, pensar nos condicionantes jurídicos que eventualmente possam restringir o exercício pretendido de um direito fundamental significa perquirir como o direito positivado trata a matéria, para então depois verificar se as eventuais restrições encontradas são constitucionalmente aceitáveis.

Conforme o magistério de SARLET (2012), há basicamente três possibilidades de restrição legítima¹³ a direitos fundamentais: *i*) por meio de determinação constitucional expressa; *ii*) por meio da legislação infraconstitucional que tenha fundamento material na Constituição, ou; *iii*) por meio da colisão do direito fundamental com outros direitos fundamentais ou bens jurídico-constitucionais que lhe apresentem uma relação material de ascendência axiológica. Essas três possibilidades serão verificadas a seguir.

Primeiramente, verificar-se-á se a legislação infraconstitucional apresenta alguma restrição que atinja a posição jurídica que *prima facie* estaria contida no âmbito de proteção

¹³ Restrições ilícitas, por exemplo, fogem à descrição dessas possibilidades.

do direito fundamental (item “ii” acima). Isto é, verificar-se-á se existe alguma lei que impeça as crianças com deficiência intelectual de permanecerem por um ano adicional no Ensino Fundamental, aos seis anos de idade.

Essa restrição em tese certamente se verifica nas regras contidas na Lei de Diretrizes e Bases da Educação – LDB (Lei Federal nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996), que dispõem expressamente que a Educação Infantil vai até os cinco anos de idade da criança e que o Ensino Fundamental se inicia aos seis anos de idade:

Art. 29. A educação infantil, primeira etapa da educação básica, tem como finalidade o desenvolvimento integral da criança de até 5 (cinco) anos, em seus aspectos físico, psicológico, intelectual e social, complementando a ação da família e da comunidade.

Art. 32. O ensino fundamental obrigatório, com duração de 9 (nove) anos, gratuito na escola pública, iniciando-se aos 6 (seis) anos de idade, terá por objetivo a formação básica do cidadão, mediante: (BRASIL, 1996)

De fato, a regra dos dispositivos é categórica em seu comando normativo, sem que seja feita nenhuma ressalva para crianças com deficiência intelectual. Não por outro motivo, sob uma perspectiva de atendimento ao princípio da legalidade, essa tem sido a fundamentação das medidas restritivas materiais praticadas pelo Estado, contra a permanência na Educação Infantil tal como aqui pretendida.

Um exemplo ilustrativo disso é a Nota à Imprensa divulgada pela Secretaria de Educação do Município de Curitiba/PR que, em célebre caso judicial local envolvendo a possibilidade de permanência de crianças com deficiência intelectual e seis anos de idade na Educação Infantil, afirmou que não poderia atender o pleito das famílias porque tinha a obrigação de cumprir a disposição expressa da Lei de Diretrizes e Bases da Educação. Nestes termos:

“O entendimento da Secretaria Municipal da Educação (SME) é de que a Lei de Diretrizes e Bases da Educação, a LDB, precisa ser respeitada. O Artigo 32 estabelece que “O ensino fundamental obrigatório, com duração de 9 (nove) anos, gratuito na escola pública, iniciando-se aos 6 (seis) anos de idade, terá por objetivo a formação básica do cidadão. (Redação dada pela Lei nº 11.274/2006). (...)”¹⁴

¹⁴ Disponível em: <https://g1.globo.com/pr/parana/noticia/quatro-criancas-com-sindrome-de-down-sao-barradas-de-cmeis-de-curitiba.ghtml>. Acesso em 05/03/2019.

De igual maneira, no Município de Cambé/PR, o Poder Executivo local também proibiu a permanência de crianças com deficiência intelectual no Ensino Infantil porque “todas as crianças deveriam ingressar no ensino fundamental ao completar seis anos”¹⁵.

É bom que se afirme que em ambos os casos o Poder Judiciário veio posteriormente ao socorro das famílias, concedendo tutelas de urgência que permitiram a permanência das crianças no Ensino Infantil¹⁶. Todavia, o fato aqui relevante é que, como dito, a restrição oferecida pela norma infraconstitucional da LDB é o que hoje impede no plano legal a fruição da posição jurídico-subjetiva de direito fundamental defendida.

A questão é verificar se essa restrição da LDB tem fundamentação constitucional¹⁷, afinal, restrições a direitos fundamentais operadas pelo legislador infraconstitucional movem-se pela via da autorização constitucional implícita, e deitam seu fundamento sobre a necessidade de harmonização de conflitos mantidos entre princípios constitucionais (NOVAIS, 2006, p. 50). Enquanto produto de um sopesamento de bens constitucionais conflitantes que é realizado pelo legislador ordinário, não podem, contudo, tais medidas restritivas, por força do manto protetivo sob o qual o Constituinte resguardou os direitos fundamentais, afetar as posições por esses direitos acobertadas, senão na hipótese de serem, direta ou indiretamente, justificadas constitucionalmente (NOVAIS, 2003, p. 289)

In casu, tem-se que a norma restritiva da LDB não pode ser casuística (MENDES, 2007, P. 73) e só será legítima se – e somente se – apresentar uma justificação material que signifique a devida harmonização de outros princípios ou valores constitucionais aplicáveis ao caso (MENDES, 2007, p.79). Não se admite, assim, que a LDB “restringa por restringir”, sendo necessário sustentar a efetivação de algum outro bem constitucional de igual ou maior valor axiológico.

E para verificar se há algum outro valor constitucional que esteja a exigir proteção por meio da regra infraconstitucional restritiva, é necessário buscar na própria Constituição

¹⁵ <https://www.bonde.com.br/blogs/liminar-garante-vaga-a-crianca-com-deficiencia-na-educacao-infantil-398919.html>

¹⁶ Não é possível fazer a adequada citação dos precedentes judiciais porque os processos tramitam sob sigilo de justiça (artigo 189, III, Código de Processo Civil), mas a mídia reverberou essas decisões, vide: <https://d.odiario.com/parana/392603/liminar-garante-vaga-a-crianca-com-sindrome-de-down-na-educacao-infantil-em-cambe> e <https://paranaportal.uol.com.br/cidades/curitiba-rmc-litoral/538-sindrome-down-creches/>. Ambos os acessos em 05/03/2019.

¹⁷ Em verdade, seria também adequado enfrentar o problema deste artigo no nível infraconstitucional, mediante a afirmação de que o Estatuto da Pessoa Com Deficiência é regra mais específica e posterior, e que cobraria aplicação contra a LDB. Porém, para possibilitar uma argumentação em nível constitucional, que fundamente o Direito Fundamental aqui postulado com a maior força normativa possível, não se realiza essa análise no trabalho.

alguma fundamentação que lhe sustente, exatamente para verificar se essa limitação é ou não fortuita. É que embora não haja uma tabela axiológica inscrita expressamente na Constituição (MÜLLER, 2005, p. 18), como se sabe desde *Luth*¹⁸, é nela que se capta a ordenação dos vetores valorativos que informarão a argumentação prática do Direito.

Inicialmente, no âmbito de normatividade constitucional, vê-se que a Constituição Federal trata primeiramente da competência material comum de todos os entes da Federação para “*cuidar da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência*” (art. 23, II), e prevê a competência legislativa concorrente da União, Estados e Distrito Federal para tratar da “*proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência*” (art. 24, XIV). São normas gerais de repartição de competências materiais e legislativas que não lançam qualquer luz axiológica sobre a questão de sopesamento constitucional.

Mais adiante, porém, a Constituição Federal dispõe o seguinte:

Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:
I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola.

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:
III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;
IV - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade. (BRASIL, 1988)

É necessário verificar de plano se a norma contida no artigo 208, inciso IV (o dever do Estado será efetivado mediante a garantia de educação infantil, em pré-escola, às crianças “*até cinco anos de idade*”), representa ou não uma vedação constitucional expressa à posição jurídica aqui pretendida, conforme o item “i” da classificação de SARLET, já mencionada.

Entende-se, porém, que apenas a mais obtusa das interpretações poderia compreender essa previsão constitucional como uma *regra de proibição* à permanência de crianças com idade superior a cinco anos na Educação Infantil. A norma do dispositivo certamente implica apenas no reconhecimento de que *todas as crianças até os cinco anos de idade têm direito* à educação infantil em creches ou pré-escolas.

A toda evidência, o legislador constituinte firmou ali uma mera norma *regulamentadora*¹⁹ de direito fundamental, que muito longe de fixar proibições definitivas à

¹⁸ BVerfGE 7, 198-230.

¹⁹ Sobre as normas regulamentadoras de direito fundamental: (...) nem toda a disciplina normativa dos direitos fundamentais pode ser caracterizada como constituindo uma limitação. Muitas vezes as normas legais se limitam a detalhar tais direitos a fim de possibilitar o seu exercício, situações que correspondem aos termos

matrícula de crianças com seis anos de idade na pré-escola, limitou-se a declinar *como* deveria ser realizado, na regra geral, o direito fundamental à educação para essa população. O funtor deôntico se direciona para o Estado, criando um dever de atuação, no caso, o de garantir o acesso.

Essa interpretação toma ares de obviedade jurídica a partir da leitura do *caput* do artigo 208, que afirma se tratar ali das “garantias” dos educandos. Ora, as garantias constitucionais existem exatamente para assegurar “*ao indivíduo a possibilidade de exigir dos poderes públicos o respeito ao direito que instrumentalizam*” (BRANCO; MENDES, 2009, p. 302). Ou seja, a garantia insculpida no inciso IV apenas coloca à disposição do cidadão um vetor prestacional do Direito à Educação, mas não cria uma proibição à posição jurídica aqui defendida.

Sobretudo, atendendo à regra de interpretação consagrada por CANOTILHO (1993, p. 139), segundo o qual “a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê”, restará ao intérprete questionar qual sentido concretiza mais os bens jurídicos constitucionais: o estabelecimento de uma regra restritiva etária que potencialmente limite o desenvolvimento das crianças com deficiência em determinada idade, ou a compreensão do dispositivo na forma aqui delineada, como um vetor prestacional colocado à disposição de qualquer cidadão em face do Estado? A resposta é, certamente, das mais óbvias!

Em resumo, até aqui foi possível observar que inexistente vedação expressa da constituição em desfavor da posição jurídico-subjetiva defendida e que de fato existem regras infraconstitucionais que lhe restringem o exercício (LDB). Resta verificar se essas restrições da LDB representam a adequada composição legislativa da colisão entre princípios ou bens jurídicos constitucionais, ou se são limites casuisticamente impostos.

Em que pese a deferência que a legislação deve sempre receber, é impossível não observar que, na espécie, a Constituição oferece mais do que indicativos axiológicos, mas prescreve incontáveis *regras e princípios* que prestigiam a posição jurídica aqui argumentada.

Em primeiro lugar, note-se que o artigo 206, inciso I, determina que o ensino seja ministrado com base no princípio da “igualdade de condições” de acesso e permanência. Ora, ao determinar a observância da igualdade *de condições* – e não somente a igualdade *perante a lei*, o legislador constituinte certamente qualificou a régua axiológica por ele imposta,

configurar, conformar, completar, regular, densificar ou concretizar, habitualmente utilizados para caracterizar este fenômeno (SARLET, 2012, p. 331).

determinando ao intérprete que observe não apenas uma igualdade formal, mas uma igualdade material.

É que no âmbito dos direitos fundamentais e da prestação dos serviços públicos – Educação, no caso – a igualdade há muito não é compreendida sob a perspectiva liberal-clássica de idêntico tratamento formal a todos. Antes, é um comando normativo que determina o tratamento de cada qual segundo suas particularidades, conforme o magistério de HACHEM (2017):

A referência social que passa a gravar os direitos fundamentais no constitucionalismo da segunda metade do século XX se afasta da abordagem liberal do século precedente, que pretendia conceder idênticas posições jurídico-subjetivas a todas as pessoas e ignorava as condições socioeconômicas de cada indivíduo ou grupo social para fins de concessão de direitos e vantagens. O critério que passa a nortear essa concessão é o da igualdade material, que pressupõe a consideração das desigualdades existentes entre os cidadãos no momento de estipular a quais direitos fundamentais e prestações estatais cada um deles faz jus. Essa nova visão de igualdade que acompanha o Estado Social diverge do prisma formal desse princípio, que se prestava a manter o *status quo* de cada indivíduo proibindo o tratamento diferenciado pelo Estado. Ela dá ensejo a uma perspectiva pautada na transformação da sociedade, com vistas à proteção real dos segmentos mais desfavorecidos, o que implica admitir pontualmente medidas que destoem da igualdade formal para promover a igualdade substancial. (HACHEM, 2017, P. 141)

Portanto, há uma evidente autorização constitucional de que às crianças com deficiência sejam oferecidas algumas posições jurídicas especiais que lhes proporcione condições de acesso e permanência diferenciadas. E sob esse aspecto, permitir-lhes um ano adicional na Educação Infantil para obtenção de uma melhor condição de acesso e permanência ao Ensino Fundamental parece ser um tratamento constitucional indiscutivelmente possível – e sendo possível, não caberia à LDB oferecer-lhe uma restrição absoluta, insuperável.

Ademais, a reforçar essas conclusões, tem-se a norma do artigo 208, inciso III, que prevê a “*garantia ao atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência*”, na rede regular de ensino. Uma vez mais, o legislador constituinte oferece um incontestável comando normativo que impõe um tratamento *diferenciado* em favor das pessoas com deficiência na Educação Pública (até em atendimento ao princípio de igualdade de condições de acesso e permanência), garantindo-lhes um “tratamento especializado”, qualificado e particularizado em relação àquele dispensado aos estudantes que não tenham deficiência. Trata-se, por razões óbvias, de regra especial que, por si só, seria suficiente para afastar a incidência de eventual regra geral.

Também sob essa perspectiva normativa constitucional, a restrição criada pela LDB, quando operada especificamente em desfavor das crianças com deficiência que precisam permanecer por um ano adicional na Educação Infantil, carece de fundamentação constitucional. Ou mais: não apenas carece de fundamentação, mas macula frontalmente os auspícios normativos previstos na própria Constituição, que exige, como se anotou, o tratamento diferenciado.

Mas se eventualmente todas essas considerações constitucionais não sejam tomadas como suficientes, talvez seja recomendável ingressar na esfera de normatividade da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência²⁰, documento que foi recepcionado no ordenamento jurídico brasileiro com força de Emenda Constitucional através do Decreto 6.949, de 25 de agosto de 2009.

A referida Convenção traz incontáveis vetores axiológicos e deontológicos que retiram da regra etária da LDB qualquer viabilidade constitucional, como, por exemplo: *i*) a garantia de “adaptações razoáveis” para a fruição dos direitos das pessoas com deficiência (artigo 2º); *ii*) o princípio da igualdade de oportunidades (artigo 3º, “e”); *iii*) o respeito pelo desenvolvimento das capacidades das crianças com deficiência (artigo 3º, “h”); *iv*) o compromisso de o Estado brasileiro de adotar todas as medidas legislativas e administrativas necessárias para modificar ou revogar leis contrárias à plena realização dos direitos das pessoas com deficiência (artigo 4º, 1, “a”); entre tantos outros princípios e regras gerais.

Mais especificamente, porém, o texto de hierarquia constitucional da Convenção traz dispositivos especialmente pertinentes à discussão aqui empreendida, pelo que merecem integral transcrição (grifos nossos):

Artigo 7 - Crianças com deficiência

1. Os Estados Partes tomarão todas as medidas necessárias para assegurar às crianças com deficiência o pleno exercício de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, *em igualdade de oportunidades* com as demais crianças.
2. Em todas as ações relativas às crianças com deficiência, *o superior interesse da criança receberá consideração primordial*.
3. Os Estados Partes assegurarão que as crianças com deficiência tenham o direito de expressar livremente sua opinião sobre todos os assuntos que lhes disserem

²⁰. Sobre o debate em relação à hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos, consultar: SCHIER, P. R. Hierarquia Constitucional dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e EC 45 - tese em favor da incidência do tempus regit actum. Anais do XIV Congresso Nacional do CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito. Fortaleza, de 3-5 de novembro de 2005. Disponível em: A cesso em 29 fev. 2008.

respeito, tenham a sua opinião devidamente valorizada de acordo com sua idade e maturidade, em igualdade de oportunidades com as demais crianças, e *recebam atendimento adequado à sua deficiência e idade*, para que possam exercer tal direito.

Artigo 24 - Educação

1. Os Estados Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência à educação. Para efetivar esse direito sem discriminação e com base na *igualdade de oportunidades*, os Estados Partes assegurarão *sistema educacional inclusivo em todos os níveis*, bem como o aprendizado ao longo de toda a vida, com os seguintes objetivos:

b) *O máximo desenvolvimento possível* da personalidade e dos talentos e da criatividade das pessoas com deficiência, assim como de suas habilidades físicas e intelectuais;

2. Para a realização desse direito, os Estados Partes assegurarão que:

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*.

3. *Os Estados Partes assegurarão às pessoas com deficiência a possibilidade de adquirir as competências práticas e sociais necessárias de modo a facilitar às pessoas com deficiência sua plena e igual participação no sistema de ensino e na vida em comunidade.* (BRASIL, 2009)

Os dispositivos transcritos encartam princípios e regras tão claros e óbvios que dificultam a elaboração de maiores desenvolvimentos doutrinários, sob pena de fastidiosa redundância.

Ainda assim, vê-se que a restrição etária da LDB vai de encontro às seguintes disposições convencionais: o princípio do “superior interesse da criança”; o direito de receberem atendimento educacional “*adequado à sua deficiência e idade*” (artigo 7); a previsão de um sistema educacional inclusivo *em todos os níveis* (artigo 8); a regra do “máximo desenvolvimento possível” com observância de “*adaptações razoáveis de acordo com as necessidades da criança*” (artigo 24) e, sobretudo; as “*medidas de apoio individualizadas*” a serem adotados no ambiente escolar e que maximizem o desenvolvimento acadêmico e social, de acordo com uma meta de plena inclusão.

Considerando, pois, todas essas normas e, muito especialmente, considerando “*o compromisso de o Estado brasileiro de adotar todas as medidas legislativas e administrativas necessárias para modificar ou revogar leis contrárias à plena realização dos direitos das*

“*peças com deficiência*”, tem-se que o regime jurídico constitucional atualmente vigente impõe o reconhecimento pleno da posição jurídico-subjetiva aqui proclamada.

4.2 DOS CONDICIONANTES FÁTICOS

Se os condicionantes jurídicos parecem indicar claramente a higidez da posição jurídica fundamental aqui defendida sob o escopo normativo do Direito Fundamental à Educação Inclusiva, de igual maneira ocorre em relação aos condicionantes fáticos.

É que também sob essa perspectiva da argumentação prática, as crianças com deficiência continuarão tendo o direito de permanência na Educação Infantil por um ano adicional, pelo singelo motivo de que não há sequer uma razão plausível a justificar qualquer medida restritiva em sentido contrário.

O primeiro e mais importante apontamento de natureza fática é a verificação da possibilidade material de realização da posição jurídica, afinal trata-se de medida plenamente realizável na prática escolar brasileira.

Pelo bem do debate, entretanto, é o caso de questionar retoricamente qual seria a tão dramática consequência negativa de se manter um muito diminuto grupo de crianças²¹ por um ano adicional na Educação Infantil e, logo depois, ascende-lo normalmente ao Ensino Fundamental.

Quando se lida com questões de senso comum, dotadas de certa obviedade, um dos exercícios mentais mais prolíficos em oferecer respostas racionais é a redução ao absurdo – *reductio ad absurdum*, pois forçar as possibilidades práticas à absurdidade pode auxiliar a definir onde se posiciona a linha que divide o razoável do irracional, sob um determinado ponto de vista epistemológico.

In casu, talvez a maneira mais fácil de ilustrar essa argumentação seja trabalhar com a ideia hipotética de que as pessoas com deficiência poderiam permanecer indefinidamente na Educação Infantil, até o dia em que atingissem um nível adequado de desenvolvimento para a ascensão ao Ensino Fundamental.

Contra essa esdrúxula e extrema proposição certamente se operaria um condicionante fático restritivo, afinal não seria factualmente admissível que crianças de catorze anos de

²¹ A título exemplificativo, a taxa de incidência da Síndrome de Down é de 1 em 800 nascidos vivos (NAKADONARI; SOARES, 2006, p. 6).

idade, digamos, permanecessem ainda na Educação Infantil com seus colegas de cinco anos, apenas porque suas deficiências intelectuais não lhe permitiram o pleno desenvolvimento cognitivo a tempo de ascender ao Ensino Fundamental.

Essa hipótese extrema quer demonstrar o exato motivo pelo qual se utilizou o recorte fático de “um ano adicional” na Educação Infantil, exatamente porque ali parece se desenhar um limite inquestionavelmente razoável, num excerto de tempo perfeitamente adequado à proposta inclusiva. Acaso não seja possível o desenvolvimento cognitivo e social da criança nesse período anual, que então ela seja ascendida ao Ensino Fundamental da maneira que for possível (observando-se também lá as suas particularidades e medidas de adaptação, claro) ou então que seja matriculada em uma Escola de Educação Especial, se for absolutamente impossível sua permanência na rede regular de ensino.

Agora, impor essa restrição à posição jurídico-subjetiva aqui defendida, como se ela encartasse a absurdidade da hipótese aventada, é igualmente absurdo. Ora, não se postula aqui a realização de providências escolares muitíssimo extravagantes, sob qualquer ponto de vista (muito caras ou logisticamente complexas, por exemplo), mas apenas e tão somente a permanência de “um ou outro” aluno que eventualmente precise, e isso em nome de um bem com penso concreto proporcionalmente mais denso que qualquer tecnicidade financeira, jurídica ou administrativa: o desenvolvimento pleno de uma criança.

Por fim, anote-se que não parecem merecer respeito argumentativo as eventuais objeções que sugeririam que manter uma criança com deficiência intelectual na Educação Infantil por um ano adicional, significaria na prática “roubar a vaga de outra criança”.

Além de a Educação não ser um jogo de “soma-zero”, no qual as vagas existentes têm um número absoluto e imutável, sendo necessário desalojar um aluno para matricular outro, tem-se o singelo fato de que, sendo um direito fundamental tanto da criança neurotípica quanto da criança com deficiência intelectual, o oferecimento de vaga na Educação Infantil caberia ao Estado de qualquer maneira – até porque, como visto, não se operam condicionantes fáticos ou jurídicos que impeça a fruição de ambas as posições jurídicas subjetivas, absolutamente.

4.3 DA REGRA DE PROPORCIONALIDADE

Bem analisados os condicionantes fáticos e jurídicos oponíveis à posição jurídico-subjetiva de direito fundamental aqui postulada, passa-se a examinar se a restrição estatal verificada se sustenta sob o importante crivo da proporcionalidade. Isto é, passa-se a verificar se as regras etárias da LDB atendem aos requisitos indispensáveis de: i) *adequação*; ii) *necessidade*; e; iii) *proporcionalidade em sentido estrito* (ALEXY, 2008, p. 117).

O trabalho foi propositalmente estruturado desta maneira para que a regra da proporcionalidade fosse aplicada após a verificação dos condicionantes fáticos e jurídicos, exatamente porque a regra²² conformará muitos dos aspectos já tratados no texto. Em outras palavras, a esta altura acredita-se que o leitor já terá elaborado todas as perspectivas interpretativas necessárias à boa aplicação da regra de proporcionalidade.

Como ensina GORZONI (2018, p. 56), o primeiro exame da proporcionalidade é o da *adequação*, quando se perscruta se a restrição estatal atinge o fim constitucional sob o qual teoricamente se sustenta. Aqui, trata-se de verificar se as regras etárias da LDB atingem sua finalidade de “*organização e parametrização do ensino público*”, “*padronização do acesso ao Ensino Fundamental*”, se fomentam a proteção da condição ideal das crianças deficientes ou coisa do gênero.

Obviamente, a restrição da LDB atinge sim essa finalidade, pois cria uma regra geral que permite manter um controle etário do Estado sobre a massa de estudantes da Educação Infantil e do Ensino Fundamental, impedindo disparidades graves que poderiam comprometer o oferecimento de uma educação adequada. Não é aqui, portanto, que a restrição da LDB sucumbirá diante da regra de proporcionalidade.

Todavia, se o que justifica a restrição é a própria necessidade de proteger as crianças portadoras de deficiência, aí a situação muda. Afinal, como se expôs anteriormente, a inclusão da criança deficiente em turma incompatível com a sua idade mental e em momento singular de sua formação é que poderá gerar danos insuperáveis. Note-se, se a ideia da restrição, portanto, é fomentar a proteção das crianças e o seu desenvolvimento, a sua aplicação não estaria justificada, pois, certamente, fomentaria o seu contrário, ou seja, estaria dificultando o desenvolvimento de crianças que demandam atenção especial. Logo, por esse motivo, a restrição já não resistiria ao teste da proporcionalidade.

²² SILVA (2002, p. 25) demonstra que se trata de “regra da proporcionalidade”, e não de “princípio da proporcionalidade”.

Todavia, por esforço argumentativo, ainda que se defendesse que a regra quer, em verdade, fomentar apenas o controle etário, aí também não haveria justificação constitucional. Esse controle não possui sede constitucional.

Mesmo que fosse adequada a restrição – mas não é! –, ela não resistiria também ao teste da necessidade.

Com efeito, é o caso de verificar a *necessidade* da restrição etária da LDB, que é uma etapa que realiza um “teste comparativo” (SILVA, 2009, p. 171) entre diversas possibilidades fáticas. É dizer, trata-se de verificar se não haveria uma restrição menos agressiva e que atingisse aquela mesma finalidade necessária de organização do ensino público – ou outra qualquer postulada.

Também não será aqui que a restrição da LDB sucumbirá às exigências da proporcionalidade, porquanto que a restrição etária parece ser necessária (nessa concepção acima explicada) porque inexistem outras medidas menos agressivas capazes de organizar genericamente a oferta estatal do Ensino.

Ora, considerando que o Estado precisa “organizar adequadamente” o ensino público, de modo que as crianças, via de regra, frequentem as etapas da Educação Infantil e Ensino Fundamental com idades similares, não haveria medida menos agressiva e isonômica que a organização etária. Em verdade, esse critério etário parece absolutamente razoável sob essa perspectiva de uma “regra geral”, olhando-se o universo “macro” de estudantes da Educação Infantil. Seria muito mais gravoso e agressivo, por exemplo, realizar “vestibulares” para aferir as capacidades de crianças de cinco anos no momento de acesso ao Ensino Fundamental. Também não é aqui que a LDB se apresenta desproporcional.

Contudo, se o objetivo da restrição for a tutela do livre desenvolvimento das crianças, novamente verifica-se que a medida proporciona o seu contrário. Ademais, se o sistema autoriza a retenção de crianças pouco mais velhas mediante reprovação, isso significa que a medida de retenção das crianças deficientes não gera um impacto drástico na organização etária, nem na gestão de recursos. Considere-se, também, que se o escopo é proteger a criança de forma especial, não é a sua promoção para o ensino fundamental que estaria cumprindo esse intento, mas, exatamente o contrário, seria a retenção, medida necessária, menos gravosa e que não importa em desorganização escolar e nem aumento de custos.

Ainda que essa etapa da proporcionalidade pudesse ser superada, o obstáculo máximo que se apresentará às restrições etárias da LDB será observado agora, por ocasião do exame

da *proporcionalidade em sentido estrito*, que representa um “sopesamento entre os direitos envolvidos” (GORZONI, 2018, p. 51). Ou seja, será demonstrado que o valor jurídico protegido pela norma restritiva da LDB é juridicamente menos importante do que o valor jurídico protegido pela posição subjetiva aqui postulada.

Ocorre que para acessar a escala de valores envolvida na “disputa” jurídica (e moral) entre “organização e parametrização estatal do Ensino público” *versus* “inclusão efetiva das crianças com deficiência intelectual” necessariamente seria preciso adentrar no âmago da normatividade constitucional, pois é lá que reside a axiologia capaz de resolver a colisão de princípios.

Essa análise, contudo, já foi feita anteriormente, quando se demonstrou que a Constituição Federal e a Convenção Internacional dos Direitos das Pessoas com Deficiência (que também tem força constitucional) apresentam inegáveis demonstrações de preferência e ascendência axiológica, impondo ao intérprete, no caso concreto aqui debatido, que firme sua argumentação prática no sentido da defesa da posição jurídico-subjetiva. Essa preferência decorre, aliás, não apenas de seu status constitucional, mas, igualmente, pela imposição do art. 4º, II, que estabelece uma regra de preferência em favor dos direitos humanos.

Uma maneira diferente de apresentar a verificação da proporcionalidade em sentido estrito, mas que atinge exatamente a mesma conclusão final, é pensar na relação “custo-benefício” (SARLET, 2012, p. 310) da equação “restrição *versus* posição jurídica”. Isto é, aqui se examinaria se os benefícios da restrição etária da LDB compensam os danos à inclusão efetiva das crianças com deficiência.

Pelas razões longamente expostas no presente artigo, a resposta é obviamente negativa, no sentido de que, por ter maior valor na escala axiológica constitucional, o princípio de “inclusão efetiva da criança com deficiência intelectual” subjuga *neste caso específico* o valor “organização do ensino público” – até porque a fruição da posição jurídica não inviabiliza este valor, como visto à exaustão.

5 CONCLUSÃO

A regra de restrição etária prevista nos artigos 29 e 32 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação – LDB é inconstitucional, no plano concreto, porque impede que as crianças com deficiência intelectual permaneçam por um ano adicional na Educação Infantil, mesmo

quando isso se mostre necessário para a efetivação de seu Direito Fundamental à Educação Inclusiva.

Entretanto os dispositivos não apresentam mácula constitucional quando observados pelo seu prisma abstrato, de aplicação à massa indistinta dos alunos da Educação brasileira. Sob essa perspectiva geral, as regras mencionadas têm fundamentação constitucional legítima, afinal instrumentalizam uma parametrização racional à oferta do ensino público, por meio da fixação das idades a serem, via de regra, observadas nas diferentes etapas educacionais.

Por esse motivo, os artigos 29 e 32 da LDB estão sujeitos à declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, com interpretação conforme à Constituição, para excetuar de seu âmbito de aplicação as crianças com deficiência intelectual que precisem permanecer na Educação Básica por um ano adicional até atingirem um nível mais adequado de desenvolvimento cognitivo e social, criando precedente condicionado vinculante para os casos futuros.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA, *Bundesverfassungsgericht*, BVerfGE 7, 198-230.

ALEXY, R. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. 3ª ed. São Paulo: Forense, 2011.

APALATEGUI, J. M. C. *La concepción no positivista del Derecho en Robert Alexy*. Anuario de Filosofía del Derecho, p. 131-153, 2005.

BARROSO, L. R. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo*, v. 240, p. 1-42, 2005.

BONI, Marina; WELTER, Maria Preis. Neurociência Cognitiva e Plasticidade Neural: um caminho a ser descoberto. *Revista Saberes e Sabores Educacionais*, v. 3, p. 139-149, 2016.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 05 mar. 2019.

_____. *Decreto 6.949, de 25 de agosto de 2009*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em: 05 mar. 2019.

BRASIL. *Lei 9.394, de 20 de dezembro de 1996*. Estabelece as Diretrizes e Bases da Educação Nacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9394.htm. Acesso em: 05 mar. 2019.

_____. *Lei 13.146, de 6 de julho de 2015*. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm. Acesso em: 05 mar. 2019.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1991.

DWORKIN, R. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, Harvard University Press, 1978.

FERNANDES, R. V. C.; BICALHO, G. P. D. Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: o atual paradigma jusfilosófico constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, v. 189, p. 105-131, 2011.

GORZONI, P. Structuring balancing within rational standards? The data screening case. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, vol. 14, n. 2, maio-agosto, 2018.

HACHEM, D. W. Direito fundamental ao serviço público adequado e capacidade econômica do cidadão – Repensando a universalidade do acesso à luz da igualdade material. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, v. 55, p. 123-158, 2014.

HECHT, E.; SERVENT, P. *O Século de Sangue: 1914-2014 – As vinte guerras que mudaram o mundo*. São Paulo: Editora Contexto, 2014.

JENSEN, E. *Enriqueça o cérebro: como maximizar o potencial de aprendizagem de todos os alunos*. Porto Alegre: Artmed, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MENDES, G. F. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDES, G. F.; BRANCO P. G. G. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. rev. amp. São Paulo: Saraiva, 2012.

MULLER, F. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

NOVAIS, J. R. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2003

_____. *Direitos Fundamentais: Trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

NAKONADARI, E. K.; SOARES, A. A. Síndrome de Down: considerações gerais sobre a influência da idade materna avançada. *Revista Arq. Mudí.*, p. 5-9, 2006.

SANCHÉZ, C. O. La objetividade del derecho como funcion de la subjetividade/objetividade del juez. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaiso*, n. 33, 2009

SARLET, I. W. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SCHIER, P. R. Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, n. 4, p.1-21, 2005.

SCHIER, P. R. Fundamentação da preservação do núcleo essencial na Constituição de 1988. *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da UniBrasil* n. 7, Jan/Dez 2007.

SCHIER, P. R. Hierarquia Constitucional dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e EC 45 - tese em favor da incidência do tempus regit actum. *Anais do XIV Congresso Nacional do CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito*. Fortaleza, de 3-5 de novembro de 2005. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/063.pdf>. Acesso em: 05 mar. 2019.

_____. Direitos Fundamentais, Cláusulas Pétreas e Democracia: Campos de Tensão. *Revista Direitos Fundamentais e Democracia*, v. 6, p. 1-10, 2009.

SCHIER, P. R. A objeção central ao princípio da proporcionalidade no contexto do constitucionalismo brasileiro. *Revista de Direito Público Contemporâneo*, v. 1, n. 1, p. 28-35, 2017.

SIECKMANN, J. R. *El modelo de los principios del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, v. 798, ano 91, p. 23-50, abr. 2002.

SILVA, V. A. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009.

STRAPASSON, C. L & INOMATA, A. Restrições, privações e violações de direitos constitucionais fundamentais. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n. 32, maio/ago. 2017.

ZANON JUNIOR, O. L. Limitações infraconstitucionais aos direitos fundamentais. *RFD-Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, v. 2, n. 21, jan./jun. 2012.