



PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO CONTRATO DE SERVIÇOS EDUCACIONAIS

Resumo

O presente artigo pretende apresentar uma análise em torno da proibição de discriminação das pessoas com deficiência no ordenamento jurídico brasileiro, cujo acolhimento representa um reflexo das lutas travadas contra a discriminação que tem se intensificado nos últimos vinte anos sobre o tema, principiada no continente europeu. Mesmo com a Convenção sobre o Direito das Pessoas com Deficiência recepcionado pela constituição e a concretização da recente lei 13.146/2015, ainda existem lacunas legislativas que contribuem para que a liberdade contratual e a autonomia privada permaneçam dominantes diante da discriminação. A educação inclusiva aparece como um pano de fundo para demandar a efetivação de direitos fundamentais e de princípios em busca de equilíbrio, destinado a limitar a liberdade de contratar. O método de análise dedutiva e pesquisa bibliográfica utilizados mostra a busca por um princípio que vede a discriminação e aponta as modificações nas relações contratuais educacionais privadas, como consequência da inovação legislativa.

Palavras-chave: proibição de discriminação; pessoa com deficiência; liberdade contratual.

Abstract

This paper intend to present an analisys about prohibition of discrimination of disabled people in brazilian legal order, whose reception is an expression of lots of struggles against discrimination that has intensified in european continent in last twenty years. Even though the Convention on the Rights of Persons with Disabilities introduced on Brazilian constitution and the new law 13.146 accomplished in 2015, still exists some legislative gaps that allow private autonomy and contractual liberty prevail upon private relations in face of discriminatory situations. The educacional scenary has been requiring the effectiviness from principles and the fundamental rights as a limit on the liberty of contract. The deductive method and bibliographical procedure were used to show off search for a principle in order to prohibit the discrimination and show some changes on private educational contractual relations, as a consequence of legislative innovation.

Keywords: prohibition of discrimination, person with disabilities, contractual liberty

INTRODUÇÃO

A busca pela igualdade de condições sobre os diversos aspectos da vida remonta desde o período pós Segunda Guerra Mundial, quando as constituições dos Estados, com o objetivo de estabelecer a igualdade entre homens e mulheres sobre o preceito da igualdade formal, “todos são iguais perante a lei”, e de sua efetivação – igualdade material – por meio de políticas públicas, buscavam combater a discriminação. Esta última, à época, apresentava-se, em alguns aspectos, muito mais acentuada que nos dias atuais a exemplo das questões de gênero, religião, raça, credo. Nesta mesma linha, buscava-se permitir que uma camada da população que se achava excluída, pudesse ser integrada.¹

Com o desenvolvimento das sociedades e de políticas públicas, iniciou-se na Europa uma luta de anti-discriminação que alcança a esfera privada. O contexto de globalização, caracterizado pelo exercício das liberdades econômicas e pelas relações de interesses, cuja efetivação se vale de mecanismos ancorados em princípios estabelecidos na Constituição e que permitem a atuação de entes privados de modo autônomo, depara-se com um crescente fenômeno de luta pela não-discriminação. Tal acontecimento originou-se quando do processo de integração dos Estados da União Europeia, ocorrido no final da década de noventa, que por meio de um conjunto de diretivas suscita o surgimento do direito da antidiscriminação abrangendo questões de igualdade entre homens e mulheres, igualdade de tratamento nas relações de emprego e alcança as questões de igualdade nas contratações de bens e serviços.²

Os tribunais brasileiros tem sido palco de muitos embates de casos de discriminação que evidenciam a existência de uma problemática nas relações contratuais privadas que abrange diversos tipos de contratações como nos casos de planos de saúde, seguro de vida, contratos de financiamento habitacional,

¹ RUIZ, Francisco J. Infante. La Protección contra la Discriminación mediante el Derecho Privado. InDret. **Revista para el análisis del derecho**, Barcelona, p. 2-17. Abr. 2008. Disponível em: WWW.INDRET.COM. Acesso em: 31.mar.2017, p.4-6

² Ibid, p. 2

envolvendo, por exemplo, usuários idosos e deficientes físicos como vítimas de práticas discriminatórias.³

O presente estudo tomou como ponto de partida uma leitura da decisão monocrática da ADIN 5357 MC/ DF, no Supremo Tribunal Federal, que considerou improcedente a alegação de inconstitucionalidade quanto à proibição das instituições de ensino privadas de aplicar a cobrança de mensalidades diferenciadas aos alunos portadores de deficiência. O fundamento da decisão tomou por base a Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, que pelo Decreto 6.949/2009 torna-se parte da Constituição, e a Lei 13.146/2015 – Estatuto da Pessoa com Deficiência – que atende ao “...compromisso constitucional e internacional de proteção e ampliação progressiva de direitos fundamentais e humanos das pessoas com deficiência”⁴. Trata-se de um compromisso de acolhimento, pois abrange tanto as escolas públicas, como as escolas particulares que deverão pautar sua atuação educacional considerando todas as facetas e potencialidades que o direito fundamental à educação possui.⁵

Mesmo havendo mecanismos de proteção contra a discriminação conferidos pela Constituição, a questão que surge com a tensão revelada pelas desigualdades nas relações contratuais é, primeiramente saber se é possível afirmar acerca da existência de lacunas legislativas que ajudam a manter a soberania da liberdade contratual e da autonomia privada⁶ em um contexto de desigualdade. Em segundo lugar compreender se existe no Direito Privado brasileiro um princípio que proíba discriminações e ao mesmo tempo limite a liberdade de contratar, em especial nas relações contratuais educacionais privadas. Para tanto, a metodologia aplicada foi a análise dedutiva e o procedimento de pesquisa bibliográfico.

O plano de trabalho foi estruturado em três partes: a primeira trata da discriminação no contrato, que objetiva mostrar os caminhos traçados na busca de um princípio que proíba discriminação no direito privado; a segunda parte aborda

³ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. A proibição de discriminação nos contratos no direito brasileiro em face da experiência europeia: **Direitos Fundamentais e Justiça**, Ano 8, nº 28, p. 52-81, 2014. p. 54

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5357, Pleno**, Relator Ministro Edson Fachin, julgado em 18 nov.2015 p. 9

⁵ Ibid, p. 10

⁶ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo, Id.

acerca da discriminação da pessoa com deficiência e a educação inclusiva, com vistas a esclarecer acerca das modificações e implicações trazidas pelo estatuto da pessoa com deficiência; e por último a proibição de discriminação da pessoa com deficiência nos contratos de prestação de serviços educacionais.

1. A DISCRIMINAÇÃO NO CONTRATO

Os eventos que antecederam a implementação de mecanismos de proteção contra a discriminação na comunidade europeia foram determinantes para a instauração de medidas que visavam garantir a igualdade de todos de modo bastante amplo, fundamentado no entendimento de que todas as pessoas são sujeitos de direitos que necessitam que estes sejam

garantidos e concretizados, sobre tudo considerando as variadas dificuldades [...] que o tema envolve no âmbito do Direito Privado. Nele, como se sabe as questões jurídicas envolvidas se agudizam, na medida em que os sujeitos das relações privadas são, de regra, *igualmente* titulares de (*iguais*) direitos humanos e fundamentais. (SILVA, p. 390, 2007)

A fim de promover o mínimo de proteção às vítimas de discriminação na União Europeia de modo que pudessem “*hacer prevalecer su derecho de una manera más fácil a como venía siendo hasta ahora*” (RUIZ, p. 6. 2008) o legislador valeu-se da elaboração de diretivas direcionadas à proteção de direitos de igualdade entre homens e mulheres, igualdade de tratamento nas relações de emprego alcançando questões de igualdade nas contratações de bens e serviços⁷ possibilitando o estabelecimento de um programa de luta contra a discriminação a fim de conferir proteção jurídica⁸ a todos os que estiverem sujeitos a situações discriminatórias.

A partir do estabelecimento destas diretivas assinala-se a criação do direito da antidiscriminação⁹, cuja composição normativa provoca o surgimento de um princípio de proteção contra a discriminação que decorre de um conjunto de elementos de conceituação, aplicação e modalidades de discriminação direta e indireta que apontam para esta compreensão, desde que para sua admissão no direito privado sejam consideradas a “*la autonomía privada y de la libertad contractual,*

⁷ RUIZ, Francisco J. Infante, *op. cit.* p. 8

⁸ *Ibid.* p. 6-7

⁹ *Ibid.* p. 8

principios fundamentales del derecho privado como es archiconocido, y la garantía legal e institucional de aquellas, son vectores estructurales” (RUIZ, p. 9, 2008)

As diretivas que apontam para o desdobramento do conceito de discriminação direta e indireta foram editadas com a finalidade específica de introduzir “*el principio de igualdad de trato*”, que considera a ausência de discriminação em razão do sexo, como é o caso da Diretiva de emprego 2002/73/CE e a Diretiva 2004/113/CE, que “*extiende la aplicación del principio de igualdad de trato de hombres y mujeres a toda la contratación privada y contiene definiciones concretas de los conceptos de discriminación directa e indirecta, así como de acoso y acoso sexual.*”¹⁰

O conceito de discriminação direta é classificado por Jorge Cesa Ferreira da Silva dentro de uma perspectiva individualista que se funda na proteção do indivíduo diante da discriminação, de modo que este possa desenvolver sua personalidade livre de situações que venham a dificultar ou até a impedir o desenvolvimento de seus potenciais.¹¹ Se verifica quando evidenciado tratamento diferenciado a alguém que se encontra na mesma situação de outra, unicamente por ser portador de sinais discriminatórios.¹² São sinais que independem da vontade do indivíduo. Decisões e tratamentos diferenciados não podem tomar os sinais por base como no caso de cor de pele, sexo, idade, religião, entre outras. No entanto, trata-se de uma proibição relativa de diferenciações, e ocorrendo uma discriminação *prima facie*, esta pode ser admitida se o motivo for justo e proporcional, com base em um critério diferenciador. Isso conduz ao entendimento de que a vedação da discriminação garante ao indivíduo o exercício de seus direitos, pois decorre do princípio da igualdade e da proteção da dignidade humana.¹³

A discriminação indireta, tem que a “discriminação é um conceito relacionado a grupos”. (SILVA, p. 395, 2007). É uma perspectiva coletiva que se funda na existência de grupos que se encontram em posições inferiores em relação a outros, e

¹⁰ RUIZ, Francisco J. Infante., *op. cit.* p. 7

¹¹ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. A Proteção Contra Discriminação no Direito Contratual Brasileiro. MONTEIRO, Antônio Pinto; NEUNER, Jorg; SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Uma perspectiva de Direito Comparado. Coimbra: Almedina, 2007. p. 387-416. p. 394

¹² PINHEIRO, Rosalice Fidalgo, *Op. cit.* p. 60

¹³ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da, *Op. cit.* p. 395

por isso o foco é na proteção de determinados grupos sociais e se configura se presentes “um elemento positivo, a discriminação fática, e outro negativo, a falta de justificativa para a consideração dos sinais discriminatórios”. (PINHEIRO, p. 61, 2014). A perspectiva individualista é aqui insuficiente para solucionar o problema porque não permite conhecer da dimensão coletiva da discriminação, uma vez que o indivíduo decorre do grupo, ocupando lugar como seu representante. Analisar a discriminação com enfoque coletivo impede que ocorra uma hierarquização social, garantido assim igual oportunidade a todos.¹⁴

Diversamente da proteção encontrada no direito privado europeu, o direito brasileiro não tem se preocupado com deveres que decorrem da antidiscriminação, muito embora os dispositivos constitucionais apresentem um amplo catálogo de sinais protegidos¹⁵.

A proteção contra a discriminação se encontra na eficácia dos direitos fundamentais nas relações interprivadas. Trata-se de um princípio implícito, que em primeira linha pode ser evidenciado no princípio da igualdade constante no *caput* do Art. 5º da Constituição da República.¹⁶ No entanto, não é de uma “identidade humana comum” (PINHEIRO, p. 65, 2014) que se fala, mas de respeito à diversidade que aponta para a igualdade na dimensão positiva e seu oposto na dimensão negativa proibindo atos discriminatórios. Este último, por sua vez, produto da aplicação do *caput* do Art. 5º com o Art. 3º, IV da Constituição da República que estabelece como tarefa do Estado “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.¹⁷

2. A DISCRIMINAÇÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E A EDUCAÇÃO INCLUSIVA

Como requisito para obter os efeitos jurídicos do direito à igualdade o reconhecimento da diferença é demandado quando a diversidade se apoia na pessoa com deficiência porque esta é “intrínseca à natureza humana e dessa forma, o ordenamento jurídico deve reconhecê-la e atuar para possibilitar a todos que tenham

¹⁴ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da, *Op. cit.* p. 395

¹⁵ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo, *Op. cit.* p. 66

¹⁶ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo, *Op. cit.* p. 64-66

¹⁷ Id.

as mesmas oportunidades de desenvolvimento pessoal e inclusão social” (ARAÚJO, p. 166, 2014). Esse reconhecimento é percebido em dispositivos constitucionais que se preocupam, por exemplo, em conceder reserva de vagas às pessoas com deficiência em concursos públicos, prestação de assistência social, adaptação estrutural, ambiental e de acessibilidade de modo que possam ter “igualdade de oportunidades para com as demais pessoas” (ARAÚJO, p. 166, 2014) e conviver em sociedade de modo digno.

Modificações importantes relacionadas à caracterização da pessoa com deficiência quanto à sua inclusão na sociedade foram inseridas no direito brasileiro, incorporado à Constituição da República, na qualificação de emenda constitucional, com a edição da norma ditada pela Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU, introduzida nos termos do §3º do Art. 5º da CR/88 (Decreto legislativo nº 168, de 09-07-2008 e o Decreto nº 6.949, de 25.08.2009). As inovações trazidas pela convenção tratam do tema da discriminação de modo conferir à pessoa com deficiência uma ampla proteção a fim de que todos os aspectos da vida estejam amparados. No rol de inovações, que interessa ao contexto deste trabalho, é apresentado um novo conceito de pessoa com deficiência (Art. 1), bem como o conceito de discriminação por motivo de deficiência (Art. 2). Ademais, os princípios gerais presentes na convenção dentre os quais está o da não discriminação elencados no Art. 3, a igualdade e não discriminação tratado no Art. 5, a emancipação da pessoa com deficiência¹⁸ no Art. 6 e o tema da educação abordado no Art. 24.

Os termos do Art. 5 da referida Convenção trazem consigo um compromisso de reconhecimento da igualdade de direitos à pessoa com deficiência conferindo o direito a diferenciações assegurado como práticas não discriminatórias e ainda à garantia da proibição de qualquer tipo de discriminação à pessoa com deficiência. Com a instituição da Lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), esses direitos de proteção contra a discriminação são concretizados quando no Art. 4 afirma

¹⁸ BRAZZALE, Flávia Balduino; PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. Uma Reviravolta No Direito Protetivo: A Nova Curatela e a Pessoa Com Deficiência. Revista Jurídica da UNI7, [S.l.], v. 13, n. 2, p. 39-53, dez. 2016. ISSN 2447-9055. Disponível em: <<http://www.uni7setembro.edu.br/periodicos/index.php/revistajuridica/article/view/62>>. Acesso em: 28 ago. 2017. doi: <https://doi.org/10.24067/rju7,13.2:62>. p. 45

que todas as pessoas com deficiência terão as mesmas oportunidades que as demais pessoas sem sofrer nenhum tipo de discriminação. Tem-se presente neste artigo um princípio de proibição da discriminação da pessoa com deficiência.

A conceituação de pessoa com deficiência presente na convenção e reafirmada pelo estatuto direciona a deficiência à uma categoria diferente e por consequência mais abrangente da que vinha sendo aplicada até então. Trata-se de uma ruptura de conceitos. O conceito anteriormente utilizado era pautado no entendimento médico que se enquadrava em um rol taxativo de deficiências, as quais as pessoas eram acometidas (Decreto nº 3.298/99, Art. 4º): “O núcleo do conceito no modelo médico eram as alterações de saúde (física ou mental) que acometiam as pessoas com deficiência” (ARAÚJO, p. 168, 2014). As medidas aplicadas nesta perspectiva eram assistenciais e de cuidados com a saúde sem levar em conta a inserção social.¹⁹ Contrapõe-se a este modelo um conceito de deficiência que demanda sobretudo a participação da sociedade. Trata-se de um conceito social da deficiência, pois

Reconhecendo que a deficiência não está nas pessoas que tem algum impedimento de ordem física, mental, intelectual ou sensorial, mas na sociedade, que apresenta barreiras das mais variadas ordens (como arquitetônicas ou as atitudinais, por exemplo) que obstruem a participação plena e efetiva de tais pessoas na sociedade, em igualdade de condições com as demais. (ARAÚJO, p. 168, 2014).

Diante desta nova realidade as análises em torno da deficiência deverão considerar as especificidades de cada caso concreto e o contexto social em que a pessoa estiver inserida.²⁰

A Convenção reconhece o direito à igualdade perante à lei da pessoa com deficiência e apresenta o compromisso de “assegurar que as medidas relativas ao exercício da capacidade legal respeitem os direitos, a vontade e as preferências da pessoa, sejam isentas de conflito de interesses e de influência indevida, ” (Art. 12, Dec 6.949/2009). A concretização deste compromisso está figurada na Lei 13.146/2015 em seu artigo 6º que altera a capacidade civil da pessoa com deficiência tornando-a plenamente capaz de realizar os atos da vida civil, configurando o rompimento do

¹⁹ ARAUJO, Luiz Alberto David; MAIA, Maurício. O conceito de pessoas com deficiência e algumas de suas implicações no direito brasileiro. **Revista Constitucional e Internacional**, São Paulo, Ano 22, v.86, p. 166-181, Jan/Mar. 2014, p. 168

²⁰ Ibid, p. 169

“paradigma paternalista de proteção dessas pessoas”²¹ assumindo o da “autonomia, afirmando-se o direito à diferença”.²²

Direcionando a análise para o tema da educação inclusiva da pessoa com deficiência este novo paradigma incita examinar “O direito de ser, sendo diferente, na escola.” (MONTANO, p. 36, 2004). No entanto, é indispensável primeiramente referir-se acerca da combinação de dispositivos legais que estabelecem os fundamentos do reconhecimento das diferenças.

O Art. 1º inciso V da CR/88 traz a questão do pluralismo como um princípio que, por sua amplitude, tem implícito a capacidade de estabelecer “os direitos fundamentais da liberdade de expressão e de pensamento”²³, contrários ao individualismo²⁴, confirmando deste modo que as diferenças são inerentes ao Estado Democrático²⁵ e autorizando o ordenamento jurídico a incorporar a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com deficiência como norma constitucional.²⁶ E, por se tratar de um princípio estruturante e sociológico²⁷ da República Nacional Brasileira, ao se ligar ao Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.156/ 2015) concretiza as bases do reconhecimento das diferenças, instituindo a educação inclusiva como um direito fundamental²⁸.

Na Constituição de 1988, a materialização deste direito pode ser observada no artigo 6, que classifica o direito à educação como um direito fundamental social, no Art. 205 que define este direito como condição para o exercício da cidadania e

²¹ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo Pinheiro; BRAZZALE, Flávia Balduino. O Direito à Diferença é a Pessoa com Deficiência: Uma Ruptura no Regime das Incapacidades. *Revista Jurídica Cesumar.*, v. 17, n2, p. 323-350, 2015. Disponível em: DOI:<http://dx.doi.org/10.17765/2176-9184.2017/v17n2p323-350>>. Acesso em 10.set.2017. p. 324

²² Id.

²³ PIOVESAN, Flávia e Silva; SILVA, Roberto B. Dias da. Igualdade e diferença: o direito à livre orientação sexual na Corte Europeia de Direitos Humanos e no Judiciário brasileiro. In: VIEIRA, José Ribas (Org.). *20 anos da Constituição cidadã de 1988: efetivação ou impasse institucional?* Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 341-367, p. 358.

²⁴ TRAUTWEIN, José Roberto Della Tonia; PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. A educação inclusiva e a proibição de discriminação da pessoa com deficiência: desvendando a ação direta de inconstitucionalidade nº 5.357 do Supremo Tribunal Federal. *Revista Jurídica Direito e Paz.* São Paulo, Ano IX, nº 36, p. 195-216. 1º semestre 2017. p. 202-204

²⁵ Ibid, p. 203

²⁶ Ibid, p. 201

²⁷ Ibid, p. 213

²⁸ Id.

trabalho, sendo, portanto, um direito de todos e dever do Estado e da família, e no Art. 206 que expõe os princípios pelos quais a educação deve ser oferecida. O Art. 208 descreve as garantias para efetivação da educação como dever do Estado, com destaque para o inciso III, o qual informa o dever do “atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;” o Art. 227 que assenta a educação como dever da família, da sociedade e do Estado. A Convenção sobre os Direitos da Pessoa com deficiência (Decreto 6.949/2009), em seu no artigo 24 reconhece a educação com um direito do deficiente e a classifica como um “compromisso internacional e nacional”²⁹ do Estado. O Estatuto da Pessoa com Deficiência, no Capítulo IV, nos artigos 27 ao 30, atinentes à educação, apresenta um sistema inclusivo que coloca à disposição da Pessoa com Deficiência os “instrumentos necessários”³⁰ para o exercício de uma vida educacional sem restrições informando que é assegurado o sistema público e particular

inclusivo em todos os níveis e aprendizado ao longo de toda a vida, de forma a alcançar o máximo desenvolvimento possível de seus talentos e habilidades físicas, sensoriais, intelectuais e sociais, segundo suas características, interesses e necessidades de aprendizagem. (Art. 27, Lei 13.146/2015)

A educação inclusiva, como resultado de uma educação plural³¹, nasce para desestabilizar “o sistema atual de significação escolar excludente” (MONTANO, p. 39, 2004) e para mostrar que o aluno é “outro sujeito, sem identidade fixada em modelos ideais, permanentes, essenciais” (MONTANO, p. 39, 2004). Igualmente, ocorre o surgimento de uma nova mentalidade que não mais deverá se valer de um modo de funcionamento que provoque a produção de identidade e diferença,³² mas que seja efetivo em permitir que a pessoa com deficiência possa exercer este direito sem que a busca pela igualdade o descaracterize, mas para que se realize “O direito de ser, sendo diferente, na escola.” (MONTANO, p. 36, 2004)

A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5357 do Supremo Tribunal Federal, mencionada no início deste artigo, carrega na análise do relator a palavra “convívio”³³

²⁹ TRAUTWEIN, José Roberto Della Tonia; PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *op. cit.* p. 201

³⁰ *Ibid* p. 198

³¹ MANTOAN, Maria Teresa Eglér. O Direito de Ser, Sendo Diferente, na Escola. **Revista CEJ**, Brasília, v.8, nº 26, jul./set. 2004. p. 36-44. Disponível em: <http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/622/802>. Acesso em: 11 set. 2017. p. 39

³² *Id.*

³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5357**, *op cit.* p. 11

que até esta etapa do presente trabalho poderia ser atribuída principalmente à pessoa com deficiência. No entanto, sua abrangência ultrapassa a ideia da pessoa com deficiência em sentir-se acolhida e ter seus direitos fundamentais garantidos, e direciona-se à ideia da oportunidade que é dada à sociedade que a acolhe, pois é somente com

o convívio com a diferença e com o seu necessário acolhimento que pode haver a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, em que o bem de todos seja promovido sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (STF, ADIN 5357. p. 11)

E como resultado a “convivência com as pessoas com deficiência” (ARAUJO; MAIA, p. 175, 2014) suscitará o

estímulo da sociedade no sentido de “entender quais são os problemas enfrentados cotidianamente por tais pessoas e de aprendermos a lidar com eles, auxiliando e acolhendo as pessoas com deficiência. Certamente a falta de convivência com colegas de escola com deficiência diminui sensivelmente as chances de que, no futuro, os profissionais que surgirem desses bancos escolares vislumbrem naturalmente as necessidades dessas pessoas e a melhor forma de atendê-las.

3. A PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NOS CONTRATOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EDUCACIONAIS

É possível afirmar que situações de discriminação no Direito Privado são permitidas, o que pode ser explicado pelo fato da autonomia privada autorizar que escolhas sejam feitas sem a exposição de motivos.³⁴ Isso ocorre em face de sua natureza de direito fundamental, resultando na possibilidade de discriminação.³⁵ Tal afirmação indica a existência de limites ao campo de abrangência do princípio da igualdade no direito privado³⁶ e revela uma aplicação relativa deste direito fundamental,³⁷ confirmando que uma “derivação ilimitada de deveres diretamente dos direitos fundamentais pode atingir a autonomia privada no seu núcleo essencial” (CESA, p. 409, 2007).

³⁴ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. op. cit., p. 59

³⁵ Id.

³⁶ Ibid.

³⁷ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da, op. cit. 410

Neste sentido é revelado “a necessidade de harmonizar os direitos fundamentais com os princípios e valores do Direito Privado, definindo seu alcance em cada caso concreto” (PINHEIRO, p. 81, 2009). Em outras palavras, é cuidar de conduzir a uma “aplicação direta *prima facie*” (CESA, p. 410, 2007), significando que a eficácia destes direitos e os deveres de proteção exigem “uma ponderação entre alternativas que possui o detentor do direito fundamental” (CESA, p. 409, 2007) para concretizá-lo, do mesmo modo deve a autonomia privada “ser conciliada com o exercício de outras liberdades que compõe o Estado Democrático de Direito, como a igualdade e a solidariedade”. (PINHEIRO, p. 59, 2014)

A afirmação encontrada no primeiro capítulo deste artigo informa o direito privado brasileiro e tem cerrado os olhos aos deveres que decorrem da temática da antidiscriminação. Não obstante a isso as cláusulas gerais constantes no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor reduzem, mas “não afastam a incidência direta do direito fundamental à igualdade de tratamento nas relações contratuais” (PINHEIRO, p. 71, 2014).

Apesar da abrangência restrita dos efeitos conferidos pelo direito privado, a proteção infraconstitucional pode ser observada como normas de proteção contra a discriminação no contrato³⁸ ou, ao que Jorge Cesa Ferreira da Silva designa de instrumentos de proteção.³⁹ Estes instrumentos referem-se ao “dever de contratar, a indenização por danos extrapatrimoniais, deveres de omissão, a invalidade de cláusulas contratuais e o inadimplemento das obrigações” (PINHEIRO, p. 70, 2014).

Não cabe ao propósito deste capítulo explorar o funcionamento dos instrumentos de proteção. Contudo, a fim de relacionar ao tema proposto, merece menção o dever de contratar que encontra amparo infraconstitucional nos Códigos Civil e de Defesa do Consumidor. No primeiro, apesar de não haver previsão que obrigue a contratação, em caso de recusa discriminatória, possibilita o direito de indenização por perdas e danos, constituindo-se abuso de direito⁴⁰. No segundo caso, o “princípio da vinculatividade da oferta enseja o dever de contratar, admitindo-se execução específica, em face do Art. 35” (PINHEIRO, p. 70, 2014) que visa

³⁸ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo, op. cit., p. 70

³⁹ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da, op. cit., p. 403

⁴⁰ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo, Id.

proteger contra recusa discriminatória na contratação, visto que a realização do contrato não depende das qualidades pessoais do consumidor.⁴¹ A autonomia privada, revela-se, portanto, no que se refere à liberdade de contratar com um “menor valor operativo do que em outros casos de contratos civis”. (CESA, p. 414, 2007)

Ainda em sede infraconstitucional e em resposta ao tema proposto nesta pesquisa a proibição de discriminação da pessoa com deficiência nos contratos de prestação de serviços educacionais é expresso na Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência - Lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), em seu Capítulo IV do Direito à Educação, Art. 28, §1º o qual veda “a cobrança de valores adicionais de qualquer natureza em suas mensalidades, anuidades e matrículas no cumprimento dessas determinações”.

CONCLUSÃO

A este trabalho foi dado o desafio de buscar conhecer no tocante à existência de lacunas legislativas que permitem a manutenção de um ordenamento jurídico carente de uma lei geral de proteção contra a discriminação no direito privado, cuja evidência é dada pela ausência de debates acerca do tema. Adiciona-se a isso a necessidade incluir no catálogo sinais vedados carentes de proteção constitucional, como é o caso de orientação sexual e portadores de HIV.

Do mesmo modo, a sistematização dos sinais vedados que visem solucionar casos de modificabilidade de sinais nos grupos protegidos, justificado pelo reflexo na proteção contra a discriminação indireta (relacionada a grupos).⁴² Foi possível identificar a existência de um princípio de proteção contra a discriminação no direito privado brasileiro no que se refere à pessoa com deficiência nos contratos de prestação de serviços educacionais com a instituição do Estatuto da pessoa com deficiência em 2015.

⁴¹ Id.

⁴² SILVA, Jorge Cesa Ferreira da, et. al.

Ademais, este estudo propiciou não somente reconhecer a importância da efetivação de mecanismos de proteção das vítimas da discriminação, mas de perceber que conviver com o diferente dá à sociedade a oportunidade de um novo conhecimento, uma nova mentalidade

Referências

ARAÚJO, Luiz Alberto David; MAIA, Maurício. O conceito de pessoas com deficiência e algumas de suas implicações no direito brasileiro. **Revista Constitucional e Internacional**, São Paulo, Ano 22, v.86, p. 166-181, Jan/Mar. 2014

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5357, Pleno**, Relator Ministro Edson Fachin, julgado em 18 nov.2015

BRASIL. **Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009**. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm >. Acesso em 31.03.2017

BRASIL. **Lei 13.146/2015, de 06 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: 31.03.2017

BRAZZALE, Flávia Balduino; PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. Uma Reviravolta No Direito Protetivo: A Nova Curatela e a Pessoa Com Deficiência. **Revista Jurídica da UNI7**, [S.l.], v. 13, n. 2, p. 39-53, dez. 2016. ISSN 2447-9055. Disponível em: <<http://www.uni7setembro.edu.br/periodicos/index.php/revistajuridica/article/view/62>>. Acesso em: 28 ago. 2017. doi: <https://doi.org/10.24067/rju7,13.2:62>

MANTOAN, Maria Teresa Eglér. O Direito de Ser, Sendo Diferente, na Escola. **Revista CEJ**, Brasília, v.8, nº 26, jul./set. 2004. p. 36-44. Disponível em: <http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/622/802>. Acesso em: 11 set. 2017.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Contratos e Direitos Fundamentais**. Curitiba: Ed. Juruá, 2009.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. A proibição de discriminação nos contratos no direito brasileiro em face da experiência europeia: **Direitos Fundamentais e Justiça**, Ano 8, Nº 28, p. 52-81, Jul/Set. 2014

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo Pinheiro; BRAZZALE, Flávia Balduino. O Direito à Diferença é a Pessoa com Deficiência: Uma Ruptura no Regime das Incapacidades. **Revista Jurídica Cesumar.**, v. 17, n2, p. 323-350, 2015. Disponível em: DOI:<http://dx.doi.org/10.17765/2176-9184.2017/v17n2p323-350>>. Acesso em 10.set.2017.

PIOVESAN, Flávia e Silva; SILVA, Roberto B. Dias da. Igualdade e diferença: o direito à livre orientação sexual na Corte Europeia de Direitos Humanos e no Judiciário brasileiro. In: VIEIRA, José Ribas (Org.). *20 anos da Constituição cidadã de 1988: efetivação ou impasse institucional?* Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 341-367

RUIZ, Francisco J. Infante. La Protección contra la Discriminación mediante el Derecho Privado. InDret. **Revista para el análisis del derecho**, Barcelona, p. 2-17. Abr. 2008. Disponível em: WWW.INDRET.COM. Acesso em: 31.mar.2017.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. A Proteção Contra Discriminação no Direito Contratual Brasileiro. MONTEIRO, António Pinto; NEUNER, Jorg; SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Uma perspectiva de Direito Comparado. Coimbra: Almedina, 2007. p. 387-416.

TRAUTWEIN, José Roberto Della Tonia; PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. A educação inclusiva e a proibição de discriminação da pessoa com deficiência: desvendando a ação direta de inconstitucionalidade nº 5.357 do Supremo Tribunal Federal. **Revista Jurídica Direito e Paz**. São Paulo, Ano IX, nº 36, p. 195-216. 1º semestre 2017.

UNIÃO EUROPEIA. **Diretiva 2004/113/CE do Conselho de 13 de dezembro de 2004**. Aplica o princípio de igualdade de tratamento entre homens e mulheres no acesso a bens e serviços e seu fornecimento. Disponível em: < <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32004L0113>> Acesso em 31.03.2017