

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA VARA DA  
INFÂNCIA E JUVENTUDE DA COMARCA DE FRANCA, ESTADO DE SÃO  
PAULO**

**Inquérito Civil n.º 341/2008**

Acessibilidade da pessoa com necessidades especiais – direito à educação e contratação de Cuidador.

**O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO,**  
pelo Promotor de Justiça que esta subscreve, no uso de suas atribuições legais, com fundamento nos artigo 129, inciso III, da Constituição da República, no art. 25, inc. IV, da Lei Federal n.º 8.625/93, no art. 103, inc. VIII, da Lei Complementar Estadual n.º 734/93, vem promover a presente

**AÇÃO CIVIL PÚBLICA COM PEDIDO LIMINAR**

em face do **ESTADO DE SÃO PAULO**, pessoa jurídica de direito público inscrita no CNPJ/MF sob n.º 46.379.400/0001-50, representada pelo

Procurador Geral do Estado, Dr. Elival da Silva Ramos, com gabinete na Rua Pamplona, n.º 227, Jardim Paulista, São Paulo-SP; o que faz através dos argumentos de fato e fundamentos jurídicos articulados como se segue:

## **I – DOS FATOS**

### **1) DA AUSÊNCIA DE PROFISSIONAL “CUIDADOR” NA REDE REGULAR DE ENSINO ESTADUAL NA COMARCA DE FRANCA, ESTADO DE SÃO PAULO**

#### **1.1) DO SUPORTE DO PROFISSIONAL DENOMINADO CUIDADOR NA REDE DE ENSINO**

Com as transformações sociais e normativas sobre a inclusão das pessoas com necessidades especiais, em especial com a observância do paradigma de suporte, impõe-se ao Poder Público a efetivação de meios para a promoção do desenvolvimento pessoal e da emancipação social das pessoas com necessidades especiais. Trata-se da denominada sociedade inclusiva, que se realiza através da adaptação dos ambientes físicos, dos valores e do suporte humano visando o estabelecimento da absoluta acessibilidade e acesso aos recursos e bens da sociedade àqueles com necessidades especiais<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Através da operacionalização técnica e científica efetivada pela Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde – CIF (Organização Mundial de Saúde – OMS, 2001), por meio das noções de barreiras e facilitadores à participação social, e pelo *Supports Intensity Scale – SIS*, formulado pela *American Association on Intellectual and Developmental Disabilities – AAIDD*,

Na área da educação, sob a perspectiva da educação inclusiva, faz-se necessária a disponibilização de suportes como a oferta de equipamentos e ajudas técnicas, incluindo-se aí a contratação de Cuidadores como forma de viabilizar a iniciativa e continuação destes alunos que apresentam necessidade de auxílio na alimentação, na higiene, para vestir-se e outras, na rede de ensino.

A figura do profissional denominado Cuidador na rede regular de ensino possibilita aos alunos com limitações de comunicação, de orientação, de compreensão, de mobilidade, de locomoção ou outras limitações de ordem motora, a participação de forma inclusiva no cotidiano escolar.

Destaca-se que, obviamente, o professor não possui condições de trabalho que permitam que ele exerça, também, essa função junto aos alunos. Portanto, considerando-se o dever, explicado nas fundamentações jurídicas abaixo, de inclusão da pessoa com necessidades especiais na rede de ensino público, a disponibilização do Cuidador em cada escola é medida imprescindível.

Há parecer técnico elaborado pela organização não governamental SORRI-BRASIL, em vista de convênio de cooperação técnica firmado com o Ministério Público do Estado de São Paulo, onde se destaca de forma veemente a necessidade de Cuidador na rede de ensino. Transcreve-se importante trecho do parecer:

---

**pode-se visualizar, de forma sistematizada, uma escala de avaliação das necessidades de suporte às pessoas com deficiência.** ([www.aaid.org](http://www.aaid.org))

**“(...) A disponibilização do cuidador na escola, pelos órgãos públicos brasileiros responsáveis pela educação, nos âmbitos municipais, estaduais e federal, é medida imprescindível e não depende de regulamentação, para viabilizar o atendimento às necessidades de cuidados e apoio às atividades de vida diária e vida prática aos alunos com limitações funcionais ou deficiências, viabilizando, assim, seu ingresso e permanência na escola, direito básico à educação garantido constitucionalmente.”**  
([http://www.mp.sp.gov.br/portal/page/portal/Pesquisa\\_Avancada](http://www.mp.sp.gov.br/portal/page/portal/Pesquisa_Avancada))

## **1.2) DA FUNÇÃO DE CUIDADOR**

A função de Cuidador é reconhecida pela Classificação Brasileira de Ocupação – CBO<sup>2</sup>, através do código n.º 5162-10, com as atribuições de cuidar de bebês, crianças, jovens, adultos e idosos, a partir de objetivos estabelecidos por instituições especializadas ou responsáveis diretos, zelando pelo bem-estar, saúde, alimentação, higiene pessoal, educação, cultura, recreação e lazer da pessoa assistida. Não há necessidade de que esse Cuidador, destaca-se, seja um profissional da saúde.

---

<sup>2</sup> A Classificação Brasileira de Ocupações – CBO foi instituída pela Portaria Ministerial n.º 397/2002 e tem por finalidade a identificação das ocupações no mercado de trabalho, para fins classificatórios junto aos registros administrativos e domiciliares.

### **1.3) DA AUSÊNCIA DE CUIDADOR NA REDE DE ENSINO ESTADUAL DA COMARCA DE FRANCA**

Conforme se observam dos documentos acostados, extraídos do Inquérito Civil n. 0341/08, desta Promotoria de Justiça de Defesa das Pessoas com Deficiência da Comarca de Franca, em virtude de Resolução baixada pelo próprio requerido, através da Secretaria Estadual da Educação (Res. 011/08), a fixar prazos e condições para a inclusão das pessoas com deficiência na rede regular de ensino, foi baixada Portaria de instauração com fulcro em evidências de que, à luz da realidade, seria impossível incluir as pessoas com deficiência sem afetar-lhes a dignidade, posto inadequada a própria rede de ensino.

Daí, como primeiro passo, cuidou-se de formatar sistema em que funcionasse Comissão Avaliadora, formada por técnicos das várias áreas do conhecimento envolvidas e de órgãos diversos, destinada a avaliar, a cada ano letivo, os deficientes em face da rede regular de ensino, dando pareceres de inclusão nesta conforme a sua adequação e evolução.

Isso com o intuito de que a APAE, considerada como essencialmente terapêutica mas necessariamente funcionando como instituição de educação especial, não ficasse a receber e manter o alunado que, em face da rede regular de ensino, poderia estar nesta.

Como se vê de cópia da **ata** de **AUDIÊNCIA PÚBLICA** realizada por esta Promotoria de Justiça, onde estiveram presentes mais de seiscentas pessoas, durante um dia inteiro debatemos exaustivamente

com a sociedade interessada, composta de professores e pais de alunos com necessidades educacionais especiais, essencialmente, esse sistema, com várias conclusões votadas e aprovadas no sentido de sua ratificação.

De lá para cá foram incluídas 52 pessoas com deficiência que estavam exclusivamente na APAE e que passaram a estudar na rede regular de ensino, a maioria delas em escolas públicas estaduais.

Evidente que, com isso, a rede regular de ensino, inclusive a particular, passou a ser olhada e cobrada rotineiramente, para que evolutivamente apresente cada vez mais condições, com acessibilidade física dos prédios, existência de corpo docente capacitado e de serviços de apoio, inclusive de **cuidadores**, mesmo porque temos hoje, na Comarca, mais de mil alunos incluídos na rede regular de ensino que possuem necessidades especiais, em decorrência de variadas deficiências, físicas e ou mentais.

Aliás, o próprio requerido, então representado por servidora ligada à Secretaria Estadual da Educação, apresentou para votação proposta de conclusão que indicava a necessidade de contratação de **cuidadores** para as escolas de sua rede, inclusive com apresentação de prazo-meta, que seria até o final de 2009.

Porém, **até hoje não existe nenhum cuidador em qualquer das escolas da rede estadual de ensino da Comarca de Franca** (documento anexo), pese embora a existência de centenas e centenas de alunos com deficiência em várias dessas escolas.

Típica hipótese de falta de cumprimento do **dever de casa**, de quem age a dizer **faça o que digo, não o que faço**, ou, como seria mais adequado, **o que não faço**.

Péssimo o exemplo do requerido, apesar do que os municípios envolvidos na mesma temática, cobrados que foram pelas normas que regem a espécie, editadas inclusive pelo requerido, e pelo Ministério Público, fiscal da aplicação delas, vêm contratando e empossando cuidadores nas escolas por eles administrada, indicando o município de Franca que nas escolas que têm pessoas com deficiência na sua rede, hoje com quase trezentos alunos com deficiência, existem treze cuidadores já em trabalho regular, que atendem mais de uma escola em turnos diferentes, segundo as frequências dos alunos existentes em cada turno de ensino (manhã ou tarde).

Assim sendo e considerando a omissão do ora requerido, Estado de São Paulo, em providenciar a contratação de referidos profissionais, resta somente a possibilidade de se buscar, no Poder Judiciário, com a propositura da presente ação civil pública, a efetivação do direito estabelecido.

## **II – DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS**

### **II.1 – QUESTÕES PRELIMINARES**

#### **1) DA LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO**

A presente ação decorre da violação de normas previstas na Constituição da República e também na legislação infraconstitucional que resguardam direitos específicos de acessibilidade das pessoas com necessidades especiais.

A Constituição Federal, em seu artigo 129, inciso III, estabeleceu como uma das atribuições do Ministério Público a propositura da Ação Civil Pública para a proteção dos interesses difusos e coletivos, entre os quais se enquadram os pertinentes às pessoas com necessidades especiais, justificando, destarte, a legitimidade ativa do Ministério Público.

Ademais, em relação aos interesses aqui defendidos, o referido dispositivo constitucional foi referendado pela Lei n.º 7.853/89, que reafirma a legitimidade do Ministério Público na defesa dos interesses das pessoas com necessidades especiais. Notemos a norma contida em seu artigo 30:

**"Art. 30. As ações civis públicas destinadas à proteção de interesses coletivos ou difusos das pessoas portadoras de deficiência poderão ser propostas pelo Ministério Público, pela União, Estados, Municípios e Distrito Federal; por associação constituída há mais de 1 (um) ano, nos termos da lei civil, autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista que inclua, entre suas finalidades institucionais, proteção das pessoas portadoras de deficiência."**

Assim sendo, não há dúvidas quanto à legitimidade do Ministério Público para a propositura desta ação civil pública.

## II.2 – DO MÉRITO

### 1) DO DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO DA PESSOA COM NECESSIDADES ESPECIAIS – DA NORMATIVA APLICÁVEL À ESPÉCIE

A Constituição Federal previu, dentre os direitos fundamentais<sup>3</sup>, o direito à educação (art. 6º, *caput*), estabelecendo como norma a ser atendida pelos entes federados, em seu art. 205, o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. A educação, nos moldes estabelecidos pela Constituição da República, é direito de todos e obrigação do Estado<sup>4</sup>.

A delimitação do âmbito de eficácia subjetiva do direito à educação, como *direito de todos*, reflete respeito ao imperativo constitucional, previsto no artigo 5º *caput*, do direito fundamental à

---

<sup>3</sup> O fato de o direito à educação não estar previsto especificamente no artigo 5º da Constituição da República não retira seu caráter de direito fundamental. Como bem se sabe, o Supremo Tribunal Federal, calcado na noção material de direitos fundamentais, reconhece a existência de direitos fundamentais fora do artigo 5º. Nesse sentido: **“Os julgados deixam ver que o STF é sensível à identificação de normas de direito fundamental fora do catálogo específico, a partir do exame da existência de especial vínculo, que pode ser evidenciado por considerações de ordem histórica - do bem protegido com alguns dos valores essenciais ao resguardo da dignidade humana enumerados no *caput* do art. 5º da Carta (vida, igualdade, segurança e propriedade).”** (Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, Curso de Direito Constitucional, 2ª edição, Saraiva, pag. 238/239).

<sup>4</sup> **Nesse contexto, reafirmando a educação como direito de todos, a Constituição Federal também baniu a discriminação ou preconceito através da norma prevista em seu artigo 3º, inciso IV, prevendo, inclusive, que todos são iguais perante a lei no artigo 5º, *caput*, destacando que a pessoa com deficiência deve ser integrada à vida comunitária em seu artigo 203, inciso IV.**

igualdade. A igualdade, no caso, será efetivada com o tratamento diferenciado às pessoas com necessidades especiais de forma a compensar suas deficiências e promover sua inclusão no sistema de ensino. Sobre o tema:

A igualdade formal deve ser quebrada diante de situações que, logicamente, autorizem tal ruptura. **Assim, é razoável entender-se que a pessoa portadora de deficiência tem, pela sua própria condição, direito à quebra da igualdade, em situação das quais participe com pessoas sem deficiência. Assim sendo, o princípio da igualdade incidirá, permitindo a quebra da isonomia e protegendo a pessoa portadora de deficiência, desde que a situação logicamente o autorize. Seria, portanto, lógico afirmar que a pessoa portadora de deficiência tem direito a um tratamento especial dos serviços de saúde ou à criação de uma escola especial ou, ainda a um local de trabalho protegido.** (Luiz Alberto David Araújo, A Proteção Constitucional das Pessoas Portadoras de Deficiência, Brasília, Coordenadoria Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, 1994, p. 52).<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup> No mesmo sentido, pertinente ressaltar a lição de Paulo Afonso Garrido de Paula e Liliana Mercadante Mortari que afirmam: (...) **seus direitos fundamentais ligados à vida, saúde, educação, liberdade e locomoção, convivência familiar e comunitária, segurança, trabalho, lazer, respeito, etc. devem ser disciplinados à luz dos obrigados (Família, Sociedade e Estado), de modo que a subordinação aos seus direitos não seja considerada concessão ou condescendência, mas imperativos de um estado Democrático de Direito que percebe seus integrantes com as peculiaridades que lhe são próprias. Complementa tal idéia a necessidade de reconhecimento de direitos especiais, como a acessibilidade, inclusão, garantia ao trabalho, habilitação e reabilitação, profissionalização, atendimento educacional especializado, renda mínima, esportes e lazer adequados à sua condição etc, de modo a**

Nessa esteira, o Poder Público deve garantir recursos humanos e físicos que atenda a toda a demanda, devendo contemplar toda a clientela que dele necessitar, incluindo, assim, as pessoas com necessidades especiais. A educação para o aluno especial requer um sistema educacional inclusivo (sistema que englobe professores capacitados, recursos específicos de cada deficiência, escolas adaptadas, etc). Neste particular, as escolas devem estar preparadas e adaptadas para recebê-los, não só no aspecto físico como também no aspecto humano. Não é por outra razão que há mandamentos Constitucionais abordando especificamente sobre a matéria. Transcreve-se:

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;**

Também nesse sentido é a norma prevista no artigo 227, § 1º da Constituição da República:

(...) § 1º. O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente, admitida a participação de entidades não governamentais e obedecendo aos seguintes preceitos: (...) II - **criação de programas de prevenção e atendimento especializado para os portadores de deficiência física, sensorial e**

---

**eliminar ou reduzir os obstáculos que impeçam o exercício da própria cidadania.** (Direitos da Pessoa Portadora de Deficiência, 1º edição, São Paulo, editora Max Limonad, 1997, p. 131)

**mental, bem como de integração social do adolescente portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de preconceitos e obstáculos arquitetônicos.**

A Constituição do Estado de São Paulo tem preceito semelhante:

Art. 239 - O Poder Público organizará o **Sistema Estadual de Ensino**, abrangendo todos os níveis e modalidades, incluindo a especial, estabelecendo normas gerais de funcionamento para as escolas públicas estaduais e municipais, bem como para as particulares. (...) § 2º - O Poder Público oferecerá **atendimento especializado aos portadores de deficiências, preferencialmente na rede regular de ensino.**

Sob a égide da concretização da sociedade inclusiva, o legislador infra-constitucional editou a Lei n.º 7.853/1989, tratando do tema de forma clara e objetiva. Note-se os destaques:

Art. 2º. **Ao Poder Público e seus órgãos cabe assegurar às pessoas portadoras de deficiência o pleno exercício de seus direitos básicos, inclusive dos direitos à educação,** à saúde, ao trabalho, ao lazer, à previdência social, ao amparo à infância e à

maternidade, e de outros que, decorrentes da Constituição e das leis, propiciem seu bem-estar pessoal, social e econômico.

Parágrafo único. Para o fim estabelecido no caput deste artigo, os órgãos e entidades da administração direta e indireta devem dispensar, no âmbito de sua competência e finalidade, aos assuntos objetos esta Lei, **tratamento prioritário e adequado, tendente a viabilizar, sem prejuízo de outras, as seguintes medidas:**

I - **na área da educação:**

a) **a inclusão, no sistema educacional, da Educação Especial como modalidade educativa que abranja a educação precoce, a pré-escolar, as de 1º e 2º graus, a supletiva, a habilitação e reabilitação profissionais, com currículos, etapas e exigências de diplomação próprios; (...)**

e) **o acesso de alunos portadores de deficiência aos benefícios conferidos aos demais educandos,** inclusive material escolar, merenda escolar e bolsas de estudo;

Para a efetivação da inclusão do deficiente, em observância à necessária incrementação do poder público com a contratação de pessoal especializado, o artigo 29 do Decreto n.º 3.298/99, que regulamenta a Lei 7.853/89, determina:

Art. 29. As escolas e instituições de educação profissional **oferecerão, se necessário, serviços de apoio especializado para atender às peculiaridades da pessoa portadora de deficiência,** tais como: (...) II -

**capacitação dos recursos humanos: professores, instrutores e profissionais especializados.**

Nessa mesma linha, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei n.º 9.394/1996), estabeleceu em seu artigo 58 o seguinte:

Art. 58. Entende-se por educação especial, para os efeitos desta Lei, a modalidade de educação escolar, oferecida preferencialmente na rede regular de ensino, para educandos portadores de necessidades especiais. § 1º **Haverá, quando necessário, serviços de apoio especializado, na escola regular, para atender às peculiaridades da clientela de educação especial.**

Conforme se denota, há robusto corpo normativo tratando, de forma inequívoca, a matéria. Destaca-se, ainda, que o Brasil, através do Decreto Legislativo n.º 6.989/2009 integrou no universo jurídico nacional as normas previstas na Convenção Internacional dos Direitos das Pessoas com Deficiência, ocorrida em 2007<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> Transvive-se os pontos pertinentes: Artigo 3. (...) Os princípios da presente Convenção são: (...) c) A **plena e efetiva participação e inclusão na sociedade**; d) A **igualdade de oportunidades**; 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**: (...) c) A participação efetiva das pessoas com deficiência em uma sociedade livre. 2. Para realização desse direito, os Estados Partes assegurarão que: (...) b) **As pessoas com deficiência possam ter acesso ao ensino primário inclusivo, de qualidade e gratuito, e ao ensino secundário, em igualdade de condições com as demais pessoas na comunidade em que vivem**; c) **Adaptações razoáveis de acordo com as necessidades individuais sejam providenciadas**; d) As pessoas com deficiência recebam o **apoio necessário, no âmbito do sistema educacional geral, com vistas a facilitar sua efetiva educação**; e) **Medidas de apoio individualizadas e efetivas sejam adotadas em ambientes que maximizem o desenvolvimento acadêmico e social, de acordo com a meta de Inclusão plena** 4. A fim de contribuir para o exercício desse direito, os Estados Partes tomarão medidas apropriadas **para empregar professores, inclusive professores com deficiência, habilitados para o ensino da língua de sinais e/ou do braille, e para capacitar profissionais e**

Por fim, vale registrar que a Resolução CNE/CEB n.º 02/2001, que institui diretrizes nacionais para a educação especial na educação básica estabelece no artigo 8º, IV, a necessidade de apoio pedagógico especializado realizado nas classes comuns aos alunos com deficiência, apontando para o Cuidador como um desses apoios. No mesmo sentido se apresenta a Deliberação CEE n.º 68/2007 do Conselho Estadual de Educação de São Paulo.

Pois bem. É inegável que as pessoas com necessidades especiais desta Comarca têm o direito indisponível de ter profissional especializado, “Cuidador”, para lhes auxiliar no que for necessário em sua educação.

## **2) DA OMISSÃO DO ESTADO EM CUMPRIR AS NORMAS PARA A INCLUSÃO DA PESSOA COM NECESSIDADES ESPECIAIS NA REDE REGULAR DE ENSINO**

Conforme se observa, o ordenamento jurídico pátrio em muito tem se preocupado com este segmento da sociedade, prevendo normas para a promoção de condições de acesso aos serviços públicos de educação às pessoas com necessidades especiais. O problema é que a extensa e inequívoca normatização não está sendo cumprida.

---

**equipes atuantes em todos os níveis de ensino Essa capacitação Incorporará a conscientização da deficiência e a utilização de modos, meios e formatos apropriados de comunicação aumentativa e alternativa, e técnicas e materiais pedagógicos, como apoios para pessoas com deficiência.**

A omissão do Estado em disponibilizar o Cuidador aos alunos com necessidades especiais acarreta a inviabilização de sua inclusão no ambiente escolar, privando-os do direito à educação.

É certo que as pessoas com necessidades especiais querem e devem ter condições para se locomoverem livremente pelo espaço comum, se alimentarem e cuidarem da própria higiene, sem a necessidade da ajuda de terceiros. Porém, há jovens com características físicas, neurológicas e sensoriais, que os impedem de exercer tais ações autonomamente. Com tal limitação, o direito à educação, na prática, não se implementa. Por essa razão o Cuidador é profissional indispensável nas escolas de modo que cabe ao Estado disponibilizá-lo. Nesse sentido é o posicionamento unânime da jurisprudência :

**CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. ENSINO SUPERIOR. ALUNA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA AUDITIVA. PRETENSÃO DA ALUNA DE OBTER APOIO DE INTÉRPRETE EM LÍNGUA DE SINAIS, PARA ACOMPANHÁ-LA DURANTE AS AULAS E DEMAIS ATIVIDADES ACADÊMICAS. POSSIBILIDADE.**

1. **É dever do Estado ofertar educação escolar às pessoas portadoras de deficiência** (CF, art. 208, inciso III), **propiciando, quando necessário, serviços de apoio especializado, na escola regular, para atender às peculiaridades dessa clientela** (Lei 9.394/96, art. 58, § 1º (...)). (TRF1 - AMS 2003.38.00.053317-2).

Ademais, estando as pessoas com necessidades especiais impossibilitadas às atividades rotineiras como alimentar-se, vestir-se, higienizar-se, dentre outras, se torna impossível que os princípios de igualdade de condições para o acesso e permanência na escola aconteça.

Sobre a acessibilidade da pessoa com necessidades especiais, transcreve-se os ensinamentos do Desembargador Relator Milton Gordo (LEX – 209/20):

É indisputável o direito do deficiente físico assegurado na Constituição Federal de 1988, garantindo-lhe a livre circulação em imóvel de uso comum, como o que dos autos se cuida, sobressaindo desse, ademais, a condição de escola pública, que deve, acima de tudo, **facilitar o quanto se pode o acesso ao ensino, que nela se desenvolve, sem discriminação.** Recolhe ao Estado os tributos em igualdade de condições e da mesma forma deve ser atendido. **Não é razoável que se estabeleça obstáculo ao deficiente físico, impedindo-o de freqüentar escola pública, que se destina a todos os cidadãos.**

### **3) DO DIREITO À EDUCAÇÃO E INCLUSÃO DA PESSOA COM NECESSIDADES ESPECIAIS COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO<sup>7</sup>**

---

<sup>7</sup> Um perspectiva histórica dos direitos fundamentais, reconhecida em nossos tribunais, situa-os em três gerações. O direito à educação e à inclusão da pessoa com necessidades especiais são, por refletirem uma necessária prestação do Estado, direitos fundamentais de segunda geração. A

## **- DA POSSIBILIDADE DE JUDICIALIZAÇÃO DA PRETENSÃO DE CONTRATAÇÃO DE CUIDADOR EM FACE DO PODER PÚBLICO**

Tratando-se o direito de inclusão da pessoa com necessidades especiais e o direito à educação um direito fundamental de prestação material<sup>8</sup>, indispensável a atuação do Estado para sua efetivação.

Nessa esteira, cumpre demonstrar a possibilidade, pacificamente reconhecida pela doutrina<sup>9</sup> e jurisprudência, de o Judiciário impor ao Estado uma atuação concreta (obrigação de fazer) quando sua omissão afronta direitos garantidos no ordenamento jurídico. Em outros termos, pode-se dizer que é perfeitamente possível a judicialização de pretensão como a presente, principalmente em caso de omissão geradora de inefetividade de direitos fundamentais.

---

respeito do tema: “(...) **uma diferente pletera de direitos ganhou espaço no catálogo dos direitos fundamentais – direitos que não mais correspondem a uma pretensão de abstenção do Estado, mas que o obrigam a prestações positivas. São os direitos de segunda geração, por meio dos quais se intenta estabelecer uma liberdade real e igual para todos, mediante a ação corretiva dos Poderes Públicos. Dizem respeito a assistência social, saúde, educação (...).**”

<sup>8</sup> Sobre a definição de direitos fundamentais de prestação material: “**Os chamados direitos a prestação materiais, recebem o rotulo de direitos a prestação em sentido estrito. Resultam da concepção social do Estado. São tidos como direitos sociais por excelência. Estão concebidos com o propósito de atenuar as desigualdades de fato na sociedade, visando ensejar que a libertação das necessidades aproveita ao gozo da liberdade efetiva por um maior número de indivíduos. O seu objetivo consiste numa utilidade concreta (bem ou serviço). (...). Os direitos a prestação material, como visto, conectam-se ao propósito de atenuar desigualdades fáticas de oportunidades.**” (Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, Curso de Direito Constitucional, 2ª edição, Saraiva, pag. 259/260).

<sup>9</sup> Pertinente a transcrição da lição do Mestre Constitucionalista J.J. CANOTILHO: “**A garantia do recurso contencioso dos cidadãos para os tribunais (justiça administrativa) a fim de defenderem seus direitos e interesses contra os actos lesivos da administração foi atrás considerada (...) como um dos elementos constitutivos do Estado de direito democrático e um dos instrumentos de garantia da legalidade democrática. A justiça constitucional é, de certo modo, uma extensão da idéia subjacente à justiça administrativa: submeter ao controlo dos tribunais os actos dos órgãos políticos e legislativos (e não apenas os actos de administração) e aferir a sua conformidade material e formal segundo o parâmetro superior da constituição.**” (CANOTILHO. J. J. Gomes. Direito Constitucional. 7ª Ed. Coimbra, Portugal: Edições Almedina, 2004. P. 892/893)

Note-se o seguinte aresto:

**“(…) A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. (…)** a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, **revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional.** (…)**É preciso assinalar, neste ponto, por relevante, que o direito à educação – que representa prerrogativa constitucional deferida a todos (CF, art. 205), notadamente às crianças (CF, arts. 208, IV, e 227, “caput”) – qualifica-se como um dos direitos sociais mais expressivos, subsumindo-se à noção dos direitos de segunda geração (RTJ 164/158-161), cujo adimplemento impõe, ao Poder Público, a satisfação de um dever de prestação positiva, consistente num “facere”, pois o Estado dele só se desincumbirá**

**criando condições objetivas que propiciem, aos titulares desse mesmo direito, o acesso pleno ao sistema educacional (...).” (STF – AI n.º 677.274-8 SP)**

No mesmo sentido é, também, o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça:

**“A partir da consolidação constitucional dos direitos sociais, a função estatal foi profundamente modificada, deixando de ser eminentemente legisladora em pró das liberdades públicas, para se tornar mais ativa com a missão de transformar a realidade social. Em decorrência, não só a administração pública recebeu a incumbência de criar e implementar políticas públicas necessárias à satisfação dos fins constitucionalmente delineados, como também, o Poder Judiciário teve sua margem de atuação ampliada, como forma de fiscalizar e velar pelo fiel cumprimento dos objetivos constitucionais. (...) Assegurar um mínimo de dignidade humana por meio de serviços públicos essenciais, dentre os quais a educação e a Saúde, é escopo da República Federativa do Brasil que não pode ser condicionado à conveniência política do administrador público. A omissão injustificada da administração em efetivar as políticas públicas constitucionalmente definidas e essenciais para a promoção da dignidade humana**

**não deve ser assistida passivamente pelo Poder Judiciário.” (STJ – REsp. n.º 1.041.197-MS)**

Portanto, violada norma impositiva de manutenção de profissional especializado, o “Cuidador”, na rede de ensino estadual, deve o Poder Judiciário impor a obrigação de contratação dos mesmos de modo a assegurar, efetivamente, o direito fundamental à educação às pessoas com necessidades especiais.

#### **4) DA CONCESSÃO DE LIMINAR<sup>10</sup>**

A necessidade de apoio às atividades da vida diária, por cuidador, é imediatamente necessária, não só para viabilizar os critérios formais de equidade, mas para atender aos alunos especiais já matriculados.

O Cuidador pretendido nesta ação é aquele que, na Classificação Brasileira de Ocupação – CBO 2002, atende pessoas dependentes (5162-10), conforme demonstrado no item 1.2, das exposições fáticas, acima.

Dispõe o art. 273, do Código de Processo Civil, que o juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e haja fundado de

---

<sup>10</sup> O pedido liminar está sendo formulado na própria inicial desta Ação Civil Pública, não só em respeito à economia processual, mas por haver permissão expressa no artigo 12, da Lei n.º 7.347/85. A jurisprudência, como não poderia deixar de ser, não destoa: **“A medida liminar pode ser concedida nos próprios autos da ação.” (RJT JESP - 113/312).”**

receio de dano irreparável ou de difícil reparação ou fique caracterizado o abuso de direito ou de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

No caso em debate, o aparência do bom direito é incontestado, conforme se demonstra através de extenso arcabouço normativo disposto acima. A inclusão, pela via escolar, é garantida, porém a ré se mostra inerte em contratar responsáveis para desempenhar a função de “Cuidador” aos alunos com necessidades especiais matriculados em sua rede escolar.

A condição de dignidade do aluno sem autonomia para alimentar-se, higienizar-se, receber medicamentos, mudar de posição em sua cadeira de rodas, dentre outras, não se trata de discricionariedade do Poder Público, mas sim de determinação constitucional decorrente do princípio da igualdade - impondo-se a concessão da tutela antecipatória como forma de se fazer valer a normativa aplicável ao caso.

Há julgados que, cuidando especificamente do tema, defere a liminar em casos como o presente. No caso, transcreve-se decisão proferida no ação civil pública n.º 24/2011, com trâmite na comarca de Americana, Estado de São Paulo:

“Trata-se de ação civil pública proposta pelo Ministério Público contra a Fazenda Pública do Estado de São Paulo, pretendendo o cumprimento de **obrigação de fazer com pedido de tutela antecipada, objetivando fazer com que o Estado tome providências administrativas necessárias para que sejam**

**contratados profissionais “cuidadores” para atender a demanda das escolas estaduais deste Município (...). (...)** as crianças, com necessidades especiais não podem esperar mais para que tenham o direito à educação efetivado, anotando-se que a educação é direito fundamental ao crescimento e desenvolvimento de criança e adolescente que, inclusive, segundo a Constituição Federal, devem ter proteção integral e prioridade absoluta, não se podendo fazer qualquer discriminação negativa quanto às pessoas com necessidades especiais. Assim, estão presentes os requisitos necessários para a concessão da tutela antecipada diante da documentação acostada aos autos pelo fato de estar em jogo direito fundamental que não se subordina ao princípio da reserva do possível, de modo que é o orçamento público que deve se preparar para as exigências próprias dos direitos fundamenta e não o contrário. Diante do exposto, ainda num exame perfunctório, reconsidero a decisão à fls. 32 e verso e, como consequência, **CONCEDO A TUTELA ANTECIPADA, nos termos pleiteados (...)**” (fls. 77 daqueles autos)

Por fim, salienta-se que os comandos dos artigos 273 e 475, II do CPC, não afastam a possibilidade de concessão da tutela antecipada em face da Fazenda Pública, inclusive com a possibilidade de cominação de *astreintes*, o que também será requerido a frente. Veja-se o seguinte julgado:

**PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA.(...) ACESSIBILIDADE DE DEFICIENTES FÍSICOS. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA COMINAÇÃO DE MULTA DIÁRIA. ASTREINTES. OBRIGAÇÃO DE FAZER. INCIDÊNCIA DO MEIO DE COERÇÃO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 461, § 4, DO CPC. PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356/STF. 1. **É cabível a cominação de multa diária (astreintes) em face da Fazenda Pública, como meio de vencer a obstinação quanto ao cumprimento da obrigação de fazer (fungível ou infungível) ou entregar coisa, incidindo a partir da ciência do obrigado e da sua recalcitrância. Precedentes do STJ: AgRg no Ag 1025234/SP, DJ de 11/09/2008; AgRg no Ag 1040411/RS, DJ de 19/12/2008; REsp 1067211/RS, DJ de 23/10/2008; REsp 973.647/RS, DJ de 29.10.2007; REsp 689.038/RJ, DJ de 03.08.2007; REsp 719.344/PE, DJ de 05.12.2006; e REsp 869.106/RS, DJ de 30.11.2006. (...). (STJ - RESP - RECURSO ESPECIAL – 987280).**<sup>11</sup>**

A tutela ora pleiteada apresenta-se indispensável, em razão da necessidade do atendimento de suporte diário aos alunos

---

<sup>11</sup> Também tratando da matéria: “**ADMINISTRATIVO. concurso público. preterição de nomeação. Contratação emergencial. OBRIGAÇÃO DE FAZER. FAZENDA PÚBLICA. ASTREINTES. POSSIBILIDADE. 1. Esta Corte firmou compreensão de que são cabíveis astreintes contra a Fazenda Pública como meio coercitivo para o cumprimento de obrigação de fazer ou entregar coisa. 2. Agravo regimental a que se nega provimento.**” (AgRg no REsp 1176638/RS, Rel. Ministro HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE). SEXTA TURMA, julgado em 17/08/2010, DJe 20/09/2010)

especiais, que se encontram no atendimento escolar ou que aguardam esse apoio para nele se inserir.

### **III – CONCLUSÃO E PEDIDOS**

Diante do exposto, requer-se:

a) a concessão, *inaudita altera pars*<sup>12</sup>, da tutela antecipada, de forma que a ré seja compelida a, em 30 (trinta) dias para que se inicie processo de contratação de Cuidadores nas escolas da rede regular de ensino, a ser efetivado de forma definitiva até o início do ano letivo de 2012, durante todo o período de atividade acadêmica, dentro ou fora da escola, quer seja em caráter curricular ou extracurricular (por exemplo, em salas de recursos, salas de apoio em outras escolas; atividades externas conduzidas pela escola), sob pena de multa-diária, que se sugere em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais);

a.1) dentro das obrigações impostas pela decisão concessiva de tutela antecipada, deve o Estado de São Paulo ser condenado à informar, no bojo destes autos, as atitudes tomadas para a efetivação das respectivas contratações, como abertura de concurso ou processo seletivo simplificado (em caso de contratação temporária), etc.;

b) a citação do requerido, na pessoa do Procurador Geral do Estado, para responder aos termos da presente ação, sob pena de revelia;

---

<sup>12</sup> É sabido a demora, em alguns casos meses são necessários, para citação do Estado de São Paulo ante a exigência legal de citação na pessoa do Procurador Geral do Estado, feita através de precatória enviada à São Paulo, capital.

c) a procedência da presente ação, com a condenação da requerida a obrigação de fazer, consistente em **disponibilizar o número de Cuidadores suficientes ao integral atendimento de apoio a todos os alunos com deficiência ou com limitação temporária para exercer as atividades da vida diária, durante todo o período de atividade acadêmica, dentro ou fora da escola, quer seja em caráter curricular ou extracurricular;**

d) **ao pagamento de multa cominatória diária**, para cuja estimativa sugere o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), devida se, após o trânsito em julgado da sentença, houver o descumprimento da condenação, quantia sujeita a correção monetária, pelos índices oficiais, desde a distribuição da inicial até o efetivo adimplemento, destinada a recolhimento ao Fundo Estadual de Reparação de Interesses Difusos Lesados (Decreto Estadual nº 7.070/87, cf. artigo 13 da Lei nº 7.347/85).

e) Requer, ainda, a condenação da requerida ao pagamento de custas, honorários de sucumbência e despesas processuais;

f) Requer seja o membro do Ministério Público intimado pessoalmente dos provimentos judiciais (Artigo 236, § 2º, do Código de Processo Civil);

g) Deixa-se de fazer adiantamento de qualquer despesa processual em razão do disposto no artigo 18 da Lei n.º 7.437/85<sup>13</sup>;

---

<sup>13</sup> Nesse sentido: "**PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - IMPROCEDÊNCIA MINISTÉRIO PÚBLICO - CONDENAÇÃO NOS ÔNUS DA SUCUMBENCIA - IMPOSSIBILIDADE - LEI 7.347/85, ART. 18 - PRECEDENTES**" (Recurso Especial n.º 256.453)

h) Protesta provar o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente depoimento pessoal, oitiva de testemunhas, juntada de documentos e perícia.

Em se tratando de ação civil pública que visa garantir a proteção de pessoas com necessidades especiais e, pois, de interesse difuso, de valor inestimável, dá-se à causa o valor de R\$ 1.000,00 (mil reais), para os efeitos legais.

Nesses termos,  
aguarda deferimento.

Franca, 30 de agosto de 2011.

**Fernando de Andrade Martins**

Promotor de Justiça

**Lucas Junqueira Carneiro**

Assistente Jurídico do Ministério Público

Inicial de Ação Civil Pública - Inquérito Civil n.º 341/2008 - Acessibilidade da pessoa com necessidades especiais – direito à educação.