

**Org. das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura - UNESCO
Conselho Nacional de Educação – Câmara de Educação Básica – CNE/CEB**

PROJETO 914BRZ1009.2 CNE/UNESCO

**“A Qualidade Social da Educação Brasileira nos Referenciais de
Compromisso do Plano e do Sistema Nacional de Educação”**

Contrato nº. SA-2532/2015

Controle UNESCO 564571

ALESSANDRA GOTTI

São Paulo

2016

PRODUTO

Documento técnico contendo estudo referente aos processos de judicialização de temas tratados em Pareceres e Resoluções da Câmara de Educação Básica do Conselho Nacional de Educação, e pelo Plano Nacional de Educação, incluindo temas relativos à matrícula de crianças em creches e pré-escola por parte das redes municipais de educação; idade de corte para matrícula inicial na pré-escola; idade de corte para matrícula inicial no ensino fundamental; pré-requisitos para provimentos de cargos no magistério e demais profissionais da educação e outros que se evidenciem recorrentes durante os trabalhos de levantamento de informações.

Alessandra Passos Gotti

ABREVIACÕES

ACP	Ação Civil Pública
ADC	Ação Direta de Constitucionalidade
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
ATRICON	Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil
CEB	Câmara de Educação Básica
CNE	Conselho Nacional de Educação
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CNMP	Conselho Nacional do Ministério Público
CRFB/1988	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
EC	Emenda Constitucional
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
ENEM	Exame Nacional do Ensino Médio
INEP	Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira
LDB	Lei de Diretrizes e Bases da Educação
MEC	Ministério da Educação
MS	Mandado de Segurança
ONG	Organização Não-Governamental
PNE	Plano Nacional de Educação
PL	Projeto de Lei
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TRF-1	Tribunal Regional Federal da 1ª Região (Abrange os Estados: AC, AM, AP, BA, DF, GO, MA, MG, MT, PA, PI, RO, RR)
TRF-2	Tribunal Regional Federal da 2ª Região (Abrange os Estados: ES, RJ)
TRF-3	Tribunal Regional Federal da 3ª Região

	(Abrange os Estados: MS, SP)
TRF-4	Tribunal Regional Federal da 4ª Região (Abrange os Estados: PR, RS, SC)
TRF-5	Tribunal Regional Federal da 5ª Região (Abrange os Estados: AL, CE, PB, PE, RN, SE)
TJAC	Tribunal de Justiça do Acre
TJAL	Tribunal de Justiça de Alagoas
TJAP	Tribunal de Justiça do Amapá
TJAM	Tribunal de Justiça do Amazonas
TJBA	Tribunal de Justiça da Bahia
TJCE	Tribunal de Justiça do Ceará
TJDFT	Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios
TJES	Tribunal de Justiça do Espírito Santo
TJGO	Tribunal de Justiça de Goiás
TJMA	Tribunal de Justiça do Maranhão
TJMG	Tribunal de Justiça do Mato Grosso
TJMS	Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul
TJMG	Tribunal de Justiça de Minas Gerais
TJPA	Tribunal de Justiça do Pará
TJPB	Tribunal de Justiça da Paraíba
TJPR	Tribunal de Justiça do Paraná
TJPE	Tribunal de Justiça de Pernambuco
TJPI	Tribunal de Justiça do Piauí
TJRJ	Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro
TJRN	Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte
TJRS	Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul
TJRO	Tribunal de Justiça de Rondônia
TJRR	Tribunal de Justiça de Roraima
TJSC	Tribunal de Justiça de Santa Catarina
TJSP	Tribunal de Justiça de São Paulo
TJSE	Tribunal de Justiça de Sergipe
TJTO	Tribunal de Justiça de Tocantins

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1. BALANÇO DOS TEMAS DE EDUCAÇÃO BÁSICA COM INTENSA JUDICIALIZAÇÃO	8
1.1 VAGAS EM CRECHES E PRÉ-ESCOLAS	9
1.2 FÉRIAS EM CRECHES E PRÉ-ESCOLAS	19
1.3 LIMITE ETÁRIO PARA MATRÍCULA NA PRÉ-ESCOLA E NO 1º ANO DO ENSINO FUNDAMENTAL DE 9 ANOS	25
1.4. LIMITE ETÁRIO PARA MATRÍCULA EM CURSOS NA MODALIDADE DE JOVENS E ADULTOS (EJA) E REALIZAÇÃO DE EXAMES SUPLETIVOS	38
1.5. LIMITE ETÁRIO PARA CERTIFICAÇÃO DE CONCLUSÃO DO ENSINO MÉDIO COM BASE NA PONTUAÇÃO OBTIDA NO ENEM	46
1.6. REQUISITOS PARA PROVIMENTOS DE CARGOS NO MAGISTÉRIO E DEMAIS PROFISSIONAIS DA EDUCAÇÃO	53
1.7. OUTROS TEMAS RELACIONADOS À EDUCAÇÃO BÁSICA.....	57
1.7.1. O ensino religioso	57
1.7.2. O direito ao ensino inclusivo.....	58
1.7.3. O ensino domiciliar ou homeschooling	63
2. PARECERES E RESOLUÇÕES DA CÂMARA DE EDUCAÇÃO BÁSICA OBJETO DE QUESTIONAMENTO JUDICIAL.....	65
2.1 LIMITES ETÁRIOS	66
2.1.2. O limite etário para matrícula em cursos na modalidade de jovens e adultos (EJA) e realização de exames supletivos: a Resolução CNE/CEB nº 3/2010	68
2.1.3. O limite etário para certificação de conclusão do ensino médio com base na pontuação obtida no ENEM: as Portarias MEC nº 807/2010 e INEP nº 144/2012	72
2.1 FÉRIAS EM CRECHES E PRÉ-ESCOLAS: O PARECER CNE/CEB Nº 23/2012.....	73

3. PERSPECTIVAS E POSSIBILIDADES NA ATUAÇÃO DO CNE/CEB	78
3.1. UMA REFLEXÃO ESTRATÉGICA SOBRE A NECESSIDADE DE APERFEIÇOAMENTO DA TAXONOMIA APLICADA AO TEMAS DA EDUCAÇÃO	78
3.2 OS LIMITES ETÁRIOS E POSSÍVEIS SOLUÇÕES.....	86
3.2.1. O limite etário para matrícula inicial na pré-escola e no 1º ano do ensino fundamental de 9 anos.....	87
3.2.2. O limite etário para matrícula em cursos na modalidade de jovens e adultos (EJA), realização de exames supletivos e certificação de conclusão de ensino médio para ingresso no ensino superior	94
3.4. O RISCO DE UMA VISÃO EQUIVOCADA SOBRE O PAPEL DAS METAS DO PLANO NACIONAL DE EDUCAÇÃO: UM PISO E NÃO UM TETO	102
4. CONCLUSÕES	107

ANEXO I – Jurisprudência relativa à Educação Básica

INTRODUÇÃO

O objetivo do presente estudo é subsidiar as ações do CNE/CEB, no processo de revisão ou reafirmação das diretrizes curriculares nacionais e operacionais da educação brasileira, em virtude da judicialização crescente de temas da educação básica.

O CNE, no exercício de sua função de assessoramento do MEC e de monitoramento das metas do PNE, necessita estar continuamente atualizado sobre o cumprimento das diretrizes e da legislação educacional, devendo estar atento aos pleitos sociais decorrentes de avanços e modernização da educação brasileira, avaliando o seu impacto para o aprimoramento da qualidade da educação.

Para nortear essa atuação estratégica do CNE/CEB, é importante que seja feito um diagnóstico dos temas de educação básica que têm sido submetidos à análise do Poder Judiciário por diferentes atores, como é o caso do Ministério Público Federal, dos Ministérios Públicos Estaduais, das Defensorias Públicas, ONGs e pelas próprias famílias em defesa das crianças e adolescentes sob sua responsabilidade.

Para tanto serão examinados os principais temas de educação básica com intensa judicialização, assim como os Pareceres e Resoluções do CNE/CEB que têm sido questionados, a exemplo das Resoluções nº 1, de 14.01.2010, e nº 6, de 20.10.2010, que definem, respectivamente, diretrizes operacionais para a implantação do Ensino Fundamental de 9 anos e para a matrícula no Ensino Fundamental e na Educação Infantil fixando o corte etário para acesso a essas etapas.

Por fim, serão examinadas as perspectivas e possibilidades para atuação do CNE/CBE com vistas ao fortalecimento da Política Nacional de Educação definida no âmbito do CNE/MEC, em regime de articulação com os sistemas de ensino dos Estados, Distrito Federal e dos Municípios.

1. BALANÇO DOS TEMAS DE EDUCAÇÃO BÁSICA COM INTENSA JUDICIALIZAÇÃO

1.1. Vaga em creches e pré-escolas. 1.2. Férias em creches e pré-escolas. 1.3. Limite etário para matrícula na pré-escola e no 1º ano do ensino fundamental de 9 anos. 1.4. Limite etário para matrícula em cursos na modalidade de jovens e adultos (EJA) e realização de exames supletivos. 1.5. Limite etário para certificação de conclusão do ensino médio com base na pontuação obtida no ENEM. 1.6. Requisitos para provimento de cargos no magistério e demais profissionais da educação. 1.7. Outros temas relacionados à educação básica.

Inicialmente, é importante tecer breves comentários sobre a metodologia adotada para a realização deste estudo relacionado aos processos mais intensos de judicialização de temas de educação básica.

O levantamento de dados junto ao Ministério Público Federal, aos Ministérios Públicos Estaduais e Distrital e às Defensorias Públicas, como proposto no Termo de Referência que deu origem a essa consultoria, mostrou-se extremamente dificultoso. Os obstáculos encontrados devem-se ao fato de que não há, no âmbito dessas instituições, um repertório centralizado das demandas judiciais propostas, julgadas ou em trâmite, o que é agravado pela independência e autonomia funcionais dos profissionais destas Instituições.

Em virtude da inviabilidade de obtenção das informações diretamente nos operadores de justiça acima mencionados, adotou-se, como critério metodológico, a realização da pesquisa dos temas de educação básica com intenso processo de judicialização diretamente no Poder Judiciário.

A pesquisa no Poder Judiciário também não é tarefa fácil. Há dificuldades operacionais para a coleta de informações no próprio Poder Judiciário em função da inexistência de (a) um banco de dados unificado da jurisprudência existente; (b) da implementação em curso das Tabelas Processuais Unificadas, criadas pela Resolução

CNJ nº 46, de 18 de dezembro de 2007, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que visam à uniformização taxonômica e terminológica de classes, assuntos e movimentação processuais no âmbito da Justiça Estadual, Federal, do Trabalho e do Superior Tribunal de Justiça; (c) do alto nível de agregação dos assuntos relativos ao tema da “Educação”, como previsto nas Tabelas Processuais Unificadas do CNJ, o que exige um esforço adicional de pesquisa.

Os principais temas de educação básica que têm sido judicializados no Brasil foram selecionados utilizando-se como critério metodológico o **mapeamento qualitativo** das decisões proferidas pelo Poder Judiciário, em especial, no STF, STJ, TJs dos Estados e Distrital e TRFs.

O levantamento que será examinado a seguir teve como objetivo retratar os principais processos de judicialização de temas da educação básica no Brasil, assim como aqueles tratados em Pareceres e Resoluções do CNE/CEB, sem, contudo, qualquer pretensão de um levantamento censitário das demandas.

Registre-se que, propositalmente, não foi dado destaque a temas que possuem posição consolidada na jurisprudência nacional, como é o caso do dever de ofertar transporte escolar gratuito, na zona urbana e rural, inclusive a alunos com deficiência; do dever de fornecer merenda ou alimentação escolar; da obrigação de garantir acessibilidade e atendimento especializado ao aluno com deficiência e, no tocante aos profissionais do magistério, à discussão sobre o piso salarial nacional dos professores, sobretudo com o julgamento, pelo STF, da ADI Nº 4.167-DF, relatada pelo Ministro Joaquim Barbosa e julgada em 27.04.2011.

1.1 VAGAS EM CRECHES E PRÉ-ESCOLAS

A matrícula de crianças em creches e pré-escolas por parte das redes municipais de educação é objeto de demandas judiciais crescentes ajuizadas,

especialmente, por parte dos Ministérios Públicos Estaduais, Defensorias Públicas e pelas próprias famílias em nome das crianças.

Tradicionalmente, os demandantes sustentam, de um lado, que o direito à educação infantil é direito indisponível (artigo 208, IV e artigo 211, §2º, CRFB/1988; artigo 54, I e §1º do ECA; artigo 4º, I, artigo 5º e artigo 29 da LBB) e que não pode ser avocada a reserva do possível como escusa para não o assegurar, já que a sua implementação não está na esfera de discricionariedade do gestor.

Por outro lado, os Municípios sustentam em sua defesa, basicamente, que a educação infantil não é direito público subjetivo, já que esta etapa não é considerada educação obrigatória (artigo 208, I, §1º e 2º e artigo 211, §2º, CRFB/1988; artigo 54, IV, §1º e §2º do ECA; artigo 4º, II, artigo 5º, §2º e §4º, artigo 11, V da LBB); que o Poder Judiciário não pode imiscuir-se na esfera de decisão discricionária do Executivo, sob pena de violar o princípio da separação dos poderes; c) que há necessidade de previsão orçamentária para tanto.

É certo que, com a EC nº 59/2009, o ensino obrigatório passou a abarcar toda a educação básica dos 4 aos 17 anos de idade, assegurando-se inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria, o que deve ser implementado progressivamente até 2016.

Isso significa dizer que, a partir de 2016, a pré-escola é expressamente considerada obrigatória e, portanto, direito público subjetivo, de modo que o seu não oferecimento, ou sua oferta irregular, importa crime de responsabilidade da autoridade competente.

Todavia, mesmo antes da EC nº 59/2009, é fato que o Poder Judiciário, na prática, entende, majoritariamente, que o direito à educação é direito indisponível e não está jungido ao critério de conveniência e oportunidade da Municipalidade, não podendo inclusive ser alegada a chamada “cláusula da reserva do possível”, isto é, a indisponibilidade de recursos financeiros.

Assim, ainda que se argumente que a educação infantil não faz parte da educação obrigatória (à exceção, a partir de 2016, da pré-escola) e seu descumprimento não gera, em tese, crime de responsabilidade do gestor, na medida em que o Poder Judiciário condena os Municípios a atender a demanda em creches, sob o argumento de que o direito à educação infantil é indisponível, o descumprimento da decisão judicial, por si só, enseja a configuração de crime de responsabilidade (Lei nº 1.079/1950, artigo 2º e artigo 12, nº 2 e Decreto-lei nº 201/1967, artigo 1º, XIV, §1º e §2º), produzindo consequência equivalente.

A respeito do posicionamento judicial sobre as demandas relativas à educação infantil em creches e pré-escolas, convém destacar que o STF firmou entendimento - após o julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 410.715-5 SP e Recurso Extraordinário nº 436.996-6 - no sentido de que é dever do Estado, especificamente dos Municípios, garantir o direito à educação infantil, previsto no artigo 208, inciso IV da CRFB/1988. Enfatizou a Suprema Corte que tal direito representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferido às crianças lhes assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola¹.

No julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 410.715-5 SP, o Relator, Ministro Celso de Mello, sustentou, na demanda, que versava sobre o atendimento em creches e pré-escolas, que, de um lado, há o direito público subjetivo à educação e, de outro lado, há o dever jurídico-social atribuído notadamente ao Município (artigo 211, §2º da CRFB/1988) de viabilizar, em favor, das crianças de zero a seis anos de idade (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola².

¹ Brasil – STF – 2ª Turma – Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 410.715-5 SP e Recurso Extraordinário nº 436.996-6 – Agravante: Município de Santo André – Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo – Relator: Ministro Celso de Mello – j. 22.11.2005.

² Ibid.

Sob essa ótica, pontuou - na esteira do posicionamento adotado no julgamento, em 2004, da ADPF 45³, de sua relatoria -, que, em casos excepcionais, e quando os órgãos estatais competentes se mostrarem omissos, o Poder Judiciário poderá formular e implementar políticas públicas, para que não restem vulnerados os direitos fundamentais, como é o caso do direito à educação. Destacou, ademais, que, salvo a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível, a “cláusula da reserva do possível” não pode ser invocada pelo Estado com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos fundamentais.

Tal entendimento foi inclusive sedimentado nas **Súmulas 63 e 65** que dispõem que:

SÚMULA 63

“É indeclinável a obrigação do Município de providenciar imediata vaga em unidade educacional a criança ou adolescente que resida em seu território”.

SÚMULA 65

“Não violam os princípios constitucionais da separação e independência dos poderes, da isonomia, da discricionariedade administrativa e da anualidade orçamentária as decisões judiciais que determinam às pessoas jurídicas da administração direta a disponibilização de vagas em unidades educacionais ou o fornecimento de medicamentos, insumos, suplementos e transporte a crianças ou adolescentes”.

Essa prerrogativa jurídica impõe ao Estado a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, o efetivo acesso e

³ “ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental – Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal – Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais – Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador – Considerações em torno da cláusula da ‘reserva do possível’ – Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do ‘mínimo existencial’ – Viabilidade instrumental da arguição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração)”. (Brasil – STF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45-DF/MC – Agravante: Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB – Agravado: Presidente da República – Relator: Ministro Celso de Mello – Decisão monocrática – j. 29.04.2004).

atendimento das crianças em creches e pré-escolas, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental.

Mais recentemente, em 2011, no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 639.337-SP, o Ministro Celso de Mello reiterou que, a educação infantil em creches e pré-escolas, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública. Salientou que “os Municípios – que atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) – não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Constituição, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se de atendimento das crianças em creche e na pré-escola (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social”⁴.

De forma inovadora, no julgamento deste Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 639.337-SP, o STF sustentou que “o princípio da proibição do retrocesso social” impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que, uma vez concretizados, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado, no todo ou em parte.

Por fim, é importante mencionar que foi reconhecido pelo Plenário, em 24.05.2012, a Repercussão Geral no Agravo de Instrumento n.º 761.908, relatado pelo Ministro Luiz Fux, tendo como Agravante o Município de Criciúma-SC e Agravado o Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Nesse recurso será examinada a autoaplicabilidade do artigo 208, IV, da CRFB/1988, no tocante ao dever do Estado de assegurar o atendimento em creches e pré-escolas às crianças de zero a seis anos de idade.

⁴ Brasil – STF – 2ª Turma – Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 639.337 SP – Agravante: Município de São Paulo – Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo – Relator: Ministro Celso de Mello - j. 23/08/2011.

Já no âmbito do STJ, a 1ª e a 2ª Turmas possuem posicionamento pacificado no sentido de que o Estado é obrigado a assegurar o direito à creche e à pré-escola, com fundamento no artigo 54, IV do ECA (obrigação de assegurar atendimento a crianças em creche e pré-escolas); no artigo 11, V da LDB (aos Municípios incumbe oferecer educação infantil em creches e pré-escolas); no artigo 208, IV da CRFB/1988 (atendimento em creche e pré-escola); e no art. 211, §2º da CRFB/1988 (os Municípios atuaram prioritariamente no ensino fundamental e educação infantil).

Partindo do pressuposto de que a educação é um direito fundamental indisponível, os TJs têm assegurado o direito à matrícula em creches e pré-escolas, sobretudo em ações individuais e coletivas de direitos individuais homogêneos (com listas de nomes de crianças) propostas pelo Ministério Público Estadual, Defensoria Pública e famílias. Destacam-se, a título exemplificativo, as seguintes decisões:

- a) TJSP: assegurou o direito à matrícula no estabelecimento de ensino pleiteado ou em qualquer outro que, distante mais de 2,5 km da residência da criança, deverá ter transporte fornecido pelo Município ou por alguém por ela contratado, sem qualquer custo aos representantes da criança, sob pena de multa diária⁵;
- b) TJRS: condenou o Município a fornecer vaga em escola de ensino infantil e a fornecer transporte escolar, caso a matrícula não seja efetivada em local próximo da residência do infante⁶;
- c) TJSP: garantiu vaga em creche, argumentando que ela é primordial para que os pais possam exercer atividade laborativa, possibilitando-lhes meios

⁵ Brasil –TJSP – Câmara Especial – Apelação nº 994.09.224.451-0 (SP) – Apelante: Município de São Paulo – Apelado: Promotor de Justiça da Vara de Infância e Juventude Foro Regional de Santo Amaro - Relator: Des. Maia da Cunha – j. 15.03.2010.

⁶ Brasil –TJRS – 7ª Câmara Cível – Apelação nº 70049978695 – Apelante: Município de Garibaldi – Apelante: ENZO C. C. (menor), representados pela Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul – Relatora: Des. Sandra Brisolara Medeiros – j. 26.09.2012. No mesmo sentido: Apelação Cível nº 70047872023 – 7ª Câmara Cível – Relatora: Des. Liselena Schifino Robles Ribeiro – j. 19.04.2012; Agravo de Instrumento nº 70048409643 – 7ª Câmara Cível – Relator: Des. Jorge Luís Dall'Agnol – j. 18.04. 2012; Apelação Cível nº 70047246186 – 8ª Câmara Cível – Relator: Des. Ricardo Moreira Lins Pastl – j. 12.04.2012; Agravo de Instrumento nº 70046236865 – 8ª Câmara Cível – Relator: Des. Alzir Felipe Schmitz – j. 15.03.2012; Apelação Cível nº 70046607420 – 8ª Câmara Cível – Relator: Des. Luiz Felipe Brasil Santos – j. 15.03.2012; Agravo nº 70047225172 – 7ª Câmara Cível – Relator: Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves – j. 14.03.2012.

para o sustento dos filhos, de modo que a negativa de ofertar vaga em creche, além de ferir o ECAD, configura desrespeito ao princípio da dignidade humana⁷.

Em direção diametralmente oposta, há decisões do TJDFT no sentido de que a matrícula advinda de ordem judicial implica tratamento diferenciado em relação àqueles que buscam o Poder Judiciário, gerando a preterição das demais crianças que permanecem nas listas de espera no aguardo da vaga, o que violaria o princípio da isonomia⁸.

Como não existem vagas em número suficiente, sustenta o TJDFT que a Subsecretaria de Planejamento, Acompanhamento e Avaliação Educacional - SUPLAV, por meio da Coordenação Regional de Planejamento, Acompanhamento e Avaliação Educacional - CREPAV e da Coordenação de Acompanhamento da Oferta Educacional - CACOED, no intuito de normatizar e padronizar os procedimentos referentes à ocupação de vagas na educação infantil na Rede Pública e em Instituições Conveniadas, em creches e pré-escolas, elaborou um Manual com diretrizes gerais e os critérios sociais de prioridade de atendimento, tais como risco pessoal, social e nutricional, renda familiar e ser filho de mãe trabalhadora (www.cre.se.df.gov.br/ascom/documentos/manual_creche.pdf).

Segundo o TJDFT, diante da inexistência de vagas disponíveis, “o artigo 208, inciso IV, não deve ser interpretado, à luz do princípio da reserva do possível, como direito subjetivo da parte de exigir do Estado a matrícula em escola determinada, que atenda em período integral e se situe próximo ao local de trabalho de seus genitores”, sendo necessário, para o acolhimento da pretensão, que o demandante, demonstre, por prova documental, “haver vagas na escola em que pretende ser matriculada”⁹.

⁷ Brasil –TJSP – Câmara Especial – Apelação nº 990.10.025.152-0 – Apelante: Município de São Paulo – Apelado: Promotor de Justiça da Vara da Infância e Juventude do F. R. de Santo Amaro - Relator: Des. Maia da Cunha – j. 10.05.2010.

⁸ Brasil –TJDFT – 2ª Turma Cível – Agravo de Instrumento nº 20150020103036AGI (0010413-81.2015.8.07.0000) – Agravante: Rafael Brayner Borges De Lima - Agravado: Distrito Federal - Relatora: Des. Leila Arlanch – j. 26.08.2015.

⁹ Brasil –TJDFT – 2ª Turma Cível – Apelação nº 20140110648320APC (0015018-50.2014.8.07.0018) – Apelante: Distrito Federal – Apelado: Kemylli Gabriele Bezerra De Souza - Relator: Des. J.J. Costa Carvalho – j. 21.10.2015. No mesmo sentido: Acórdão nº 889315 (20140111316129APO) - 2ª Turma Cível - Relatora: Des. Gislene Pinheiro

Excepcionalmente, quando a vaga é concedida em tutela antecipada e a criança é matriculada, o TJDFT mantém a vaga sob o entendimento de que o decurso do tempo consolidou a situação, não sendo razoável retirar a criança do estabelecimento educacional e inseri-la em nova lista de espera.

No tocante às ACPs pleiteando direitos difusos, como é o caso daquelas que contém pedido de matrícula de futuros demandantes, ampliação de rede, planejamento da política pública de educação infantil e previsão orçamentária adequada, constatou-se que havia uma grande resistência dos Tribunais a dar provimento a essas ações.

Entretanto, vislumbra-se a modificação do padrão decisório do Poder Judiciário no tocante a essas demandas.

A esse respeito convém citar a decisão proferida pelo TJRS que, em ACP, determinou a realização de medidas necessárias para ampliação do número de vagas ofertadas nas escolas municipais de educação infantil, de forma a contemplar todas as crianças inscritas na lista de espera existente, bem como para as crianças que forem inscritas posteriormente, sob pena de bloqueio de valores necessários para a manutenção das crianças em rede particular, até a realocação nas instituições públicas, em estabelecimento educacional próximo à residência¹⁰.

Importante mencionar que a Municipalidade de Osório pleiteou, na hipótese de não ser dado provimento ao seu recurso pelo TRSP, que fosse condenada tão somente ao cumprimento das metas do PNE, alegando que:

- (1) os documentos juntados ao processo demonstram todo o esforço realizado para atender a integralidade da demanda existente;
- (2) cumpre as metas e estratégias do PNE, salientando que a oferta de vagas irá aumentar nos próximos anos;

– j. 19.08.2015; Acórdão nº 871241 (20130111238918EIC) - 2ª Turma Cível - Relator: Des. Mariozam Belmiro – j. 25.05.2015.

¹⁰ Brasil – TJRS – 8ª Câmara Cível – Apelação nº 70062170121 (CNJ nº 0409575) – Apelante: Município de Osório – Apelado: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul - Relator: Des. Ricardo Moreira Lins Pastl – j. 05.03.2015.

- (3) a central de vagas do Município otimizou as listagens de todas as escolas, diminuindo a lista de espera;
- (4) não tem condições de cumprir integralmente todos os pedidos de vagas em educação infantil, pois não possui capacidade física ou estrutural para atender todos os interessados;
- (5) a decisão recorrida afronta à previsão orçamentária municipal e o princípio da separação dos poderes.

Merece destaque outro julgado proferido pelo TJRS ao determinar a abertura de vagas de educação infantil na rede municipal ou, na falta de vagas, a matrícula em escolas privadas, próximas de suas residências, ou custeando o transporte necessário, para todas as crianças que estão e para as que no futuro estiverem na lista de espera das escolas municipais, tudo às expensas da municipalidade¹¹. Nesta demanda, a Municipalidade de Guaporé, reportando-se ao artigo 6º da Emenda Constitucional nº 59/2009, que estabelece que o disposto no inciso I do artigo 208 da CRFB/1988 deverá ser implementado progressivamente até 2016, nos termos do PNE, sustentou que está implantando de forma progressiva o atendimento à educação infantil e que não pode ser exigido que o Município atenda 100% da demanda de vagas da educação infantil antes do prazo estabelecido.

Finalmente, por seu ineditismo, convém citar a paradigmática decisão proferida pelo TJSP na ACP que condenou o Município de São Paulo a¹²:

1. criar, entre os anos de 2014 e 2016, no mínimo, 150 (cento e cinquenta) mil novas vagas em creches e em pré-escolas para crianças de zero a cinco anos de idade, disponibilizando 50% (cinquenta por cento) nos primeiros 18 (dezoito) meses, das quais 105 (cento e cinco mil) em tempo integral em creche para crianças de zero a 3 (três) anos idade, de forma a eliminar a lista de espera, garantida a qualidade da educação ofertada, observando-se para tanto, quer quanto as unidades de ensino já existentes na rede escolar, quer referentemente àquelas que vierem a ser criadas, as normas básicas editadas pelo CNE e, suplementarmente, aquelas expedidas pelo Conselho Municipal de Educação;

¹¹ Brasil –TJRS – 7ª Câmara Cível – Apelação nº 70057522229 (CNJ nº 0476849-84.2013.8.21.7000) – Apelante: Município de Guaporé – Apelado: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul - Relator: Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves – j. 29.01.2014.

¹² Brasil –TJSP – Câmara Especial – Apelação nº 0150735-64.2008.8.26.0002 – Apelantes: Ação Educativa Assessoria, Pesquisa e Informação; Instituto de Cidadania Padre Josimo Tavares; Casa dos Meninos; Centro de Direitos Humanos e Educação Popular de Campo Limpo (CDHEP); e Associação Internacional de Interesses à Humanidade Jd. Emídio Carlos e Irene, todas integrantes do “MOVIMENTO CRECHE PARA TODOS” – Apelado: Município de São Paulo - Relator: Des. Walter de Almeida Guilherme – j. 16.12.2013.

2. incluir na proposta orçamentária a ampliação da rede de ensino atinente à educação infantil de acordo com a ampliação determinada;
3. apresentar a este Juízo, no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, plano de ampliação de vagas e de construção de unidades de educação infantil para atendimento do estipulado no item “1”;
4. apresentar, semestralmente, relatórios completos sobre as medidas tomadas para efeito do cumprimento da obrigação fixada no item “1”. A esses relatórios terão acesso, no exercício de monitoramento, a Coordenadoria da Infância e da Juventude, a quem caberá, como posto no Acórdão que apreciou o Agravo Regimental já mencionado, fornecer ao Juízo, bimestralmente, informações sobre o cumprimento do julgado e articular com a sociedade civil e com outros órgãos do Tribunal, com a Defensoria Pública e com o Ministério Público, se necessário, a forma de acompanhamento da execução da decisão, seja no tocante à criação de novas vagas, seja no referente ao oferecimento de educação com qualidade, nos termos do que está sendo determinado. Fica claro que esse monitoramento não retira do Juiz do processo o poder de determinar, de ofício ou a requerimento das partes, outras medidas que se fizerem necessárias, para que a decisão tenha efetividade, sendo certo, ademais, que, a qualquer momento o Juiz do processo, poderá fixar astreintes para compelir os responsáveis a cumprir as determinações.

Vale destacar que foi determinante para a obtenção da decisão proferida, a ampla articulação feita entre ONGs, Ministério Público do Estado de São Paulo, Defensoria Pública do Estado de São Paulo, especialistas em litigância estratégica, bem como a realização, de forma inédita pelo TJSP, de Audiência Pública, na qual foram ouvidas, dentre outros, a Secretaria Municipal de Educação, a Procuradoria do Município, especialistas e a comunidade escolar.

Essa decisão adota um padrão decisório diferenciado pautado pelo diálogo interinstitucional entre Poder Executivo e Poder Judiciário e pela participação social, atribuindo à Coordenadoria da Infância e da Juventude, assessorada por um Comitê de Monitoramento constituído na fase de execução do julgado, o dever de fiscalizar o cumprimento do Plano de Expansão da criação de 150.000 vagas em educação infantil.

Trata-se de uma “engenharia jurídica” inovadora no Brasil, que tem sido adotada com êxito em países com Constituições garantistas similares à brasileira, que prestigiam a temática dos direitos sociais. Nessa sistemática, é fundamental que “seja

estabelecido um ‘diálogo entre os poderes constituídos com vistas à solução do caso concreto. Neste diálogo, o Poder Judiciário tem o papel de esclarecer os parâmetros normativos que os poderes respectivos (Legislativo ou Executivo), ao analisar o caso concreto, deverão observar, remanescendo-lhe a supervisão da execução da medida acordada ao longo do tempo, mediante a realização de audiências periódicas de monitoramento”¹³.

1.2. FÉRIAS EM CRECHES E PRÉ-ESCOLAS

O oferecimento de atendimento em creches e pré-escolas em período ininterrupto, durante o recesso escolar, tem sido objeto de ACPs propostas, sobretudo, pela Defensoria Pública e Ministério Público em vários Municípios.

Como será visto mais detalhadamente no **tópico 2.2**, o CNE/CEB examinou essa questão no Parecer nº 8/11, de Relatoria do Conselheiro César Callegari, aprovado, por unanimidade, em 07.07.2011 e, posteriormente, submetido a reexame, por meio do Parecer nº 23/2012, de Relatoria da Conselheira Malvina Tânia Tuttman, aprovado pelo CEB, por unanimidade, em 06.12.2012, e homologado por despacho ministerial publicado no D.O.U. de 19.03.2013.

Em síntese, entendeu o CNE/CEB que é adequada a exigência de recesso escolar nessa etapa, como ocorre nas demais, mas ressaltou que a demanda de atendimento nas creches e pré-escolas durante o recesso pode ser feita em articulação com outras Secretarias, como a assistência social, saúde, cultura, esportes e proteção social, que poderão, se necessário, utilizar os espaços físicos das escolas.

Esse assunto ainda não foi julgado pelo STF e STJ, mas já foi analisados por alguns TJs.

¹³ GOTTI, Alessandra. “Uma Estratégia Alternativa de Litigância para os Direitos Sociais”. In: SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva e SIQUEIRA NETO, José Francisco (Coord); DUARTE, Clarice Seixas e MENEZES, Daniel Francisco Nagão (Org). *60 Desafios do Direito – Política, Democracia e Direito*. Volume 3. São Paulo: Editora Atlas, p. 110.

É o caso da ACP proposta pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo para determinar ao Município de Santos o atendimento de forma ininterrupta em berçários, creches ou entes recreativos substitutos de pré-escola durante o recesso escolar e férias de julho para crianças cujos pais necessitem assistência social, sob pena de multa diária, assim como a veicular, com antecedência necessária, no jornal oficial, a abertura de vagas e respectivos critérios.

Em sua defesa, o Município alegou, em síntese, não estar obrigado ao fornecimento ininterrupto de creche e pré-escola; atender a dispositivos constitucionais e normas previstas na LDB; não poder o Judiciário determinar a adoção de medidas relacionadas à assistência social, sob pena de ofensa ao princípio da harmonia e independência dos poderes. Ao avaliar esta demanda, o TJSP negou provimento ao Recurso de Apelação interposto pelo Município de Santos, pontuando que¹⁴:

- os direitos ao ensino infantil e fundamental são constitucionalmente garantidos, além de assegurados pelo ECA (artigos 53, V, e 54, IV), assim como pela LDB;
- é irrelevante o fato de não existir previsão legal expressa da não interrupção do serviço pois o atendimento aos direitos da criança possui prioridade absoluta;
- o serviço público relativo à educação é essencial e não pode ser interrompido e nem tampouco prestado de modo insuficiente (princípios da continuidade e da eficiência dos serviços públicos essenciais);
- é insuficiente a prestação dos serviços no recesso escolar nos estabelecimentos denominados “pólos”, pois há lista de espera de crianças;
- é possível haver determinação judicial para que sejam implementadas políticas públicas constitucionalmente previstas se, diante dessa omissão, forem atingidos direitos dessa natureza, até porque não existe discricionariedade no seu cumprimento.

Da mesma forma, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo ajuizou ACP para garantir a prestação contínua do ensino infantil ministrado em estabelecimentos oficiais ou conveniados à Municipalidade de São Paulo, a qual foi julgada procedente

¹⁴ Brasil –TJSP – Câmara Especial – Apelação/Reexame Necessário nº 990.10.23 0569- – Apelante: Município de Santos – Apelada: Defensoria Pública do Estado de São Paulo - Relator: Des. Encinas Manfre – j. 13.09.2010.

em primeira instância. Ao analisar o Recurso de Apelação interposto pela Municipalidade de São Paulo, o TJSP negou provimento ao recurso, sustentando que¹⁵:

- a legitimação ativa da Defensoria Pública para o ajuizamento de ação na defesa de interesse coletivo dos necessitados é garantida pela Lei Complementar nº 80/94, alterada pela Lei Complementar nº 132/2009, de modo que não procede o pedido de suspensão do feito para que se aguarde o julgamento da ADIN nº 3943 que questiona a constitucionalidade da Lei nº 11.448/07 (altera o artigo 5º, da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, que disciplina a ACP, legitimando para sua propositura a Defensoria Pública);
- improcede a preliminar de incompetência do Juízo do Foro Regional de São Miguel Paulista para determinar a continuidade de serviços de ensino infantil fora de sua área de abrangência. Isso porque, diante da subdivisão da Comarca de São Paulo em diversos Foros Regionais, a “competência territorial do órgão prolator”, mencionada no dispositivo legal, deve ser interpretada de forma a abranger todo o Município de São Paulo. Não seria razoável, portanto, exigir o ajuizamento de uma ACP em cada Foro Regional;
- a educação infantil é direito indisponível assegurado expressamente pelo artigo 208, inciso IV da CRFB/1988 e pelo artigo 54, inciso IV do ECA e tem por finalidade o desenvolvimento integral da criança, compreendidos os aspectos físico, psicológico, intelectual e social (artigo 29, LDB), cabendo aos Municípios a atuação prioritária na educação infantil (artigo 211, §2º, da CRFB/1988) mediante a oferta de vaga em creches e pré-escolas (artigo 11, inciso V, LDB);
- além de seu caráter pedagógico, a educação infantil possui, também, uma natureza assistencial, pois a obtenção de vaga em creche é primordial para que os pais possam exercer atividade laborativa, possibilitando-lhes obter o sustento da família (artigo 1º, incisos III e IV, da CRFB/1988);
- a educação infantil possui a qualidade de serviço público essencial, o que inviabiliza a adoção do sistema de plantão, em que poucas vagas são proporcionadas a um universo de mais de 100 mil crianças.
- o Parecer do CNE relativo à questão não tem força de lei nem vincula o Poder Judiciário, que tem a missão de interpretar a CRFB/1988e as leis.
- a manutenção nos prédios dos estabelecimentos de ensino deve ser feita conciliando-se com a rotina de atividades, tal como em outros prédios onde se realiza serviço público essencial

¹⁵ Brasil –TJSP – Câmara Especial – Apelação nº 0221522- 90.2009.8.26.0000 – Apelante: Município de São Paulo – Apelada: Defensoria Pública do Estado de São Paulo – Interessados: Sindicato Trabalhadores Administração Pública e Autarquias SP, SEDIN - Sindicato dos Trabalhadores nas Unidades de Educação Infantil da Rede Direta e Autárquica do Município de SP, SINPEEM - Sindicato dos Profissionais em Educação no Ensino Municipal de São Paulo, SINESP - Sindicato dos Especialistas de Educação do Ensino Público do Município de SP, APROFEM - Sindicato dos Professores e Funcionários Municipais de São Paulo e AME - associação - Relator: Des. Silveira Paulilo – j. 26.03.2012.

e continuado - Hospitais, Delegacias de Polícia, Bombeiros - e o direito às férias será concedido mediante escalonamento;

- a ininterruptão do serviço público de educação infantil, para as crianças até 5 anos, deve ser garantido pela rede direta e pela rede conveniada.

No Município de Salvador, a Defensoria Pública do Estado da Bahia ingressou com ACP para garantir o funcionamento ininterrupto das creches/centros de educação infantil tendo em vista que o calendário de funcionamento previa interrupção do serviço durante as férias escolares, não obstante consubstancie serviço público essencial. Aduziu que as creches não podem ser consideradas instrumentos meramente educacionais porquanto têm caráter também assistencial (arts.7º, XXV e 203 da CRFB/1988), devendo ser garantido o seu funcionamento inclusive durante o recesso e férias escolares, sob pena de multa diária no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Argumentou que o CNE, em dezembro de 2012, modificou o Parecer CNE nº 08/2011 e determinou o funcionamento das creches durante as férias escolares.

O TJBA deu provimento ao recurso da Defensoria Pública condenando o Município a proporcionar o funcionamento de creches, de forma contínua, inclusive em períodos de férias ou recesso escolar, sob pena do pagamento de multa diária arbitrada em R\$5.000,00 (cinco mil reais), pelos seguintes motivos¹⁶:

- o Poder Judiciário deve exercer o controle de legalidade da conduta do administrador que deixa de proporcionar o funcionamento ininterrupto de creches/centros de educação infantil da cidade, serviço tido essencial, a evidenciar descumprimento de dispositivos constitucionais, arts.7º, XXV e 203, da CRFB/1988;
- a teor dos artigos 53, incisos I e V e artigo 54, inciso IV do ECA e dos artigos 205, 208, inciso IV, 211, §2º e 227 da CRFB/1988 há o dever de prestar o serviço público de educação infantil, em caráter ininterrupto, objetivando garantir proteção à infância e à família, conforme os artigos 7º e 203, incisos I e II da CRFB/1988, o que não se insere no âmbito da discricionariedade administrativa;
- não obstante o caráter eminentemente educacional das creches, exsurge evidente a reconhecida a sua finalidade assistencial. Trata-se de serviço público essencial, qualificado,

¹⁶ Brasil –TJBA – 4ª Câmara Cível – Apelação n.º 0013588-76.2011.8.05.0001 – Apelante: Defensoria Pública do Estado da Bahia – Apelado: Município de Salvador - Relatora: Des. Lícia de Castro L. Carvalho – j. 2013.

devendo ser prestado de maneira eficiente e contínua, sem sofrer interrupções, eis que subsumido ao disposto no artigo 22, do Código de Defesa do Consumidor e artigo 175, parágrafo único, inciso IV, da CRFB/1988.

Já no Município de Canela, a ACP foi ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul visando a continuidade do fornecimento do serviço público de atendimento em creches e pré-escolas municipais e/ou subsidiadas pelo Poder Público durante todos os meses do ano, de maneira ininterrupta (excetuados finais de semana e feriados) e em período integral (matutino e vespertino), impedindo-se, assim, que qualquer beneficiário seja obstado de frequentar as creches e pré-escolas municipais, requerendo, ainda, a fixação de multa diária de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), no caso de descumprimento da ordem judicial.

O Município de Canela interpôs Agravo de Instrumento contra a decisão, que deferiu parcialmente a liminar, para que no prazo de 60 dias cumprisse a obrigação constitucional de oferecer à comunidade local educação infantil, em creches e pré-escolas municipais e/ou subsidiadas pelo Poder Público, de forma ininterrupta, em especial nos períodos de recesso nos finais de ano e de férias relativas aos outros níveis de educação (férias de inverno e de verão), ressalvados os feriados e finais de semana, devendo ainda ser garantida a presença de funcionários em número suficiente de forma que seja prestado de maneira adequada o aludido serviço, sob pena de multa diária, fixada em R\$ 2.000,00 a ser revertida em favor do Fundo Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente de Canela.

Ao negar provimento ao Agravo de Instrumento, o TJRS sustentou que¹⁷:

- a despeito do teor do Parecer CNE/CEB nº. 23/2012, que reexaminou o Parecer CNE/CEB nº. 8/2011 (que trata da admissibilidade de períodos destinados a férias e a recesso em instituição de Educação Infantil), e que defende o fechamento de creches e pré-escolas em período de férias e recesso escolar, não há espaço para que o serviço público educacional não seja fornecido de forma ininterrupta;

¹⁷ Brasil –TJRS – 8ª Câmara Cível – Agravo de Instrumento n.º 70056310204 (CNJ: 0355647-43.2013.8.21.7000) – Agravante: Município de Canela – Apelado: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul - Relator: Des. Ricardo Moreira Lins Pastl – j. 05.12.2013.

- o direito à educação infantil constitui direito fundamental social, que deve ser assegurado pelo ente público municipal, garantindo-se o atendimento em creches ou pré-escolas às crianças de zero a cinco anos de idade, com absoluta prioridade, nos termos dos artigos 208, IV, da CRFB/1988, e artigo 54, IV, do ECA;
- enquanto não sobrevier decisão do STF no AI nº 761.908, em que foi reconhecida Repercussão Geral acerca da auto-aplicabilidade do art. 208, IV, da CRFB/1988, permanece sendo majoritariamente adotada no TJRS e no STJ o entendimento de que deve ser assegurado pelo ente público;
- a LDB, nos artigos 4º, IV e artigo 30, incisos I e II, igualmente assegura o direito à educação em creches e pré-escolas, sendo incumbência do Município oferecê-la nos termos do artigo 11, inciso V, da LDB;
- as regras da CRFB/1988, do ECA e da LDB visam a garantir a educação, apresentando-se como ações necessárias a serem obedecidas por parte do Município, exigindo-se o seu cumprimento quando não realizado de maneira espontânea pela Administração, por intermédio da tutela jurisdicional, garantindo de forma coercitiva a efetividade dos direitos lesados;
- não há que se falar em ocorrência de desrespeito à autonomia do Executivo por parte do Judiciário. Esposar essa compreensão a cada vez que estiver em jogo algum interesse estatal – o que parece ter sido regra –, é simplesmente negar a existência de uma função estatal em face da outra, o que é descabido;
- é adequado o prazo concedido pelo juízo singular – 60 dias – para que o Município cumpra integralmente sua obrigação constitucional, prestando o serviço público educacional em creches e pré-escolas de maneira ininterrupta, em especial nos períodos de férias e recesso escolar, na medida em que tem conhecimento da providência reclamada pelo menos desde julho de 2013;
- é cabível a cominação de multa diária no valor diário de R\$ 2.000,00, como meio de coerção a emprestar efetividade à decisão judicial objetivando compelir o réu ao cumprimento da obrigação de fazer, determinada em título judicial (artigo. 461, caput e §§ 4º e 5º, Código de Processo Civil), ante a inexistência de outras formas para garantir a sua concretização. É possível a revisão do valor fixado a título de multa diária mesmo em sede de execução, desde que tenha se tornado insuficiente ou excessivo, não estando tal aspecto acobertado pela proteção à coisa julgada, a teor do disposto no § 6º do artigo 461 do Código de Processo Civil.

Embora não haja uma intensa judicialização deste assunto, devido ao padrão decisório já adotado e ao impacto que possui no planejamento da política pública de educação infantil, optou-se por enfocá-lo neste estudo.

1.3 LIMITE ETÁRIO PARA MATRÍCULA NA PRÉ-ESCOLA E NO 1º ANO DO ENSINO FUNDAMENTAL DE 9 ANOS

Instaurou-se em torno do corte etário para matrícula inicial na pré-escola e no primeiro ano do ensino fundamental uma intensa judicialização.

Tais demandas questionam, sobretudo, a constitucionalidade do critério fixado pelas Resoluções nº 1 e 6, de 2010, do CNE/CNE, que exigem que até o dia 31 de março do ano em que ocorrer a matrícula, a criança tenha 6 anos completos para ingresso no primeiro ano do ensino fundamental e 4 anos completos para ingresso na pré-escola. O argumento central dessas demandas é que tais Resoluções violam o princípio da acessibilidade à educação básica obrigatória e gratuita dos 4 aos 17 anos de idade e o princípio da igualdade, por meio de critério restritivo inidôneo.

Também foram alvo de questionamento as diversas resoluções e leis sobre o tema editadas pelos Conselhos Estaduais de Educação e unidades da federação brasileira.

No STF, pendem de análise duas demandas (ADC e ADPF) que possuem o potencial de solucionar o impasse em torno do tema, já que as decisões a elas relativas têm eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos Tribunais e órgãos da administração pública em casos futuros.

A primeira é a ADC nº 17, ajuizada em 5.10.2007, pelo Governador do Estado do Mato Grosso do Sul, com pedido de medida cautelar, tendo por objeto a declaração de constitucionalidade dos artigos 24, inciso II, artigo 31 e artigo 32, *caput* da LDB, sob a alegação de que os inúmeros questionamentos judiciais no sentido de que a exigência de 6 anos completos até a data do início do ano letivo, ou até o término do mês correspondente, para ingresso no primeiro ano do ensino fundamental, atentam contra o artigo 208, inciso V da CRFB/1988 e o artigo 54, inciso V do ECA, que reproduz o texto constitucional. Em síntese, busca essa demanda o reconhecimento da

constitucionalidade da exigência de 6 anos para ingresso no primeiro ano do ensino fundamental.

Em defesa dos aludidos dispositivos, a ADC sustenta que o legislador constituinte, no artigo 22, inciso XXIV, atribuiu à União a competência para legislar sobre diretrizes e bases da educação, o que foi feito pela LDB.

Nesse passo, quando da ampliação do ensino fundamental para 9 anos, a opção do legislador pelo critério cronológico, aplicado a todos de forma isonômica, foi adotada com amparo em estudos pedagógicos que demonstram ser necessário fixar uma idade mínima de 6 anos completos para o acesso ao ensino fundamental. Apontou ainda que a educação infantil não é um preparo para o ensino fundamental, mas possui propósitos próprios como reconhecido pela CRFB/1988 no artigo 208, IV.

A Procuradoria Geral da República manifestou-se no sentido de que as normas são constitucionais e admitem duas interpretações (6 anos completos no início do ano letivo ou no decorrer do ano letivo), cabendo aos Estados e ao Distrito Federal a sua escolha no exercício da competência legislativa concorrente (artigo 24, IX da CRFB/1988), conforme decidiu o STF na ADI 682 em que reputou constitucional lei do Estado do Paraná que faculta a matrícula escolar antecipada para crianças que completem 6 anos até o final do ano letivo, por entender que o Estado agiu no exercício de sua competência concorrente de legislar sobre educação.

Por sua vez, o Ministro de Estado da Educação, em suas Informações, manifestou-se no sentido de que:

- o critério da faixa etária foi erigido como requisito necessário para definir o ingresso na criança na educação básica;
- a não utilização do requisito etário atrai a aplicabilidade da teoria da reserva do possível visto que o Estado estaria obrigado a realizar avaliações psicopedagógicas específicas por *experts* em milhões de crianças para avaliar a sua capacidade intelectual e desenvolvimento psicológica. Exigiria, ainda, a reformulação das propostas pedagógicas, implantação de infraestrutura adequada e de recursos didáticos apropriados;

- o critério da idade cronológica é utilizado pelo ordenamento jurídico em diversas situações, como é o caso da obrigatoriedade do alistamento eleitoral e do voto para maiores de 18 anos, da idade mínima para elegibilidade para diversos cargos públicos; da imputabilidade penal que se inicia aos 18 anos, dentre outros;
- a definição da idade de 6 anos como indispensável ao início do ensino fundamental não é arbitrária, mas fundamentada nas fases do desenvolvimento normal da criança;
- a LDB regulamenta o artigo 208 da CRFB/1988, que é norma programática, delineando os parâmetros para o exercício do direito à educação, sendo que a adoção do critério cronológico para ingresso no ensino infantil ou fundamental não viola qualquer preceito constitucional.

Em 17.12.2010, o Relator Ministro Ricardo Lewandowski, ao apreciar o pedido de medida cautelar, o indeferiu por entender que não se pode concluir, de pronto, a generalização de decisões judiciais em que se questiona a constitucionalidade dos artigos 24, inciso II, artigo 31 e artigo 32, *caput* da LDB ou mesmo de julgados em que sua incidência seja afastada. Em 16.06.2015, foi substituído o Relator, que passou a ser o Ministro Edson Fachin.

A segunda demanda que está na pauta do STF é a ADPF¹⁸ nº 292, proposta pela Procuradora-Geral da República, Helenita Caiado de Acioli, em 17.09.2013. O fundamento da ADPF nº 292 centra-se no fato de que as Resoluções nº 1 e 6, de 2010, do CNE, gerariam uma oferta irregular de educação, por violar a determinação constitucional da educação básica obrigatória dos 4 aos 17 anos de idade. Além disso, sustentou-se que as Resoluções violariam o princípio da igualdade no acesso à educação, na medida em que gerariam um tratamento diferenciado entre as crianças dos diferentes Estados da Federação pelo fato de terem sido suspensas por decisões judiciais em vários Estados.

Nesse contexto, a situação gerada pelas Resoluções seria a seguinte¹⁹:

¹⁸ Uma das espécies de ações de controle concentrado e abstrato julgadas pelo STF, a ADPF tem, dentre suas finalidades, evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.

¹⁹ Quadro reproduzido da petição inicial da ADPF nº 292, p. 5.

Quadro Comparativo da Educação Básica

(dos 4 [quatro] aos 17 [dezesete] anos de idade – art. 208, I c/c o IV, da CF/88)

Ensino Infantil	Criança que completou 4 (quatro) anos até 31 de dezembro (Sem restrição de acesso)	Criança que <u>não</u> completou 4 (quatro) anos até 31 de março (Com restrição inconstitucional de acesso)
1º ano Ensino Infantil	4 anos	5 anos
2º ano Ensino Infantil	5 anos	6 anos
Ensino Fundamental	Aluno que completou 6 anos até 31 de dezembro (Sem restrição de acesso)	Aluno que <u>não</u> completou 6 anos até 31 de março (Com restrição inconstitucional de acesso)
1º ano Ensino Fundamental	6 anos	7 anos
2º ano Ensino Fundamental	7 anos	8 anos
3º ano Ensino Fundamental	8 anos	9 anos
4º ano Ensino Fundamental	9 anos	10 anos
5º ano Ensino Fundamental	10 anos	11 anos
6º ano Ensino Fundamental	11 anos	12 anos
7º ano Ensino Fundamental	12 anos	13 anos
8º ano Ensino Fundamental	13 anos	14 anos
9º ano Ensino Fundamental	14 anos	15 anos
Ensino Médio		
1º ano Ensino Médio	15 anos	16 anos
2º ano Ensino Médio	16 anos	17 anos
3º ano Ensino Médio	17 anos	18 anos

Diante da relevância da matéria e da existência de inúmeras ações judiciais sobre a data do corte etário, o Relator da ADPF 292, Ministro Luiz Fux, ao invés de conceder de plano a medida liminar para suspender os efeitos das Resoluções, solicitou informações para o Ministério da Educação, o Advogado-Geral da União e o Procurador Geral da República.

Em suas informações, o MEC, em 27.09.2013, esclareceu que as Resoluções buscam uniformizar o ingresso na educação básica, representando uma importante etapa na definição do marco regulatório nacional para orientar os sistemas de ensino na implantação do ensino fundamental de 9 anos, em regime de colaboração com todos os entes federados. Acrescentou que a data do corte etário foi precedida de

inúmeras audiências públicas que contaram com a participação de Conselhos de Educação dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, representações de secretários estaduais e dirigentes municipais de Educação, além de parcela significativa de professores e dirigentes de ensino.

Por sua vez, o Advogado-Geral da União, em 11.10.2013, posicionou-se, quanto ao mérito, no sentido de que não há qualquer restrição ilegal ao acesso à educação, mas apenas e tão somente operacionalização da matrícula dos estudantes em cada uma das etapas da educação infantil e do ensino fundamental. Finalmente, o Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot Monteiro de Barros, em 21.07.2014, opinou, no mérito, pela improcedência do pedido por entender que a fixação da data de 31 de março do ano em que ocorrer a matrícula como critério para definição do ingresso na pré-escola e no ensino fundamental não afronta o art. 208, I e IV, e §1º da CRFB/1988.

No entendimento do Procurador-Geral da República, não há que se falar em lesão a preceito fundamental, pois não se negará à criança acesso à educação, já que se completar 4 anos após a data prevista lhe será oferecido acesso à educação infantil, por meio de creche, e, se completar 6 anos após 31 de março do ano da matrícula, lhe será garantido acesso à pré-escola. Outrossim, com relação a violação ao princípio da isonomia ao acesso à educação, Janot posicionou-se no sentido de que as Resoluções possuem caráter nacional e devem ser aplicadas em todos os Estados e Municípios da federação.

À primeira vista, pode parecer contraditório o fato do Procurador-Geral da República ter se posicionado contrariamente à pretensão da ADPF, na medida em que a ação foi proposta pelo mesmo órgão. Todavia, tratando-se de ação de controle concentrado, que busca a análise da conformidade de dispositivo legal à CRFB/1988, ainda que tenha havido uma mudança de posicionamento do autor da demanda, não se admite desistência da ação, pois não se tratam de direitos disponíveis.

A idoneidade do critério adotado para operacionalizar a matrícula na pré-escola e ensino fundamental será examinada pelo STF. Caberá aos seus 11 Ministros essa decisão.

Sabe-se de antemão que o Ministro Luiz Fux, relator da ADPF nº 292, sustentou, em 2007, enquanto Ministro do STJ, a ilegalidade da Resolução do Estado do Mato Grosso do Sul que estabelecia data de corte etário para ingresso no primeiro ano do ensino fundamental²⁰, admitindo o ingresso das crianças que tenham completado 6 anos após a data de corte por meio da apresentação de laudo feito por uma equipe multidisciplinar (composta por um professora da rede estadual, um professor da rede municipal e um psicólogo).

Apesar de não conhecer do Recurso pela Súmula 7 (*a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial*), o Ministro destacou no julgado que *“ressoa inconcebível que direitos consagrados em normas menores como Circulares, Portarias, Medidas Provisórias, Leis Ordinárias tenham eficácia imediata e os direitos consagrados constitucionalmente, inspirados nos mais altos valores éticos e morais da nação sejam relegados a segundo plano (...)Deveras, matricular um menor de seis anos no início do ano e deixar de fazê-lo com relação aquele que completaria a referida idade em um mês, por exemplo, significa o mesmo que tenta legalizar a mais violenta afronta ao princípio da isonomia, pilar não só da sociedade democrática anunciada pela Carta Magna, mas também ferir de morte a dignidade humana”*. Por fim, fez referência ao acerto das ponderações realizadas pelo Ministério Público Estadual: *“Ressalta-se, contudo, que não é o caso de permitir que crianças com cinco anos sejam matriculados na primeira série do ensino fundamental de forma irresponsável e sem que se tome qualquer precaução quanto ao acerto dessa medida. O que a decisão, ratificada na instância inferior, busca é possibilitar que as crianças venham a completar os seis anos de idade do decorrer no ano letivo desde que sejam consideradas aptas através de laudo fornecido por equipe multidisciplinar (composta por um professor da rede estadual, um professor da rede municipal e um psicólogo) nomeada pelo juízo, possam*

²⁰ Brasil – STJ – 1ª Turma – Recurso Especial nº 753.565-MS (2005/0086585-2) – Recte.: Estado do Mato Grosso do Sul – Recdo: Ministério Público do Estado do Mato Grosso do Sul - Relator: Ministro Luiz Fux – j. 27.03.2007.

exercer o seu direito sagrado de educação, fornecido (obrigatoriamente) pelo Estado e de forma gratuita, de acordo com a capacidade de cada aluno". Votaram com o Relator os Ministros Teori Albino Zavascki (que atualmente compõe o STF), Denise Arruda e José Delgado²¹.

Há, porém, um importante precedente do STJ a favor das Resoluções nº 1 e 6, de 2010, do CNE/CEB.

Recentemente, em 14 de dezembro de 2014, ao julgar o Recurso Especial nº 1.412.704-PE na ACP proposta pelo Ministério Público Federal, o STJ decidiu que as Resoluções do CNE são legítimas e devem ser observadas pelo Estado de Pernambuco. O Relator, Ministro Sérgio Kukina, observou que, pela leitura do artigo 32 da LDB, é intuitivo que *“previsto o início do ensino fundamental para crianças que já contem com 6 anos de idade, não se pode ver ilegalidade nas inquinadas Resoluções do CNE, no que restringem tal acesso às crianças que tenham 5 anos ou menos de idade”*. Acrescentou que *“o critério cronológico adotado pelas autoridades educativas federais não se revela aleatório, tendo sido precedido de diversas audiências públicas e ouvidos diversos experts no assunto”*, de modo que, conclui ele, *“está-se, a bem da verdade, frente a uma ‘falsa polêmica’, pois qualquer outra data de corte que estabelecesse, anterior ou posterior à atual, geraria descontentamento de uma parcela de interessados”²²*.

Alvo de vigoroso questionamento judicial, diversas ACPs foram ajuizadas no território nacional pelo Ministério Público Federal resultando na suspensão das Resoluções do CNE em vários Estados da federação, como é o caso de Minas Gerais, Ceará, Rondônia, Tocantins, Bahia, Pará, e, mais recentemente, Maranhão, de modo que o quadro de vigência das Resoluções de corte etário é o seguinte:

²¹ Brasil – STJ – 1ª Turma – Recurso Especial nº 753.565-MS (2005/0086585-2) – Recte.: Estado do Mato Grosso do Sul – Recdo: Ministério Público do Estado do Mato Grosso do Sul - Relator: Ministro Luiz Fux – j. 27.03.2007.

²² Brasil – STJ – 1º Turma – Recurso Especial nº1, 412.704-PE (2013/0352957-0) – Recte.: Ministério Público Federal e União – Recdo: Os mesmos - Relator: Ministro Sérgio Kukina – j. 16.12.2014.

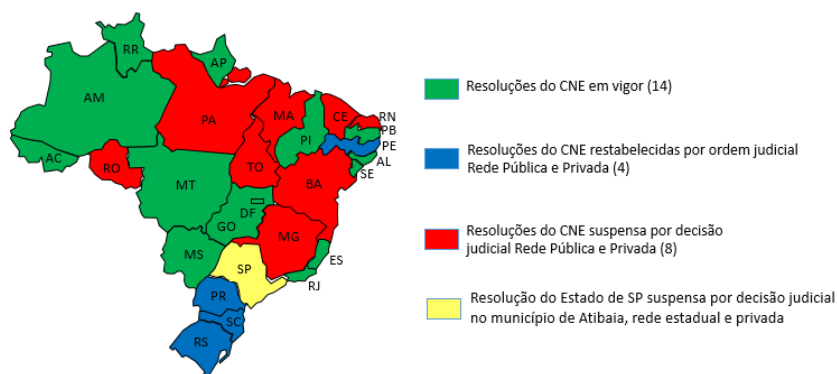


Figura 1 - Mapa da Vigência das Resoluções CNE/CEB nº 1 e 6 no território nacional²³

²³ O mapa da vigência das Resoluções CNE/CEB nº 1/2010 e nº 6/2010 no território nacional foi elaborado considerando as notas referenciais nelas informadas (à exceção da decisão relativa ao Município de Atibaia, rede estadual e privada de São Paulo, que não consta nestas notas):

Nota 1: Em observância ao acórdão do STJ que, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial da União, em ordem a julgar improcedente a ACP movida pelo Ministério Público Federal, nos termos do Sr. Ministro Relator Sérgio Kukina, estão reestabelecidos os efeitos das Resoluções CNE/CES nº 1 e nº 6, de 2010 no Estado de Pernambuco, uma vez que “não se descortina traços de ilegalidade, abusividade ou ilegitimidade no conteúdo das indigitadas resoluções, as quais, de resto, nenhum abalo ocasionam ao direito de acesso à educação fundamental pelas crianças em idade própria”. (REsp 1.412.704/PE)

Nota 2: Em medida cautelar, o TRF-3 deferiu antecipação de tutela, suspendendo os efeitos das Resoluções CNE/CEB nº 1/2010 e nº 6/2010, no âmbito do Estado de Minas Gerais.

Nota 3: Em cumprimento tutela antecipada 3ª Vara Federal/RN atribuiu efeito suspensivo parcial à apelação apenas para limitar a eficácia da sentença ao âmbito do Processo nº 0502752-72.2013.4.05.8400.

Nota 4: Em cumprimento à sentença prolatada na ACP nº 0011280-82.2013.4.05.8100 (5ª Vara Federal da Seção Judiciária no Estado do Ceará), que confirmou a tutela antecipada concedida, as Resoluções CNE/CEB nº 1/2010 e nº 6/2010 estão suspensas a toda a Rede Pública e Privada de Ensino do Estado do Ceará.

Nota 5: Em cumprimento à Decisão Judicial – 30ª Vara Cível da Seção Judiciária no Estado do Rio de Janeiro, Ação nº 0110404-95.2013.4.02.5101, que atribuiu efeito suspensivo das Resoluções CNE/CEB nº 1/2010 e nº 6/2010 a toda a Rede de Ensino do Estado do Rio de Janeiro e estendeu o mesmo efeito ao Distrito Federal. Excluída no dia 10 de fevereiro de 2015, em razão de o Parecer nº 01/20/2015-PRURJ/CSP/AMS, exarado pela Procuradoria Regional da União na 2ª Região, informar que no tocante à força executória da ACP nº 0110404-95.2013.4.02.5101 (30ª VF/RJ) ainda não há qualquer ordem judicial requerida pelo MPF para exigir do MEC que suspenda as Resoluções em tela no que diz respeito à limitação etária para ingresso no primeiro ano do ensino fundamental.

Nota 6: Em cumprimento à sentença prolatada na ACP nº 1167-27.2013.4.01.4100, os artigos 2º e 3º da Resolução CNE/CEB nº 1/2010 e os artigos 2º, 3º e 4º da Resolução CNE/CEB nº 6/2010, bem como os artigos 3º, §1º, e 5º, da Resolução Estadual nº 824/2010, estão suspensos no âmbito de toda a Rede Pública e Privada de Ensino do Estado de Rondônia.

Nota 7: Em cumprimento à decisão proferida no bojo da ação judicial Apelação/Reexame Necessário nº 500600-25.2013.404.7115/RS (1ª Vara Federal de Santa Rosa/RS) que atribuiu duplo efeito às apelações, estão restabelecidos os efeitos das Resoluções CNE/CEB nº 1/2010 e nº 6/2010 aos Sistemas de Ensino da área de abrangência do TRF-4, isto é, dos Estados do Rio Grande do Sul, Santa Catarina e Paraná.

Nota 8: Em cumprimento à sentença prolatada na ACP nº 382-38.2014.4.01.4300, os artigos 2º e 3º da Resolução CNE/CEB nº 1/2010 e os artigos 2º, 3º e 4º da Resolução CNE/CEB nº 6/2010, bem como o artigo 4º da Resolução CEE/TO nº 01/2011, com alteração dada pela Resolução CEE/TO nº 23/2013, estão suspensos no âmbito de toda a Rede Pública e Privada de Ensino do Estado de Tocantins.

Nota 9: Em cumprimento à sentença prolatada na ACP nº 839-07.2012.4.013309, as Resoluções do CNE/CEB nº 1/2010, e nº 6/2010, bem como outras normas de idêntico teor que as sucederam, estão suspensas nos Municípios abrangidos pela Subseção Judiciária de Guanambi – Estado da Bahia, de modo que resta autorizada a matrícula na primeira série do ensino fundamental, em todas as instituições de ensino compreendidos pela mencionada subseção

Os principais argumentos aduzidos nas demandas coletivas, que objetivam a reavaliação dos critérios de acesso na pré-escola e no primeiro ano do ensino fundamental são que a Resolução CNE/CEB nº 1/2010 e 6/2010, além de não possuírem amparo legal, violam garantias constitucionais de acesso ao ensino (artigo 208, inciso I, da CRFB/1988 e, em especial, o artigo 208, inciso V, da CRFB/1988, assim como os princípios da isonomia e razoabilidade.

Das 27 unidades que compõem a federação brasileira, as Resoluções já estiveram suspensas em 13 deles e continuam em 8. Em Pernambuco voltaram a vigorar após o julgamento pelo STJ, em 14 de dezembro de 2014, do Recurso Especial nº 1.412.704-PE. No Rio Grande do Sul, Paraná e Santa Catarina as Resoluções foram restabelecidas após reforma da sentença pelo TRF-4ª Região.

Não se pode olvidar também que o Ministério Público Estadual obteve decisão judicial em Atibaia, mantida pelo TJSP²⁴, para suspender a Resolução Estadual - que prevê o dia 30 de junho como data de corte - no Município de Atibaia e nas redes estadual e privada.

Além dessas demandas, há outras ações coletivas ajuizadas pelos Ministérios Públicos Estaduais e há centenas e centenas de MS impetrados em todo o

judiciária, das crianças com 06 (seis) anos incompletos após 31 de março do ano letivo a ser cursado, e que completem essa idade até 31 de dezembro do mesmo ano.

Nota 10: Em cumprimento à sentença prolatada na ACP autos nº 44696-33.2012.4.01.3300, a Resolução do CNE/CEB nº 6/2010, bem como outras normas de idêntico teor que a sucederam, está suspensa no Estado da Bahia, de modo que a União e o Estado da Bahia se abstêm de exigir dos Municípios que integram essa unidade da federação, bem como das escolas particulares (rede privada de ensino), o cumprimento das disposições relativas à restrição etária para ingresso no ensino infantil, garantindo a matrícula das crianças com menos de 04 (quatro anos), uma vez comprovada a sua capacidade intelectual, através de avaliação psicopedagógica a cargo de cada entidade de ensino.

Nota 11: Em cumprimento à decisão liminar proferida na ACP nº 340414520124013900, estão suspensos os efeitos das Resoluções CNE/CEB nº 1/2010 e nº 6/2010, e demais atos posteriores que as reproduziram, para garantir a matrícula na 1ª série do Ensino Fundamental, em todas as Instituições de Ensino do Estado do Pará, públicas e particulares, das crianças menores de 6 (seis) anos de idade até 31 de março do ano letivo a ser cursado, uma vez comprovada sua capacidade intelectual mediante avaliação psicopedagógica a ser realizada por cada entidade de ensino.

Nota 12: Em cumprimento à decisão liminar proferida na ACP nº 47752-67.2014.4.01.3700, os artigos 2º e 3º da Resolução CNE/CEB nº 1/2010 e os artigos 2º, 3º e 4º da Resolução CNE/CEB nº 6/2010, bem como o artigo 1º, parágrafo único, da Resolução Estadual nº 343/2010 – CEE, estão suspensos no âmbito de toda a Rede Pública e Privada de Ensino do Estado do Maranhão.

Os efeitos das Resoluções CNE/CEB nº 1/2010 e nº 6/2010 seguem em vigor no restante do território brasileiro.

²⁴ Brasil – TJSP – Câmara Especial – Apelação nº 0013403-72.2012.8.26.0048 – Apelantes: Fazenda do Estado de São Paulo e Município de Atibaia - Apelado: Promotor de Justiça da Vara Infância e Juventude de Atibaia - Relator: Des. Carlos Dias Motta – Julgamento 07.04.2014.

território nacional, pelas famílias ou pelas Defensorias Públicas Estaduais, pleiteando a matrícula no primeiro ano do ensino fundamental e na pré-escola sem a observância da data do corte etário:

- a) TJSP: partindo da premissa de que a educação infantil é garantida ao educando até os 5 anos, entende que o acesso à etapa seguinte (ensino fundamental), deve vir imediatamente após, ou seja, a partir dos 5 anos e um dia de idade, não sendo minimamente razoável que a criança que complete 6 anos até 30 de junho o direito à matrícula e a partir daí, já com 6 anos, tenha que aguardar o próximo ano letivo;²⁵
- b) TJMG: adota o entendimento de que os artigos 205 e 208, incisos I e V da CRFB/1988 e dos artigos 53, inciso V e 54, incisos I e V do ECA asseguram a máxima proteção à criança e ao adolescente, sobretudo no que se refere à educação, visando sempre à promoção do melhor desenvolvimento, sem imposição de faixas etárias preestabelecidas, atentando-se à capacidade de cada indivíduo. Salieta que “o critério estabelecido pelo CNE não pode revestir-se de natureza absoluta, sob pena de tornar letra morta a previsão constitucional de "acesso aos níveis mais elevados do ensino segundo a capacidade de cada um". (...) Tendo em vista, que a Lei Maior não fixou limites mínimo e máximo de idade, bem como não impôs a fase de ensino por faixa etária, e sim, ao revés, elegeu como princípio a proteção do acesso das crianças e adolescentes à educação, de forma ampla e irrestrita, de acordo com a capacidade de cada um, o ato da autoridade coatora de não efetivar a matrícula do aluno, ao argumento de limite etário, não se afigura legítimo. Esta é a posição unânime deste Tribunal acerca do direito subjetivo do infante

²⁵ Brasil –TJSP – 9ª Câmara de Direito Público – Apelação nº 0000403-84.2012.8.26.0539 – Apelante: Fazenda Pública do Estado de São Paulo – Apelado: Luiz Henrique Almeida Pinto, representada por sua mãe e outra – Relator: Des. Rebouças de Carvalho– j. 27.11.2013. No mesmo sentido, julgado no qual sustentou que “a limitação imposta pela Resolução nº 7, de 14 de dezembro de 2010, do Conselho Nacional de Educação, está em dissonância com o artigo 208, inciso IV, da Constituição Federal”: Brasil –TJSP – 9ª Câmara de Direito Público – Apelação nº 0000551-58.2014.8.26.0076 – Apelante: Fazenda Pública do Estado de São Paulo – Apelado: Camila Leão Moraes dos Santos, representada por sua mãe e outra – Relator: Des. Rebouças de Carvalho– j. 20.02.2015.

menor de seis anos em obter matrícula regular no primeiro ano do ensino fundamental”²⁶;

- c) TJSC: entende que não é razoável a interrupção do ciclo educacional "em virtude de mera observação cronológica contida friamente em normas sobre o assunto”²⁷;
- d) TJPR: em MS impetrado pela Escola Aquarela Infantil Maringaense Ltda. para reconhecer o direito de realizar a matrícula na 1ª série do Ensino Fundamental de crianças com 06 (seis) anos incompletos (a completar até o dia 31 de dezembro do ano letivo correspondente), conforme regulamenta a Lei Estadual nº 16.049/2009²⁸, o TJPR entendeu que a CRFB/1988, acompanhada pelo ECA, assegura o direito de acesso à educação nos níveis mais elevados de ensino, de modo que não é plausível negar a frequência às aulas a uma criança que poderia perfeitamente acompanhá-las, pelo mero fato dela não computar a idade mínima exigida. Ou seja, antes da idade, é a capacidade individual do infante o fator de maior relevância para justificar o seu ingresso ou progressão nos níveis de escolarização. Aduziu que “a Lei nº 11.274/2006, que passou a prever o Ensino Fundamental com duração de 09 (nove) anos, não teve por intenção alterar a idade de conclusão do Ensino Fundamental em relação ao sistema anterior de 08 (oito) anos, mas sim antecipar o ingresso das crianças no Ensino Fundamental. Desse modo, concluído o Ensino Infantil aos 05 (cinco) anos de idade, conforme determina o art. 208, IV da CRFB/1988, e ingressando a

²⁶ Brasil –TJMG – 3ª Câmara Cível – Apelação/Reexame Necessário nº 1.0514.12.000208-4/002 – Autor: Matheus Calixto Dias Alves, representado por sua genitora Valéria Dias Alves – Réu: Município Pitangui – Relator: Des. Judimar Biber – j. 30.04.2015. Em outro julgado sustentou que “atrelar o direito à educação a uma limitação por faixa etária exige que se situações especiais sejam examinadas, não se mostrando legítimo impedir que a criança tenha acesso ao ensino fundamental por força de simples Resoluções, Portarias, etc., sem a demonstração de que faltam condições físicas e psicológicas ao menino matriculando. Com efeito, embora a Constituição da República garanta esse direito aos 06 anos de idade, nada impede que a criança com idade inferior possa progredir para etapa mais avançada de ensino, se se encontra madura, e se esta é a consequência natural do método de ensino a que se submeteu nos anos anteriores” (Brasil –TJMG – 5ª Câmara Cível – Apelação nº 1.0145.10.049596-2/001 – Apelante: Município de Juiz de Fora – Apelados: Lara Bastos Teodoro Basilio, representada por seu genitor Edeson Luiz Basílio e outros – Relator: Des. Luís Carlos Gambogi – j. 07.11.2013).

²⁷ Brasil –TJSC – 2ª Câmara de Direito Público – Reexame Necessário em Mandado de Segurança nº. 2013.050881-2 – Impetrante: V. P., representado por seu genitor M. dos P. – Impetrados: Supervisor de Educação Básica e Profissional da Secretaria de Estado de Educação e outro – Relator: Des. João Henrique Blasi – j. 13.09.2013.

²⁸ A Lei Estadual nº 16.049/2009 dispõe em seu art. 1º que “Terá direito à matrícula no 1º ano do Ensino Fundamental de Nove Anos, a criança que completar 6 anos até o dia 31 de dezembro do ano em curso.”

criança na 1ª série com 05 (cinco) anos completos e 06 (seis) anos a completar até o final do ano letivo, os alunos continuarão concluindo o Ensino Fundamental aos 14 (quatorze) anos de idade, como o era no sistema anterior. Em situações semelhantes, este Tribunal – inclusive por meio do seu Órgão Especial – tem se pronunciado no sentido de que todas as crianças com 05 (cinco) anos completos, e que completarem 06 (seis) anos de idade na pendência do ano letivo correspondente, podem ser matriculadas na 1ª série do Ensino Fundamental”²⁹;

- e) TJDF: entendeu, ao analisar recurso interposto por criança que completaria a idade mínima exigida para o ingresso na pré-escola, 20 dias após a data recomendada na Resolução nº 1, de 11 de setembro de 2012, - CNE/CEB, que esse critério, por si só, não demonstra qualquer diminuição da capacidade de aprendizado da aluna, razão pela qual o critério etário adotado na norma deve ser interpretado com razoabilidade e proporcionalidade. Sustentou que “a maturidade intelectual e desenvolvimento da criança devem ser privilegiados em detrimento, simplesmente, da idade cronológica, notadamente quando a diferença entre a idade da aluna e a idade exigida pela norma não gere prejuízos ao seu aprendizado e, reflexamente, à turma que irá compor”³⁰;

Mencione-se, entretanto, que houve uma ligeira mudança de posicionamento após o julgamento do Recurso Especial nº 1.412.704-PE pelo STJ.

Esse é o caso do TJRS que se posicionava no sentido de não admitir que se obstasse a matrícula no 1º ano do ensino fundamental a qualquer criança que viesse a completar 6 anos de idade no curso do ano letivo, sob o fundamento de não haver, no ordenamento jurídico nacional, regra específica que vede esse ingresso³¹.

²⁹ Brasil –TJPR – 6ª Câmara Cível – Apelação/Reexame Necessário nº 1.251.203-5– Apelante: Estado do Paraná – Apelada: Escola Aquarela Infantil Maringaense Ltda. – Interessado: Conselho Estadual de Educação do Estado do Paraná – CEE/PR – Relator: Des. Clayton Maranhão – j. 31.03.2015.

³⁰ Brasil –TJDF – 3ª Turma Cível – Agravo de Instrumento nº 20140020013128AGI (0001320-31.2014.8.07.0000) – Agravante: Laura Teixeira Chiabai - Agravado: Colégio Marista Champagnat Taguatinga – Relator: Des. Silva Lemos – j.14.05.2014.

³¹ Brasil –TJRS – 8ª Câmara Cível – Apelação nº 70062258173 (Nº CNJ: 0418380-11.2014.8.21.7000) – Apelante: Anna Carolina da S. da R., representada por seu genitor Antônio G. G. da R - Apelado: Diretora da Escola Municipal José Ferreira da Fonseca Lima – Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl – j. 20.11.2014. No mesmo sentido: Apelação

Sustentava o TJRS que não havia qualquer razoabilidade em se impedir a matrícula no 1º ano do ensino fundamental de criança que completasse 6 anos durante o transcorrer do ano letivo, ainda mais se tivesse finalizado a etapa da educação infantil. Defendia que, constituindo a educação infantil direito fundamental social, deveria ser assegurado pelo ente estatal, com absoluta prioridade, nos termos dos artigos 208, I, e § 1º, e 227, *caput*, da CRFB/1988, e artigos 4º, 54, I, e § 1º, ambos do ECA.

Todavia, após o julgamento do Recurso Especial nº 1.412.704-PE, e considerando que cabe ao STJ a última palavra acerca da interpretação da legislação federal infraconstitucional, passou a decidir no sentido de que o critério que *“limita o direito de ingresso no primeiro ano do ensino fundamental de 09 (nove) anos àqueles menores que completarem 06 (seis) anos de idade até 31 de março do respectivo ano letivo, além de não contrariar a garantia constitucional ao ensino, tampouco a sua ratificação nos termos do ECA, também está em consonância com as normas dispostas na Lei nº 11.274/06, a qual alterou o artigo 87, §3º, inciso I, da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional(Lei nº 9.394/96)”*³².

Apenas nas circunstâncias em que há a efetivação da matrícula por decisão judicial anterior, ela é mantida pelo Tribunal em prol do princípio do superior interesse da criança³³, já que retirá-la da escola seria ainda mais lesivo.

Cível nº 70052170883 - 8ª Câmara Cível - Relator: Des. Rui Portanova – j. 13.12.2012; Apelação Cível nº 70052186467 - 8ª Câmara Cível – Relator: Des. Luiz Felipe Brasil Santos – j. 07.02.2013; Apelação Cível nº 70052871894 – 7ª Câmara Cível – Relatora: Des. Liselena Schifino Robles Ribeiro – j. 06.02.2013.

³² Brasil –TJRS – 7ª Câmara Cível – Apelação nº 70063754501 (CNJ: 0060828-30.2015.8.21.7000) – Apelante: Davi Henrique J. (menor), representado por sua genitora - Apelado: Estado do Rio Grande do Sul – Relator: Sandra Brisolara Medeiros – 22.06.2015. No mesmo sentido: Apelação/Reexame Necessário nº 70066579970 (CNJ: 0343375-46.2015.8.21.7000) - 8ª Câmara Cível – Apelante: Município de Candelária - Apelada: Maysa E. F., menor representada por sua genitora – Relator: Des. Ricardo Moreira Lins Pastl – j. 12.11.2015.

³³ Brasil –TJRS – 8ª Câmara Cível – Apelação nº 70066281247 (CNJ: 0313502-98.2015.8.21.7000) – Apelante: Manuela S.R. (menor), representado por sua genitora - Apelados: Estado do Rio Grande do Sul e o Município de Passo Fundo – Relator: Des. Luiz Felipe Brasil Santos – j.10.12.2015.

1.4. LIMITE ETÁRIO PARA MATRÍCULA EM CURSOS NA MODALIDADE DE JOVENS E ADULTOS (EJA) E REALIZAÇÃO DE EXAMES SUPLETIVOS

Um tema que tem sido amplamente judicializado é a matrícula e frequência de menores de 15 anos no ensino fundamental e menores de 18 anos no ensino médio em cursos e exames supletivos na modalidade de EJA, especialmente após ingresso no ensino superior.

A discussão judicial se dá por força do que determina o artigo 38, §1º da LDB:

“Art. 38. Os sistemas de ensino manterão cursos e exames supletivos, que compreenderão a base nacional comum do currículo, habilitando ao prosseguimento de estudos em caráter regular.

§1º. Os exames a que se refere este artigo realizar-se-ão:

*I - no nível de conclusão do ensino fundamental, para os **maiores de quinze anos**;*

*II - no nível de conclusão do ensino médio, para os **maiores de dezoito anos**.*

§2º. Os conhecimentos e habilidades adquiridos pelos educandos por meios informais serão aferidos e reconhecidos mediante exames”.

(grifos nossos)

Há em diversos Estados centenas de ações individuais sobre o tema.

O TJRS em alguns julgados tem adotado o entendimento de que é possível autorizar a matrícula e frequência de menores de 15 anos no ensino fundamental, nessa modalidade, desde que tenham eles completado a referida idade quando da realização dos exames finais, como exige a LDB³⁴.

Em outros julgados, o TJRS não admitiu a matrícula em situações nas quais as idades dos adolescentes estavam distantes da necessária para a realização dos exames, a partir do entendimento de que *“a intenção do legislador é impedir que o*

³⁴ Brasil – TJRS – 8ª Câmara Cível – Apelação/reexame necessário nº 70063381594 (CNJ: 0023537-93.2015.8.21.7000) – Apelante: Estado do Rio Grande do Sul – Apelado: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul – Interessado: Thales Miguel A. R. - Relator: Des. Luiz Felipe Brasil Santos – j. 18.06.2015.

*jovem abandone o curso regular e não estimular a via excepcional do curso supletivo, que é mais simples e, em regra, menos qualificado*³⁵.

A mesma discussão surge para o ingresso de menores de 18 anos para cursos e exames supletivos no nível de conclusão do ensino médio. A respeito dessas demandas, o TJRS entende que não há impedimento para que o menor de 18 anos curse as aulas do ensino médio, desde que atinja a maioridade quando prestar os exames de conclusão³⁶.

Esse também é o entendimento do TJMG, que sustenta que *“embora a LDB não tenha fixado expressamente a idade mínima para ingresso no ensino médio, por uma interpretação sistemática do seu artigo 32, caput e do artigo 8º da Resolução CNE/CBE nº. 7 de 2010 (Fixa Diretrizes Curriculares Nacionais para o Ensino Fundamental de nove anos), tem-se que o ingresso regular nessa etapa escolar ocorre aos 15 anos (...) Destarte, verifica-se que requisito mínimo de dezoito anos de idade apontado se refere aos casos de exames supletivos*³⁷.

No Estado do Mato Grosso do Sul, a Defensoria Pública ingressou com ACP para garantir o acesso dos menores de 18 anos nos cursos supletivos, a qual foi julgada procedente em 1ª instância. Ao apreciar o Recurso de Apelação do Estado do Mato Grosso do Sul, o TJMS negou-lhe provimento sob os seguintes argumentos³⁸:

- considerando a dignidade da pessoa humana como o valor e a função sociointegradora do Direito (artigo 1º, III, da CRFB/1988), não é possível admitir que qualquer norma infraconstitucional ou resolução delimite o acesso à educação ao Sistema EJA, sob a

³⁵ Brasil – TJRS – 7ª Câmara Cível – Apelação cível nº 70066330838 (CNJ: 0318461-15.2015.8.21.7000) – Apelante: Henrique O. S. (por sua genitora) – Relator: Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves – j. 30.09.2015. No mesmo sentido: Apelação Cível nº 70060887106, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relatora: Des. Liselena Schifino Robles Ribeiro – j. 06.08.2014.

³⁶ Brasil – TJRS – 7ª Câmara Cível – Apelação cível nº 70065751455 (CNJ: 0260523-62.2015.8.21.7000) – Apelante: Júlia A. N. (por sua genitora) – Apelado: A.J. - Relatora: Des. Sandra Brisolará Medeiros – j. 30.09.2015). No mesmo sentido: Apelação Cível nº 70064336795 – 7ª Câmara Cível - Relator: Des. Jorge Luís Dall'Agnol – j. 27.05.2015; Apelação Cível nº 70058139692 – 8ª Câmara Cível - Relator: Des. Luiz Felipe Brasil Santos – j. 21.02.2014.

³⁷ Brasil – TJMG – 5ª Câmara Cível – Apelação Cível/Reexame Necessário nº 1.0422.14.000389-4/001 – Apelante: Estado de Minas Gerais – Apelado: Iago Moura Melato, assistido por sua mãe Cristiane Moura Silva Melato - Relator: Des. Versiani Penna – j. 13.08.2015.

³⁸ Brasil – TJMS – 3ª Câmara Cível – Apelação/Reexame Necessário nº 0800147-17.2013.8.12.0005 – Apelante: Estado de Mato Grosso do Sul – Apelado: Defensoria Pública de Mato Grosso do Sul – Relator: Des. Oswaldo Rodrigues de Melo – j. 14.10.2014.

fundamentação de que o interessado não atingiu a idade mínima exigida, qual seja, 18 anos;

- o artigo 206, inciso I, da CRFB/1988, dispõe que o ensino será ministrado com base na igualdade de condições para o acesso e permanência na escola, sendo, dessa forma, o acesso à educação garantido independentemente de qualquer condição social ou financeira;
- o critério etário estabelecido no artigo 38, §1º, II, da LDB diz respeito aos exames supletivos, e não ao ingresso nos cursos supletivos. Não há, pois, qualquer limite de idade, nesta lei, para o ingresso no curso;
- se a LDB não impõe limite etário ao ingresso no EJA, não poderá a Resolução do Conselho Estadual de Educação restringi-la, extrapolando os limites do poder regulamentar, criando restrição não trazida pela lei regulamentadora, sob pena de ofensa ao princípio da reserva legal;
- não restam dúvidas de que a matrícula de menor de 18 anos no período noturno do Sistema EJA encontra guarida na Carta Magna, razão pela qual a negação em efetuar a matrícula na fase equivalente ao ensino médio afronta o ordenamento jurídico, estando, portanto, eivado de desarrazoabilidade, sendo plenamente cabível a provocação do Poder Jurisdicional para que, mediante decisão, determine o ente estatal a efetivar a matrícula na supracitada fase.

Nas ações individuais, o TJMS, da mesma forma, tem reconhecido o acesso ao ensino médio na modalidade de jovens e adultos, sob o argumento de que³⁹:

- vedar o acesso ao curso de educação de jovens e adultos (EJA), em razão de sua idade, revelaria distanciamento das prerrogativas constitucionais;
- o artigo 38, §1º, II, da LDB, que estabelece limite de idade para o exame supletivo, deve ser interpretado em consonância com o artigo 4º, V da citada lei, que, inclusive, consolidou o princípio consagrado no artigo 208, V, da CRFB/1988, que garante acesso aos níveis mais elevados do ensino, segundo a capacidade de cada um;
- as normas constitucionais que tratam da matéria demonstram que a preocupação maior do legislador foi traçar determinações no sentido de não se restringir a educação, mas de possibilitá-la ao máximo, de forma a erradicar o analfabetismo e a ignorância, sendo

³⁹ Brasil – TJMS – 7ª Câmara Cível – Agravo de Instrumento nº 1402182-42.2015.8.12.0000 – Agravante: Jefferson Rezende Rodrigues DPGE, assistido por sua genitora – Agravado: Diretor da Escola Estadual Eduardo Perez – Interessado: Estado de Mato Grosso do Sul – Relator: Des. Marcos José de Brito Rodrigues – j. 07.04.2015. No mesmo sentido: Reexame de Sentença nº 2011.037507-3/0000-00 – 5ª Turma Cível – Relator: Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva - j. 9.2.2012; Reexame de Sentença nº 2011.030287-4/0000-00 – 5ª Turma Cível – Relator: Des. Sideni Soncini Pimentel - j. 10.11.2011; Reexame de Sentença nº 2011.026888-8/0000-00 – 2ª Turma Cível - Relator: Des. João Batista da Costa Marques – j. 25.10.2011.

inadmissível e intolerável qualquer espécie de discriminação ou pretexto, de modo a se constituir e erigir óbices restritivos ao direito constitucional de pleno acesso à educação.

O STJ tem negado seguimento aos Recursos Especiais sobre o tema por entender que a controvérsia tem fundamentos eminentemente constitucionais, inviabilizando o manejo do recurso especial⁴⁰.

A judicialização é ainda mais intensa nas circunstâncias em que, em razão de aprovação no vestibular, há a intenção de prestar exames supletivos para conclusão do ensino médio. É o que ocorre sobretudo no Distrito Federal, Minas Gerais, Mato Grosso do Sul e Rio Grande do Sul e, em menor escala, em outros Estados da federação.

Ao analisar os Recursos Extraordinários advindos desses processos, há julgados do STF negando-lhes seguimento por entender que o Tribunal de origem não afastou a aplicação do §1º do artigo 38 da LDB com base em princípios constitucionais, mas apenas analisou e aplicou a norma considerando os dados do caso submetido a julgamento (existência de prova da capacidade e maturidade intelectuais de adolescente aprovado em exame vestibular)⁴¹.

Por outro lado, há também julgados nos quais o STF tem dado provimento aos recursos para cassar acórdãos e determinar a realização de novo julgamento. Isso porque embora não tenha declarado expressamente a inconstitucionalidade do artigo 38, inciso II, da LDB, o Tribunal de origem deixou de aplicá-lo nos casos julgados, prescindindo da reserva de plenário inscrita no artigo 97 da CRFB/1988, em afronta direta à Súmula Vinculante 10 (*“Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão*

⁴⁰ Brasil – STJ – Decisão Monocrática – Agravo em Recurso Especial nº 593.631 - MG (2014/0254656-6) – Agravante: Estado de Minas Gerais – Agravados: Patrick Rodrigues da Silva e Thales Luiz Gomes Braga da Silva – Relator: Ministro Sérgio Kukina – j. 22.06.2015.

⁴¹ Brasil – STF – 2ª Turma - Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 765.295 - Agravante: Estado de Minas Gerais – Agravado: Noemi Cristina de Melo, representada por Dânia Cristina da Silva Melo – Relator: Min. Cármen Lúcia - j. 1.10.2013. No mesmo sentido: ARE 670.030-AgR – 2ª Turma - Relator: Ministro Celso de Mello - Dje 27.5.2013.

de órgão fracionário de Tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte”⁴².

Por sua vez, o STJ, em homenagem à teoria do fato consumado, tem dado provimento aos Recursos Especiais na circunstância de efetivo ingresso e início letivo no ensino superior, por entender que entendimento diverso prejudicaria desnecessariamente o estudante, causando prejuízos a sua vida estudantil⁴³. Ao analisar o Recurso Especial nº 189.804-RS, o Ministro José Delgado assim se pronunciou:

“Tenho que a lei existe por causa do homem e não este por causa dela.

Assim, há de se atender que o fim primordial da lei é de se fazer cumprir o Direito, o qual, por sua vez, tem por primazia fazer com que a Justiça ocupe o seu lugar.

No caso presente, pretende-se a título de cumprimento de dispositivo legal, que uma aluna esforçada, não obstante tenha sanado a falha na comprovação de conclusão do 2º Grau, volte, já estando no meio do Curso Universitário, a refazer o Curso de 2º Grau aludido, colocando por água abaixo, todos os esforços expendidos em prol de adquirir conhecimentos e cultura.

Não acho certo, não acho justo e nem tampouco legal que, em nome da lei e de um capricho dos recorridos, se confirme semelhante situação”⁴⁴.

No tocante aos Tribunais Estaduais, verifica-se que o TJDF tem admitido a realização de exames supletivos para obtenção do certificado de conclusão do ensino médio para acesso ao ensino superior, aduzindo que⁴⁵:

⁴² Brasil - STF - RE: 764160 MG - Relator: Min. Teori Zavascki – j. 21.03.2014; STF - RE: 731719 MG - Relator: Min. Teori Zavascki – j. 20.03.2014; STF - RE: 800249 MG - Relator: Min. Dias Toffoli – j. 28.03.2014.

⁴³ Brasil – STJ – 2ª Turma – Recurso Especial nº 1.262.673 - SE – Recorrente: Y B F (por seu genitor) - Recorrido: Colégio Appogeu Ltda - Relator: Ministro Castro Meira – j. 18.08.2011. No mesmo sentido: REsp nº 6289/GO - 2ª Turma – Relator: Ministro Hélio Mosimann – DJ 02.09.1991; REsp nº 29927/RJ - 2ª Turma – Relator: Ministro Américo Luz - DJ 21/02/1994; REsp nº 10928/GO - 1ª Seção – Relator: Ministro César Asfor Rocha - DJ 07.03.1994; REsp nº 37146/RJ - 2ª Turma - Relator: Ministro Antônio de Pádua Ribeiro - DJ 05.09.1994; REsp nº 61119/RJ - 1ª Turma - Relator: Ministro Garcia Vieira - DJ 29.05.1995; REsp nº 87901/RJ - 2ª Turma - Relator: Ministro Ari Pargendler - DJ 13.10.1997; REsp nº 189316/RJ - 2ª Turma - Relator: Ministro Paulo Gallotti - DJ 29.11.1999; REsp nº 252931/RN - 1ª Turma - Relator: Ministro Garcia Vieira - DJ 21.08.2000; REsp nº 410334/DF - 2ª Turma - Relator: Ministro Franciulli Netto - DJ 02/06/2003; REsp nº 365771/DF - 1ª Turma - Relator: Ministro Luiz Fux - DJ 31.05.2004; REsp nº 611797/DF - 1ª Turma - Relator: Ministro Teori Albino Zavascki - DJ 27.09.2004; Recurso Especial nº 613.748 – ES - Relator: Ministro Herman Benjamin – j. 21.11.2006; Recurso Especial nº 1.262.673 – SE - Relator: Ministro Castro Meira – j. 18.08.2011; AgRg no REsp 1467032/RJ – 1ª Turma - Relator: Ministro Sérgio Kukina, - j. 04.11.2014.

⁴⁴ Brasil – STJ – Resp nº 189.804-RS – Recorrente: Flavia Almeida de Oliveira – Recorridos: Estado do Rio Grande do Sul e Faculdades Integradas do Instituto Pilter dos Reis – Relator: Ministro José Delgado – j. 19.11.1998.

⁴⁵ Brasil – TJDF – 1ª Turma Cível – Cautelar Inominada nº 20140020163870MCI (0016507-79.2014.8.07.0000) – Requerente: Felipe Nascimento Dias – Requerido: Centro Educacional Brasil Central - Relatora: Des. Maria Ivatônia – j. 22.10.2014. No mesmo sentido: Acórdão nº 786876, 20140020045023AGI - 5ª Turma Cível - Relator: Des.

- a CRFB/1988, em seu artigo 208, inciso V, estabeleceu como critério para o acesso aos mais elevados níveis de ensino a capacidade de cada indivíduo, isto é, o mérito acadêmico de cada estudante, de modo que o artigo 38, inciso II, § 1º da LDB deve ser interpretado conforme essa norma constitucional;
- o estabelecimento de uma idade mínima para a realização dos exames referentes aos supletivos como sendo o único critério, à primeira vista, não realiza a contento o texto constitucional, que estabeleceu o mérito como forma de ascensão aos diversos níveis de ensino;
- a legislação não impede que um jovem conclua o ensino médio com menos de 17 anos de idade e ingresse no ensino superior com essa idade. Assim, a questão de maturidade e desenvolvimento psicológico se mostra superada e não deve ser invocada para a solução do caso em apreço.

O TJMG inicialmente deixava de aplicar o artigo 38, §1º, inciso II, da LDB por entender que a CRFB/1988 não fixava limites mínimo e máximo de idade, bem como não impunha a fase de ensino por faixa etária, e sim elegia como princípio a proteção do acesso das crianças e adolescentes à educação, de forma ampla e irrestrita⁴⁶. As decisões baseavam-se nos seguintes argumentos:

- A CRFB/1988, em seus artigos 205 e 208, incisos I, II e V, dispõe que a educação é direito de todos e dever do Estado, sobretudo a educação básica, sempre visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, de acordo com a capacidade de cada um, independentemente de limites etários, sendo, outrossim, garantida a progressiva universalização do ensino médio gratuito;
- tanto o ECA (artigos 53, caput, e 54, incisos II e V) quanto a própria LDB (artigo 4º, II e V) reproduzem os ditames constitucionais;
- a inteligência acerca dos atos normativos inferiores, notadamente o artigo 38, inciso II, da LDB, deve ser realizada à luz da CRFB/1988, de forma a estabelecer uma orientação

Sebastião Coelho - j. 30.04.2014; Acórdão nº 793658, 20130110925809APC – 6ª Turma Cível - Relatora: Des. Ana Cantarino - Revisora: Des. Vera Andrichi – j. 28.05.2014.

⁴⁶ Brasil – TJMG – 5ª Câmara Cível – Apelação nº 1.0702.12.040038-8/001 – Apelante: Estado de Minas Gerais – Apelado: Nathalia Aparecida Santiago, assistido por sua mãe Noelly Cristina Santiago - Autoridade Coatora: Centro de Educação Continuada CESEC - Relatora: Des. Áurea Brasil – j. 27.06.2013). No mesmo sentido: Apelação nº 1.0702.07.396512-2/001- Relator: Wander Marotta - j. 26.08.2008; Apelação nº 1.0024.07.442956-4/001- Relator: Heloisa Combat - j. 02.12.2008; Reexame Necessário nº 107020849367990011 MG 1.0702.08.493679-9/001(1) - Relator: Des. Mauro Soares de Freitas – j. 04.06.2009; MS nº. 1.0702.09.602330-5/002 – Relator: Des. Audebert Delage, j. 26.08.2010; MS nº 1.0702.09.602292-7/002 – Relatora: Des. Teresa Cristina da Cunha Peixoto, j. 08.07.2010; MS nº. 1.0702.08.432373-3/002 – Relator: Des. Edivaldo George dos Santos - j. 01.09.2009; MS nº. 1.0702.07.367396-5/001 – Relator: Des. Antônio Sérvulo - j. 12.08.2008.

às instituições de ensino, sobretudo as estatais, cabendo, no caso concreto, constatar o nível de amadurecimento do estudante;

- a capacidade e maturidade intelectuais já foram aferidas com o sucesso nos exames necessários ao ingresso na faculdade;
- as exigências contidas na LDB, referentes aos exames supletivos, têm como finalidade avaliar os conhecimentos e habilidades do educando, a fim de que prossiga os seus estudos, com o ingresso no curso superior - o que, na espécie, já ocorreu;
- como a CRFB/1988 não fixou limites mínimo e máximo de idade, bem como não impôs a fase de ensino por faixa etária, e, sim, ao revés, elegeu como princípio a proteção do acesso das crianças e adolescentes à educação, de forma ampla e irrestrita, o ato praticado pela autoridade coatora, ao impedir a impetrante - aprovada em concurso vestibular para ingresso em curso superior - de realizar os exames especiais de suplência, ao argumento de limite etário, contraria a garantia constitucional.

Após as reiteradas decisões do STF cassando acórdãos que afastassem a incidência do artigo 38, §1º, inciso II, da LDB sem a apreciação por maioria de votos do Órgão Especial, o TJMG julgou o Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade nº 1.0702.08.493.395-2/002⁴⁷, suscitado pela 8ª Câmara Cível, questionando a constitucionalidade do artigo 38, §1º, inciso II, da LDB, no que se refere ao limite de idade para submissão ao exame de supletivo.

O Órgão Especial julgou improcedente o incidente por entender que o dispositivo era constitucional uma vez que a norma buscava *"facilitar a reintegração no sistema educacional daqueles que a ele não tiveram acesso ao sistema educacional em idade oportuna ou que dele se evadiram"*, não ofendendo o princípio da razoabilidade o *"dispositivo legal que impede a utilização daquele sistema especial por quem apenas deseja encurtar o tempo de sua vida escolar inteiramente regular, até então"*.

Após decisão do Órgão Especial do TJMG no Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade, que entendeu ser constitucional o artigo 38, §1º, inciso II, da LDB,

⁴⁷ Brasil – TJMG - Incidente de Inconstitucionalidade nº1.0702.08.493395-2/002 – Relator: Des. Brandão Teixeira, j. 27.02.2013.

cada caso concreto passou a ser analisado à luz da existência de fato consumado⁴⁸ ou fato superveniente⁴⁹, isto é, a obtenção de certificado de conclusão de ensino médio por liminar e ingresso no ensino superior.

⁴⁸ Brasil – TJMG – Apelação Cível/Reexame Necessário nº 1.0521.13.001829-9/001 – 4ª Câmara Cível - Apelante: Estado de Minas Gerais - Apelado: Leonardo Amorim Silva, assistido por sua mãe Maria das Graças Amorim de Sousa Silva – Relatora: Des. Ana Paula Caixeta – j. 23.04.2015. Neste julgado, ponderou o Relator que: “a situação dos autos é peculiar, afastando a aplicação de referido precedente do Órgão Especial. A liminar foi deferida em 28/01/2013, para suspender a eficácia do ato da autoridade coatora e, por conseguinte, determinou que a Diretora do CESEC, Terezinha Maria Lessa do Carmo, no prazo máximo de 24 horas, efetivasse a aplicação dos exames especiais para conclusão do ensino médio, a serem realizados pelo Impetrante, conforme decisão de f. 44/45. Naquela ocasião, foi afastado o requisito de idade previsto para inscrição no exame supletivo. O Impetrante Leonardo Amorim da Silva completou 18 (dezoito) anos no dia 30/12/2013 (f.15), razão pela qual entendo convalidada a realização do exame especial supletivo, mesmo tendo sido prestado antes de implementado o requisito de idade. Além disso, tendo o Impetrante sido aprovado em curso de nível superior, qual seja, Jornalismo (f. 21), deve-se prestigiar o princípio da segurança jurídica, de modo a permitir a continuidade de seus estudos, bem como o princípio da razoabilidade, já que não seria prudente fazer o aluno retornar ao ensino médio (com mais de 2 ano de atraso) e depois se submeter a outro processo seletivo para aprovação no vestibular. O julgador, ao apreciar a demanda, não pode ignorar a estabilização das relações jurídicas causadas pelo decurso do tempo. O próprio CPC, em seu art. 462, dispõe que, se depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, deverá o juiz tomá-lo em consideração”. No mesmo sentido: TJ-MG – 4ª Câmara Cível - Apelação Cível nº 10713120073422001 - Relatora: Des. Ana Paula Caixeta – j. 11.06.2014.

⁴⁹ Brasil – TJMG – 4ª Câmara Cível - Reexame Necessário nº 1.0042.14.002672-7/001 – Impetrante: Isabela Lopes Moreira – Impetrado: Diretora do CESEC Monsenhor Geraldo Mendes Vasconcelos - Supletivo, Ensino Fundamental e Médio- Relator: Des Renato Dresch – j. 11.06.2015. Neste julgado, foi ponderado que: “Desta forma, a pretensão do menor de 18 de anos, de realizar exames supletivos do ensino médio esbarra em expressa vedação legal em sentido contrário (LDB, art. 38), que estabelece a idade mínima de 18 anos como requisito indispensável para aplicação dos exames supletivos. Referida norma visa desestimular o menor de 18 anos a obter o certificado de conclusão do ensino médio por meio de exames supletivos, destinados a beneficiar os que, por motivos diversos, não tiveram oportunidade de seguir a programação curricular normal ou seriada. Não bastasse isso, o fato é que inexistente norma legal que garanta acesso ao estudante de ensino médio - ainda não concluído - à instituição de educação superior, como também não há disposição legal que permita alguém ser aprovado em curso supletivo mediante apenas a simples feitura de uma única prova, realizada imediatamente após inscrição no curso supletivo. De fato, ao que parece, esses candidatos não pretendem participar normalmente de curso supletivo de acordo com os ditames pedagógicos estabelecidos na legislação educacional para atender essa modalidade de ensino, e sim suprimir o que falta para concluir o 3º ano do ensino médio, com a realização, às pressas, de uma simples prova para que, no caso de sua aprovação, sejam-lhe concedido diploma de conclusão do ensino médio. Vislumbra-se, pois, que esse objetivo é, de certa forma, desvirtuar o programa de Educação de Jovens e Adultos (antigo supletivo), que, conforme conhecimento de todos, foi instituído com a função precípua de atender a um público ao qual foi negado o direito à educação durante a infância ou adolescência, seja pela oferta irregular de vagas ou mesmo pelas condições socioeconômicas desfavoráveis, o que, definitivamente, não se coaduna ao caso em tela. A obtenção de medida liminar para permitir que a impetrante pudesse antecipar a conclusão do ensino médio para ingresso em universidade ofende as diretrizes da educação nacional. Não vislumbro como aplicar a teoria do fato consumado, porque a vaga no ensino superior foi obtida por força de liminar. Ora, é sabido que as medidas liminares têm como característica a sua provisoriedade, o que significa dizer que a medida é requerida por conta e risco daquele que a requer, sabendo da possibilidade de decisão em sentido contrário. Ocorre que, no caso dos autos, a impetrante obteve, também por força de liminar, o Certificado de Conclusão do Ensino Médio, sendo que a conclusão do ensino médio é pré-requisito para o ingresso no curso de graduação (art. 44, II, da Lei 9.394/96). Trata-se de fato superveniente que deve ser levado em conta pelo magistrado no momento de proferir a decisão (CPC, art. 462). Portanto, considerando que a impetrante concluiu o ensino médio e foi aprovada em curso superior, deve-lhe ser assegurada a matrícula no curso superior. Pelo exposto, em reexame necessário, confirmo a sentença”.

1.5. LIMITE ETÁRIO PARA CERTIFICAÇÃO DE CONCLUSÃO DO ENSINO MÉDIO COM BASE NA PONTUAÇÃO OBTIDA NO ENEM

A certificação de conclusão do ensino médio, a partir das notas obtidas no ENEM, por aqueles que não o concluíram (ou até mesmo que foram reprovados no curso regular) e que possuem menos de 18 anos, com objetivo, sobretudo, de ingresso no ensino superior, também tem sido alvo de intensa judicialização.

Tal pleito é feito com fundamento nas notas necessárias previstas na Portaria INEP nº 144, de 24 de maio de 2012, autarquia do MEC⁵⁰, bem como no direito à progressão educacional, previsto no artigo 205 da CRFB/1988 e no artigo 54 do ECA.

O STJ não tem admitido a certificação de conclusão do ensino médio, com base na pontuação obtida no ENEM, por entender que os requisitos para tal certificação, previstos no artigo 38 da LDB e na regulamentação infralegal, derivam da formação de um sistema regular de ensino, que fornece exceção somente àqueles que não puderam obter a fruição de tal direito fundamental na idade própria por diversos motivos sociais⁵¹.

O TRF-4 tem se manifestado no sentido de que não é admissível a certificação supletiva por meio do ENEM antes dos 18 anos, por força do que prevê o artigo 38, §1º, inciso II, da LDB. Sustenta que *“não há como se extrair do inciso V do artigo 208 da CRFB/1988 que o acesso ao ensino superior depende somente da capacidade de cada um, sem que possam ser agregados outros requisitos. Aliás, se fosse assim, estaria desde logo comprometido o sistema de cotas raciais e sociais das*

⁵⁰ O Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP) lançou a Portaria n.º 144/20122, estabelecendo critérios subjetivos e objetivos para o requerimento da emissão do certificado:

“Art. 1º A certificação de conclusão do ensino médio e a declaração parcial de proficiência com base no Exame Nacional de Ensino Médio (ENEM) destinam-se aos maiores de 18 (dezoito) anos que não concluíram o ensino médio em idade apropriada, inclusive às pessoas privadas de liberdade.

Art. 2º O participante do ENEM interessado em obter certificação de conclusão do ensino médio deverá possuir 18 (dezoito) anos completos até a data de realização da primeira prova do ENEM e atender aos seguintes requisitos:
I - atingir o mínimo de 450 (quatrocentos e cinquenta) pontos em cada uma das áreas de conhecimento do exame;
II - atingir o mínimo de 500 (quinhentos) pontos na redação.”

⁵¹ Brasil – STJ – 2ª Turma – Recurso em Mandado de Segurança nº 36.545 – MS – Recorrente: Fabio Alex Correa Junior – Recorrido: Estado de Mato Grosso do Sul - Relator: Ministro Humberto Martins – j. 1º.03.2012.

Universidades Federais, o qual não considera apenas a capacidade de cada um. Ademais, fica claro no art. 208 que há um escalonamento do ensino. Ele inicia-se com a educação infantil, passando-se ao ensino fundamental, a seguir ao ensino médio e, por fim, ao ensino superior. Não se pode pretender cursar o ensino médio sem que se tenha antes cursado o ensino fundamental, assim como não se pode pretender cursar o ensino superior sem que se tenha cursado previamente o ensino médio, como está a pretender o impetrante. (...) Na verdade, deixou o impetrante de considerar o disposto no art. 38, § 1º, II, dessa mesma lei, que é a norma que efetivamente disciplina o caso concreto ora em exame. Com efeito, o art. 38, § 1º, II, da Lei n. 9.394/96 prevê que haverá cursos e exames supletivos, para aqueles que não completaram o curso regular, sendo que esses exames serão realizados, no nível do ensino médio, para os maiores de 18 anos⁵².

O TRF-2⁵³ e o TRF-5⁵⁴ têm adotado posição similar.

No âmbito dos Tribunais Estaduais, há posições distintas muitas vezes dentro da mesma Corte.

O TJRS não tem admitido a certificação de conclusão do ensino médio por aqueles que ainda não possuem 18 anos e estão cursando essa etapa do ensino. Entende que a “certificação que utiliza os resultados do ENEM destina-se àqueles que já possuem 18 anos completos quando da realização da primeira prova e que, portanto, não concluíram o ensino médio em idade apropriada. Nestes casos, o ENEM

⁵² Brasil – TRF-4 – 4ª Turma – Apelação Cível nº 5031907-51.2013.404.7000/PR - Apelante: Daniel Tiepolo Kochinski – Apelados: Instituto Federal do Paraná e Universidade Tecnológica Federal do Paraná – UTFPR – Relator: Des. Cândido Alfredo Silva Leal Junior – j. 28.01.2014. No mesmo sentido: Apelação Cível nº 5009190-79.2012.404.7000 - 4ª Turma – Relator: Des. Federal Cândido Alfredo Silva Leal Junior - por unanimidade - juntado aos autos em 19/04/2013; Agravo em Agravo de Instrumento nº 5001773-60.2011.404.0000 – 3ª Turma – Relator: Des. Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz - por unanimidade - juntado aos autos em 15.02.2011; Apelação/Reexame Necessário nº 5000089-62.2010.404.7202 – 3ª Turma – Relator: Des. Federal Maria Lúcia Luz Leiria - por unanimidade - juntado aos autos em 16/12/2011; Apelação Cível nº 5001173-07.2010.404.7200 – 3ª Turma – Relator: Des. Federal Fernando Quadros da Silva - por unanimidade - juntado aos autos em 16/04/2012.

⁵³ TRF-2, 8ª Turma Especializada - Agravo nº 201002010101367 – Relatora: Des. Federal Maria Alice Paim Lyard - E-DJF2R 14/02/2011; TRF-2, 8ª Turma Especializada - Agravo n.º 201002010068261 – Relator: Des. Federal Poul Erik Dyrlund - E-DJF2R 07/10/2010.

⁵⁴ TRF-5 - 4ª Turma – Agravo nº 08001164020134050000 – Relator: Des. Federal Edilson Nobre; TRF-5 - 4ª Turma - Agravo n.º 00027943220114050000 – Relator: Des. Federal Danielle de Andrade e Silva Cavalcanti - DJE 19/04/2011; TRF-5 - 2ª Turma - Apelação/Reexame Necessário n.º 0001139082012405840 – Relator: Desembargador Federal Francisco Wildo - DJE 24/01/2013.

equivale à realização de exames finais de cursos supletivos que, no nível de conclusão do ensino médio, somente podem ser realizados por maiores de dezoito anos, conforme prevê o art. 38, §1º, da LDB.⁵⁵ Foram encontrados julgados neste sentido no TJPR⁵⁶ e TJRJ⁵⁷.

No TJSP, há julgados que defendem a inadmissibilidade de certificação de conclusão do ensino médio pelo ENEM quando não cumprido o requisito etário, sustentando que *“a exigência da idade mínima de 18 anos para a emissão de certificado de conclusão de ensino médio com base no Exame Nacional de Ensino Médio (ENEM) possui fundamentação legal no artigo 38, §1º, inciso II, da Lei nº 9.397/96*⁵⁸. Na linha desses julgados, ao apreciar um recurso de Agravo de Instrumento, em que se pretendia obtenção de certificado de conclusão do ensino médio, seja por meio da Instituição de Ensino, ou por prova de proficiência a ser aplicada pela Secretaria Estadual de Educação, o TJSP, em processo de relatoria do Des. Marrey Uint, assim se pronunciou:

⁵⁵ Brasil –TJRS – 8ª Câmara Cível – Agravo de Instrumento nº 70058203068 (CNJ: 0012869-97.2014.8.21.7000) – Agravante: Ana Clara N. L. (por sua genitora) – Agravado: Estado do Rio Grande do Sul – Decisão Monocrática - Relator: Des. Luiz Felipe Brasil Santos – j. 21.01.2014. No mesmo sentido: Brasil –TJRS – 8ª Câmara Cível – Agravo de Instrumento nº 70058454489 (CNJ: 0038011-06.2014.8.21.7000) – Agravantes: H.M.K.H. e M.D.R.P. (por seus genitores) – Agravado: Estado do Rio Grande do Sul – Relator: Des. Alzir Felipe Schmitz – j. 08.05.2014.

⁵⁶ Brasil – TJPR – 6ª Seção Cível - Mandado de Segurança nº 1333066-6 - Impetrante: Jonatas Teixeira Prates - Impetrado: Secretário de Educação do Estado do Paraná – Relator: Des. Roberto Portugal Bacellar - j. 14.07.2015.

⁵⁷ Brasil –TJRJ – 16ª Câmara Cível – Agravo de Instrumento nº 0039741-57.2014.8.19.0000 – Agravante: Karen da Costa Cunha (por sua genitora) – Agravada: Universidade do Estado do Rio de Janeiro – Relator: Des. Eduardo Gusmão Alves De Brito Neto – j. 14.10.2014.

⁵⁸ Brasil – TJSP – 5ª Câmara de Direito Público – Apelação Cível nº 1003334-41.2015.8.26.0053 - Apelante: Fazenda do Estado de São Paulo – Apelados: Rodrigo Mendes Ussier – Interessado: Reitor da Universidade de São Paulo USP - Relator: Des. Maria Laura Tavares – j. 07.12.2015. Sustentou o TJSP que: “Ainda que o dever do Estado com a educação deva ser efetivado mediante a garantia de acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um, nos termos do inciso V do artigo 208 da Constituição Federal, é certo que a Lei nº 9394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação) veio exatamente regulamentar essa garantia, não havendo qualquer inconstitucionalidade na previsão de que apenas os jovens e adultos que não tiveram acesso ou continuidade de estudos na idade própria é que poderão realizar exames no nível de conclusão do ensino médio, que os habilitarão ao prosseguimento de estudos em caráter regular. Aqueles que tiveram acesso aos estudos na idade própria, como é o caso do impetrante, devem concluir o ensino médio obrigatório com duração mínima de três anos, nos termos dos artigos 4º, 22 e 35 da Lei nº 9.397/96. (...) Assim, não se trata de educando com altas habilidades ou superdotação, que poderia concluir o programa escolar em menor tempo, mas de estudante regular, que realizou o ENEM e com base na nota obtida pretende que lhe seja aplicada a exceção prevista apenas para os jovens e adultos que não tiveram acesso ou continuidade de estudos na idade própria. A norma instituída pelo artigo 38, §1º, inciso II, da Lei nº 9.397/96, Portaria Normativa nº 10/2012 e Portaria INEP nº 179/14 é excepcional e deve ser interpretada restritivamente, sob pena de desvirtuar o complexo de diretrizes e bases da educação nacional.” No mesmo sentido: Apelação Cível nº 0026482-69.2013.8.26.0053 - 9ª Câmara de Direito Público – Relator: Des. Moreira de Carvalho, j. 04.06.2014; Apelação Cível nº 0004867-34.2013.8.26.0405 - 3ª Câmara de Direito Público – Relator: Des. Amorim Cantuária - j. 29.10.2013.

“(...) Ademais, causa espécie o pedido lavrado nestes autos. A escola, ao contrário do que se professa, não é apenas um ambiente onde se leciona matérias curriculares e se realiza avaliações periódicas. A escola moderna, em verdade, é um ambiente multidisciplinar que agrega e se presta a inúmeros objetivos. O desenvolvimento da socialização, da cidadania, da ética, da moral e da humanização são alguns dos escopos dos bancos escolares, que não devem, sob pretexto algum, serem colocados em segundo plano. Entretanto, hoje a sociedade moderna atravessa por um momento de desmedida ansiedade de se alcançar objetivos. A revolução tecnológica, de indiscutível importância, trouxe desmensurada inversão de necessidades e prioridades. A infância, a adolescência, a juventude etc., devem ser vividas com ponderação, tolerância e responsabilidade, sob pena da geração de ‘doutores antes dos 30 anos’ de idade, não saberem lidar e enfrentar os mais comezinhos dilemas da vida adulta, degringolando para radicalismos, ausência de limites e intolerância. Neste contexto, será que essa precipitação em tolher um ano de colegial de Murilo trará alguma ‘vantagem’ real e efetiva para ele? Será que ao fim, e ao cabo, do ano letivo regular ele não irá se interessar por outro curso superior? Será que inseri-lo de forma precoce no terceiro grau não lhe trará prejuízos? Essas respostas, ao menos neste momento, não podem ser dadas com precisão cartesiana. O tempo dirá se o agir ansioso ou paciente foi o melhor para Murilo. Cediço que se prefere o agir paciente, prefere-se que Murilo cole grau com seus colegas, prefere-se que vá as festas de formatura, prefere-se que participe das atividades esportivas e dos desafios acadêmicos ordinários, prefere-se que explore, em exaustão, o que cada etapa da vida tem para lhe oferecer, sem atropelamentos”⁵⁹.

Todavia, há alguns precedentes em que o requisito etário é desconsiderado. É o caso do Agravo de Instrumento relatado pelo Des. Eduardo Gouvêa, no qual foi argumentado que embora a Portaria nº 144/2012 do MEC “estabeleça a necessidade de observar a idade mínima de 18 anos completos para obter a certificação de conclusão aos que ainda não concluíram o ensino médio, é de se considerar a necessidade de uma flexibilização das normas nos casos como o dos autos, quando um estudante ainda no decurso do ensino médio tem superada a pontuação exigida pelo ENEM e por tal razão é admitido por uma universidade federal, diante da garantia constitucional de acesso aos níveis elevados de ensino, segundo a capacidade de cada um, estabelecido pelo artigo 208, inciso V, da Constituição Federal. No caso em comento, ficou devidamente comprovado que a agravante em razão da pontuação

⁵⁹ Brasil – TJSP - 3ª Câmara de Direito Público - Agravo de Instrumento nº 2042806-94.2015.8.26.0000 - Agravantes: Murilo Reimão Nicolosi Nobrega Pombo, Ana Paula Nicolosi Pombo e Roberto da Nobrega Nunes Pombo Agravados: Diretora do Colégio Poliedro - Unidade São Paulo e Secretário de Educação do Estado de São Paulo – Relator: Des. Marrey Uint - j. 03/11/2015.

*obtida no ENEM foi aprovada em processo seletivo para o curso de Ciências Biológicas, o que demonstra aptidão intelectual para ingressar em universidade antes mesmo de ter concluído o ensino médio*⁶⁰.

O TJPB tem acolhido o pleito de certificação da conclusão do ensino médio nesses casos, sustentando que, embora exista previsão legal exigindo a idade mínima de 18 anos para obtenção da certificação pretendida (artigo 38 da LDB), essa regra admite relativização em obediência ao princípio da razoabilidade. Sustenta que a finalidade de tais exames, que é a de aferir os conhecimentos e habilidades adquiridas pelo educando para habilitá-lo ao prosseguimento de seus estudos, efetivar-se-ia com o ingresso em curso de ensino superior. Acrescenta que a CRFB/1988, por meio do seu artigo 208, inciso V, prevê, expressamente, que a educação será efetivada mediante a garantia de *“acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um”*, afastando a incidência de qualquer requisito temporal disposto em regramento hierarquicamente inferior⁶¹.

Da mesma forma, o TJBA tem admitido a emissão da certificação de conclusão do ensino médio, para efeito de conclusão dessa etapa, com base no ENEM, sob o entendimento de que⁶²:

⁶⁰ Brasil – TJSP - 7ª Câmara de Direito Público - Agravo de Instrumento nº 2006699-85.2014.8.26.0000 - Agravante: Nathalia Souza Rocha (representado por seu pai) - Agravada: Naide Videira Braga – Relator: Des. Eduardo Gouvêa - j. 10.02.2014. No mesmo sentido: Brasil – TJSP - 2ª Câmara de Direito Público - Agravo de Instrumento nº 2022874-23.2015.8.26.0000 - Agravante: Pablo Contijo - Agravado: Reitor da Universidade Estadual de Campinas e outro – Relatora: Des. Luciana Bresciani - j. 11.08.2015; Apelação nº 0004848-64.2012.8.26.0566 – Relator: Des. Claudio Augusto Pedrassi - j. 16.04.2013.

⁶¹ Brasil –TJPB – 1ª Seção Especializada Cível – Mandado de Segurança n.º 0000931-87.2015.815.0000 – Impetrante: Breno Falcão de Carvalho (por sua genitora) – Impetrados: Secretário de Educação do Estado da Paraíba e Gerente Executiva de Educação de Jovens e Adultos – Interessado: Estado da Paraíba - Relatora: Juíza Túlia Gomes de Souza Neves – j. 09.12.2015. No mesmo sentido: TJPB - Acórdão/Decisão do Processo nº 20085775120148150000 - 1ª Seção Especializada Cível – Relator: Des. Leandro Dos Santos – j. 30.09.2015; TJPB - Acórdão/Decisão do Processo nº 00007251220148152004 – Relator: Des. João Alves da Silva - DJE 05.11.2014; TJPB - Acórdão/Processo nº 00002202120148152004 - 4ª Câmara Especializada Cível – Relator: Des. Frederico Martinho Da Nobrega Coutinho - DJe 18.12.2014.

⁶² Brasil – TJBA - Seção Cível de Direito Público - Mandado de Segurança n.º 0016105-86.2013.8.05.0000- Impetrante: Vinicius Oliveira Souza - Impetrado: Secretário de Educação do Estado da Bahia - Relator: Des. José Cícero Landin Neto - j. 28.11/2013. No mesmo sentido: TJBA - Seção Cível de Direito Público, MS nº 0317773-53.2012.8.05.0000 – Relatora: Des. Marcia Borges Faria – j. 28.02.2013; TJMS – 4ª Seção Cível - Mandado de Segurança nº 4000236-20.2013.8.12.0000 - Relator: Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso – j. 25.02.2013; TJMS – 4ª Seção Cível - Mandado de Segurança nº 4000296-90.2013.8.12.0000 - Relator: Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva – j. 25.03.2013; Acórdão n.633516 - Conselho Especial - 20120020167886MSG - Relator: Des. Humberto Adjuto Ulhôa – j. 06.11.2012.

- o art. 24, alínea “c”, da LDB possibilita ao aluno “acelerar”, “avançar” e “aproveitar” os estudos, de modo que incentiva o amadurecimento e engrandecimento pessoal daqueles que se dedicam ao aprendizado, de forma mais célere que outros;
- impedir que determinado aluno ingresse em curso universitário para o qual concorreu adequadamente, pautado exclusivamente no critério idade e naquilo que a lei não desejou, é o mesmo que negar o direito ao acesso à educação, como um todo;
- o critério a ser observado quanto ao acesso aos diversos níveis do ensino deve ser pautado pelo mérito e capacidade de cada um, jamais pela idade, sob pena de violação aos princípios que regem a matéria;
- embora o artigo 38, §1º, inciso II, da LDB estabeleça que os cursos e exames supletivos, no nível de conclusão de ensino médio, são destinados aos maiores de 18 anos, não se pode esquecer que o artigo 208, V, da CRFB/1988 determina a observância da capacidade do indivíduo como pressuposto para acesso aos patamares mais elevados de ensino;
- apesar da restrição legal quanto à idade limite, as circunstâncias fáticas demonstram a capacidade intelectual da impetrante, que, antes de encerrar efetivamente o ensino médio, já conseguiu a aprovação para o estudo em curso universitário, além de atingir pontuação no exame do ENEM acima do quanto exigido para certificação de conclusão de ensino médio, conforme previsão do art. 2º, da Portaria nº 144/2012.

No TJMS a jurisprudência tem se posicionado a favor da certificação de conclusão do ensino médio pelo ENEM, sustentando que⁶³:

- quando o Estado autoriza o aluno a participar da prova como “treineiro”, acaba por propiciar ao jovem estudante a oportunidade de demonstrar que possui capacidade intelectual de ingressar no nível superior de ensino, mormente quando, com base no resultado do ENEM, as próprias universidades passam a convocar o estudante para efetuar matrícula em suas faculdades;
- se o aluno revela possuir capacidade intelectual para ingressar na universidade, não pode ser obstado pela restrição temporal imposta na lei;

⁶³ Brasil – TJMS – 3ª Seção Cível - Mandado de Segurança nº 4006803-67.2013.8.12.0000 - Impetrante: Bruna da Silva Campos, assistido por sua mãe (interposto pela Defensoria Pública) - Impetrada: Secretária de Educação do Estado de Mato Grosso do Sul – Relator: Des. Josué de Oliveira - j. 19.08.2013. No mesmo sentido: Brasil – TJMS – 4ª Seção Cível - Mandado de Segurança nº 4001202-80.2013.8.12.0000 - Impetrante: Arnaldo Augusto Lopes da Silva Vieira, representado por sua mãe - Impetrada: Secretária de Educação do Estado de Mato Grosso do Sul – Relator: Des. Fernando Mauro Moreira Marinho - j. 27.05.2013; Brasil – TJMS – 3ª Seção Cível -Mandado de Segurança nº 2011.037147-7/0000-00 –Relator: Des. Julizar Barbosa Trindade – j. 16.2.2012; Brasil – TJMS – 4ª Seção Cível -Mandado de Segurança nº 2011.001495-5/0000-00 – Reator: Des. Fernando Mauro Moreira Marinho - j. 23.5.2011; Brasil – TJMS – 3ª Seção Cível - Agravo Regimental em Mandado de Segurança nº 2011.005219-9/0001-00 – Relator: Des. Paulo Alfeu Puccinelli – j. 16.5.2011; Brasil – TJMS – 2ª Seção Cível -Mandado de Segurança nº 2011.003794-6/0000-00 – Relator: Des. Joenildo de Sousa Chaves – j. 9.5.2011

- as disposições atinentes à educação de jovens e adultos (artigo 38, §1º, inciso II, LDB) são inaplicáveis ao caso em apreço, no qual se debate a situação de uma jovem que com menos de 18 anos demonstra, pelos resultados alcançados no ENEM, que possui capacidade intelectual de ingressar no nível superior de ensino, mas o acesso lhe é obstado por não haver atingido a maioridade;
- viola direito líquido e certo da impetrante a negativa da autoridade coatora de fornecer-lhe o Certificado de Conclusão do Ensino Médio ou documento equivalente que lhe permita matricular-se no curso de nível superior para o qual foi aprovado.

No TJMG, há julgados que não admitem a certificação de conclusão do ensino médio pela pontuação obtida no ENEM, considerando o critério etário previsto na LDB, ainda que se trate de pessoa emancipada, aplicando, neste caso, a orientação da Resolução nº 03/2010 do CNE que estabeleceu, em seu artigo 6º, parágrafo único, que *"o direito dos menores emancipados para os atos da vida civil não se aplica para o da prestação de exames supletivos"*⁶⁴. Sustentou que a LDB prevê a possibilidade do avanço das séries, desde que haja avaliação feita pela escola, que definirá o grau de desenvolvimento e experiência do aluno (art. 4º, V, 5º, §5º e 24, II, "c"), o que precisa ser comprovado em juízo.

Por outro lado, há decisões do TJMG admitindo tal certificação por entender que *"o fato de a impetrante não possuir, ainda, dezoito anos completos não pode ser usado como argumento plausível para o indeferimento da expedição do dito documento, em razão de êxito no Exame Nacional de Ensino Médio, haja vista que a Constituição da República de 1988 estabelece como garantia a educação. (...) O Estado não deve criar entraves à progressão intelectual dos cidadãos em formação, devendo, ao contrário, incentivar e proporcionar meios efetivos para concretizar os avanços realizados pelos alunos, valorando mais seu aproveitamento do que sua idade"*⁶⁵.

⁶⁴ Brasil –TJMG – 5ª Câmara Cível – Agravo Interno nº 0000.15.004656-3/001 – Agravante: Carolina Amorim Fernandes – Agravados: Secretaria de Estado de Educação – SEE e outro –Relator: Des. Luís Carlos Gambogi – j. 12.02.2015.

⁶⁵ Brasil –TJMG – 4ª Câmara Cível – Mandado de Segurança nº 1.0000.15.004606-8/000 – Impetrante: I.M.R – Impetrado: Secretaria de Estado de Educação – SEE – Interessado: Estado de Minas Gerais - Relator: Des. Dárcio Lopardi Mendes – j. 30.04.2015. Neste sentido: TJMG - 5ª Câmara Cível - Mandado de Segurança nº 1.0000.14.001866-4/000 – Relator: Des. Fernando Caldeira Brant - j. 03.04.2014; TJMG - Agravo nº 1.0000.14.047774-6/001 - 4ª Câmara Cível – Relatora: Des. Heloisa Combat - j. 21.08.2014; TJMG - 4ª Câmara Cível - Agravo nº 1.0000.14.048065-8/001 – Relator: Des. Dárcio Lopardi Mendes – j. 06.10.2014.

1.6. REQUISITOS PARA PROVIMENTOS DE CARGOS NO MAGISTÉRIO E DEMAIS PROFISSIONAIS DA EDUCAÇÃO

As exigências para provimento de cargos no magistério é um tema intensamente discutido no Poder Judiciário, sobretudo o requisito previsto em concursos públicos municipais de graduação em curso superior para o cargo de professor de educação infantil e do primeiro ciclo do ensino fundamental.

O artigo 62 da LDB admite professores com formação mínima de nível médio, na modalidade normal, na educação infantil (creches e pré-escolas) e nos 5 primeiros anos do ensino fundamental.

O STJ tem se manifestado no sentido de que não pode a Administração exigir graduação superior para o cargo do que a admitida em lei federal para provimento de cargo de professor na educação infantil e no primeiro ciclo do ensino fundamental.

Nesse sentido, no Recurso Especial nº 1.126.957 – PR, destacou que a LDB *“admite professores com formação mínima de nível médio, na modalidade normal, na educação infantil (creches e pré-escolas) e nos quatro primeiros anos do ensino fundamental”* e, reportando-se à decisão do TJPR, destacou que *“a razão de ser da parte final do art. 62 da Lei 9493/96 é garantir a todos aqueles que frequentaram e concluíram o curso de magistério e que, com base nesses cursos, podiam, à época, ministrar aulas a alunos de 1ª a 4ª série do ensino fundamental, continuem podendo fazê-lo. Se assim não fosse, não haveria mais segurança jurídica, pois de nada valeria concluir um curso que, à época da conclusão, habilitava o frequentador a dar aulas se, tempo depois, não mais pudesse fazê-lo em razão da exigência de realização de curso mais completo”*⁶⁶.

⁶⁶ Brasil – STJ – 6ª Turma – Recurso Especial nº 1.126.957 - PR – Recorrente: Município de São José dos Pinhais – Recorrido: Janaina Jachinski – Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura – j. 22.08.2011. Nesse sentido:

No tocante à exigência de licenciatura plena ou licenciatura de 1º grau obtida em curso de curta duração (“licenciatura curta”) para o provimento de cargo de magistério no segundo ciclo do ensino fundamental e no ensino médio, o STJ já se manifestou no sentido de que *“não tem direito a tomar posse no cargo de professor de nível fundamental e médio o candidato que não cumpre requisito legal e editalício consubstanciado na apresentação de comprovante de conclusão em curso superior com licenciatura plena na área”*⁶⁷.

Entretanto, há julgados do TJPR que entendem que a qualificação prevista no artigo 62 da LBD é a mínima, não havendo óbice para que o Poder Público amplie o grau de titulação como pré-requisito ao provimento do cargo. Nesse passo, tem reconhecido a exigência de licenciatura plena específica para o magistério de educação infantil e 1ª a 4ª séries do ensino fundamental ou licenciatura plena acompanhado de magistério em nível médio para o provimento de cargos de professor nesta etapa da educação⁶⁸.

Em outro aresto, o TJPR sustentou que:

“Da simples leitura do dispositivo acima acostado, infere-se que a lei impõe como formação mínima o ensino médio na modalidade normal, mas em nenhum momento traz qualquer vedação à exigência de qualificação superior para os professores da educação infantil e das séries iniciais do ensino fundamental.

A própria lei deixa a critério da Administração Pública a escolha acerca do nível de escolaridade a ser exigido dos professores, tendo apenas fixado como parâmetro mínimo a exigência de formação em nível médio na modalidade normal.

Recurso Especial nº 1.277.402 – BA – Voto monocrático - Ministra Marga Tessler (Juíza Federal Convocada do TRF-4) – Recorrido: Município de Salvador – Recorrido: Rita de Cássia da Costa – j. 13.10.2014.

⁶⁷ Brasil – STJ – 1ª Turma – AgRg no Recurso Especial nº 1.312.722 - AL – Agravante: Zuleica Beltrão Rolemberg De Lucena – Agravado: Estado De Alagoas – Relator: Ministro Benedito Gonçalves – j. 23.04.2013. No mesmo sentido: Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 35.240/PR – Relator: Ministro Mauro Campbell Marques - DJe 14.02.2012; Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 23.833/ES – Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura - DJe 01.06.2011; Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 23.241/AP – Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura - DJe 22.03.2010; Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 18.446/PR – Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima - DJ 05.06.2006.

⁶⁸ Brasil – TJPR – 4ª Câmara Cível – Apelação Cível nº 1.271.801-7 – Apelante: Marcelo Barreto Muller - Apelados: Secretário Municipal de Administração e Recursos Humanos e outro - Relator: Des. Abraham Lincoln Calixto – j. 10.02.2015. No mesmo sentido: Apelação Cível n.º 1.238.904-9 - 5ª. Câmara Cível – Relator: Des. Luiz Mateus de Lima - j. 15.09.2014; Apelação Cível n.º 1.083.779-7 - 4ª. Câmara Cível - Relatora: Des Maria Aparecida Blanco de Lima - j. 05.12.2013.

Observa-se, assim, que é prerrogativa da Administração Municipal fixar como requisito para o cargo de professor da educação infantil e das séries iniciais do ensino fundamental a comprovação de qualificação em nível superior.

Dessa forma, tem-se que a apelante não foi capaz de demonstrar seu direito líquido e certo de ser nomeada e empossada no cargo de professora para o qual foi aprovada.

Referida norma não conflita com o edital do concurso, pois a exigência de especialização maior dos candidatos visa o aprimoramento do serviço público prestado. Desta forma, descabida a pretensão da recorrente em ver nomeada para o cargo em questão.⁶⁹

Na mesma linha, o TJRJ decidiu que não existe ilegalidade em cláusula editalícia que exige nível superior como requisito para a nomeação ao cargo de professor do ensino infantil e fundamental⁷⁰. Destacou que:

- o Decreto nº 3.276/1999, estabelece em seu artigo 3º, §2º que a formação em nível superior de professores para a atuação multidisciplinar, destinada ao magistério na educação infantil e nos anos iniciais do ensino fundamental, far-se-á, preferencialmente, em cursos normais superiores;
- a exigência de curso superior, além de não contrariar legislação acerca do tema, visa à seleção de profissionais mais capacitados, aumentando assim o padrão da educação nacional.

No mesmo sentido é o entendimento do TJSP em aresto que negou provimento ao recurso de candidata que foi desclassificada por não atender ao requisito de curso superior em licenciatura plena, sob a alegação de que o Curso Normal em Nível Médio a habilitaria a dar aula na educação infantil, de acordo com a redação prevista no art. 62 da LDB. O TJSP na decisão alegou que⁷¹:

⁶⁹ Brasil – TJPR – 4ª Câmara Cível – Apelação Cível nº 1.327.323-9 – Apelante: Marina Gelinski - Apelado: Município de Prudentópolis - Relatora: Juíza Cristiane Santos Leite (em substituição à Des. Lélia Samardã Giacomet) – j. 12.05.2015. No mesmo sentido: Apelação Cível nº 1222117-9 - Cambará - Relatora: Des. Maria Aparecida Blanco de Lima - Unânime - j. 25.11.2014; Apelação Cível nº 1179790-9 - Relatora: Des. Lélia Samardã Giacomet - Unânime – j. 06.05.2014; Apelação Cível nº 1083779-7 - Relatora: Des. Maria Aparecida Blanco de Lima - Unânime - j. 26.11.2013; Apelação Cível nº 972442-5 - Relator: Des. Guido Döbeli - Unânime - j. 09.07.2013.

⁷⁰ Brasil – TJRJ – 22ª Câmara Cível – Apelação Cível nº 0148084-18.2012.8.19.0001 – Apelante: Iohana Ramos de Oliveira - Apelado: Município do Rio de Janeiro - Relator: Des. Marcelo Lima Buhatem – j. jan/2014.

⁷¹ Brasil – TJSP – 3ª Câmara Extraordinária de Direito Público – Apelação Cível nº 0162566-52.2007.8.26.0000 – Apelante: Anahi Fernanda Araujo - Apelado: Prefeito Municipal de Santa Fé do Sul - Relator: Des. Cláudio Marques – j. 29.07.2014. Nesse sentido: Apelação Cível nº 0005002-40.2005.8.26.0045, Comarca de São Isabel – Relator: Des. Rui Stocco - j.13.02.2012; Apelação Cível nº 0013115-62.2009.8.26.0038, Comarca de Araras - Relator: Des. Reinaldo Miluzzi - j.19.12.2011; Apelação Cível nº 173.509-5/0-00 – Relator: Des. Toledo Silva - j. 08.10.2003.

- pode a Administração Pública, no âmbito de sua autonomia de autoorganização, exigir, no certame, formação superior do candidato, com o intuito de resguardar o interesse público, devendo fazê-lo em consonância com o princípio da igualdade;
- a LDB apenas estabelece os requisitos mínimos para docência.
- condicionando-se o provimento do cargo à habilitação profissional em nível superior, não poderia a autoridade impetrada admitir a classificação da candidata sem a formação exigida, sob pena de afronta ao princípio da isonomia, estampado no art. 5º da CRFB/1988;
- a candidata tomou ciência dos termos do edital para o qual se inscreveu sabedora de todas as regras e, por isso, não pode agora vir a Juízo pedir a cassação do ato administrativo que impediu a apelante de ocupar o cargo de professor adjunto municipal.

Em recente julgado, o TJSP, ao decidir MS impetrado por candidato a cargo de professor na educação básica impedido de tomar posse por não ter curso superior, destacou que⁷²:

“Após o fim da década da Educação, não há como interpretar o art. 62 parte final, como possibilidade de se admitir professores não habilitados em nível superior, é certo que a regra é a exigência de formação em nível superior, para atuar na educação básica, e que a referência ‘admitida, como formação mínima’ para o exercício do magistério na educação infantil e nas primeiras séries do ensino fundamental, a oferecida em nível médio, na modalidade Normal’, não obriga o Poder Público a contratar ninguém com essa formação mínima, apenas permitindo que o faça, eventualmente à falta de candidatos com formação em nível superior.

Portanto, nem a lei federal assegura ao impetrante direito líquido e certo de ser contratado sem a qualificação exigida no edital no concurso, motivo pelo qual não há como conceder-lhe a segurança.” (grifos nossos)

No mesmo sentido, o TJMG entende que a previsão do requisito mínimo para o exercício do magistério na educação básica não impede a exigência de formação em nível superior para a contratação de docentes no âmbito infantil⁷³.

⁷² Brasil – TJSP – 12ª Câmara de Direito Público – Mandado de Segurança Originário nº 2023036-18.2015.8.26.0000 - Impetrante: Wellington Freire - Impetrado: Secretário da Educação do Estado de São Paulo - Relator: Des. Burza Neto – j. 18.08.2015. (grifos nossos)

⁷³ Brasil – TJMG - Apelação Cível nº 1.0024.08.081436-1/001 – Relator: Des. Antônio Sérvulo – j. 10.11.2009; Apelação Cível/Reexame Necessário nº 1.0223.06.203374-9/001 – Relator: Des. Ernane Fidélis – j. 15.01.2008.

No TJRS há diversos julgados defendendo que, por força da regra transitória prevista no artigo 87, §4º, da LDB, após o fim da década da educação, a partir de 23.12.2007, somente podem ser admitidos professores habilitados em nível superior, ainda que se trate de atuação para o magistério na educação infantil e no primeiro ciclo da educação fundamental⁷⁴. Tal dispositivo legal foi, entretanto, revogado expressamente pela Lei nº 12.796, de 4 de abril de 2013, que alterou a LDB para dispor sobre a formação dos profissionais da educação.

1.7. OUTROS TEMAS RELACIONADOS À EDUCAÇÃO BÁSICA

1.7.1. O ensino religioso

O ensino religioso é pauta da ADI nº 4439, de Relatoria do Ministro Roberto Barroso, proposta, em 02.08.2010, pela Procuradoria-Geral da República, que requer que:

- a) seja realizada interpretação conforme a Constituição do artigo 33, *caput* e §§1º e 2º da LDB, para assentar que o ensino religioso em escolas só pode ser de natureza não-confessional, com proibição de admissão de professores na qualidade de representantes das confissões religiosas;
- b) seja proferida decisão de interpretação conforme a Constituição do artigo 11, §1º do “Acordo entre a República Federativa do Brasil e a Santa Sé relativo ao Estatuto da Igreja Católica no Brasil”, aprovado pelo Congresso Nacional através do Decreto Legislativo nº 689/2009 e promulgado pelo Presidente da República através do Decreto nº 7.107/2010, para assentar que o ensino religioso em escolas públicas só pode ser de natureza não-confessional ou, caso julgue incabível tal pedido, seja declarada a inconstitucionalidade do trecho “*católico e de outras confissões religiosas*”, constante do artigo 11, §1º do Acordo Brasil-Santa Sé;

⁷⁴ Brasil – TJRS – 3ª Câmara Cível – Apelação Cível nº 70051926590 (nº CNJ: 0499258-88.2012.8.21.7000) – Apelante: Carla Cristina Costódio Pereira - Apelado: Município de Cerro Branco - Relatora: Des. Matilde Chabar Maia – j. 24.04.2014; TJRS – 3ª Câmara Cível – Apelação Cível nº 70044752699 – Apelante: Município de Sobradinho - Apelado: Ivone Neu Secretti - Relatora: Des. Matilde Chabar Maia – j. 22.11.2012; TJRS – 3ª Câmara Cível - Apelação Cível nº 70027859958 - Relator: Des. Nelson Antônio Monteiro Pacheco, j. 16.02.2012; TJRS – 4ª Câmara Cível - Apelação Cível nº 70040976524 - Relator: Des. Ricardo Moreira Lins Pastl – j. 04.05.2011; TJRS – 4ª Câmara Cível - Apelação Cível nº 70033536046 - Relator: Des. Ricardo Moreira Lins Pastl – j. 24.02.2010; TJRS – 4ª Câmara Cível - Apelação e Reexame Necessário nº 70027108869 - Relator: Des. Ricardo Moreira Lins Pastl – j. 19.11.2008.

- c) a realização de audiência pública, nos termos do artigo 9º, §1º da Lei nº 9.868/1999, dada a complexidade da questão, sua relevância social e a natureza interdisciplinar do tema.

Para a Procuradoria-Geral da República a escola pública não pode ser um espaço de catequese e proselitismo religioso, católico ou de qualquer outra confissão, em decorrência do princípio da laicidade do Estado. Defende que a única forma de viabilizar a laicidade do Estado com o ensino religioso nas escolas públicas é por meio do modelo não-confessional, que traz doutrinas, dimensões sociais de diferentes religiões.

Em 15.06.2015, foi realizada a Audiência Pública para discussão do tema. O Conselheiro Luiz Roberto Alves, atual Presidente da CBE, manifestou-se no sentido de o ensino religioso *“deve ser um estudo aberto, criativo e autônomo do fenômeno cultural da religião ou das formas de religiosidades, portanto plenamente ligado ao ético, estético, linguístico e ao científico”*, pontuando a posição do CNE pela negativa de qualquer atitude doutrinária ou confessional vinculada ao ensino religioso, que deve ser ministrado de forma laica, sob um contexto histórico e abordando a perspectiva das várias religiões⁷⁵.

Desde 18.06.2015 o processo está com o Relator para análise.

1.7.2. O direito ao ensino inclusivo

Em 04.08.2015, a Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (Confenen) ingressou com a ADI nº 5357, com pedido de liminar, pleiteando a declaração de inconstitucionalidade do §1º do artigo 28 e do artigo 30, *caput*, especialmente, da expressão “privada”, prevista na Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência) (Lei nº 13.146/2015), que entrou em vigor em 02.01.2016.

⁷⁵ “Expositores concluem apresentações na audiência pública sobre ensino religioso”. In: *Notícias STF*, 15.06.2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=293675>. Acesso em: 02.01.2016.

Alega que o Estatuto da Pessoa com Deficiência não constitui norma geral da educação nacional e que a escola particular, embora preste serviço de natureza pública e coletiva, não é concessão, delegação ou favor dos poderes públicos. O ensino é livre à iniciativa privada (artigo 209, incisos I e II), como consequência da liberdade de ensinar, do pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, com coexistência de instituições públicas e privadas de ensino (artigo 206, incisos II e III), e não está essa atividade arrolada nos incisos X a XII, XXII e XXIII do artigo 21, da Carta Magna, como monopólio ou prerrogativa estatais com exclusividade ou não.

Sustenta que a prestação de serviços educacionais pela escola particular se dá por um contrato civil, firmado por ela com o aluno ou seu responsável interessado, mediante o pagamento pelo último de anuidades ou semestralidades escolares (Lei nº 9.870/99), contrato renovável a cada ano ou semestre. Em razão disso, o Pleno do STF, por unanimidade, na concessão de liminar na ADIN 1081/94 – D, com voto expresso de cada um dos 11 ministros, afirmou que a escola particular não está obrigada a contratar ou a renovar o contrato com quem não quer.

Em última análise, a Confenen pretende que as escolas privadas não sejam obrigadas a promover a inserção de pessoas com deficiência no ensino regular e prover as medidas de adaptação necessárias sem que ônus financeiro seja repassado às mensalidades, anuidades e matrículas.

O Ministro Edson Fachin, Relator da ação, indeferiu, em 18.11.2015, a liminar pleiteada pela Confenen, pelos argumentos a seguir expostos:

“A Lei nº 13.146/2015 estabelece a obrigatoriedade de as escolas privadas promoverem a inserção das pessoas com deficiência no ensino regular e prover as medidas de adaptação necessárias sem que o ônus financeiro seja repassado às mensalidades, anuidades e matrículas.

Analisada a moldura normativa, ao menos neste momento processual, infere-se que, por meio da lei impugnada, o Brasil atendeu ao compromisso constitucional e internacional de

proteção e ampliação progressiva dos direitos fundamentais e humanos das pessoas com deficiência.

Ressalte-se que, não obstante o serviço público de educação ser livre à iniciativa privada, ou seja, independentemente de concessão ou permissão, isso não significa que os agentes econômicos que o prestam o possam fazê-lo ilimitadamente ou sem responsabilidade.

É necessária, a um só tempo, a sua autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público, bem como o cumprimento das normas gerais de educação nacional - as que se incluem não somente na Lei nº 9.394/1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação - LDB), como pretende a Requerente, mas também aquelas previstas pela própria Constituição em sua inteireza e aquelas previstas pela lei impugnada em seu Capítulo IV -, ambas condicionantes previstas no art. 209 da Constituição.

Não se pode, assim, pretender entravar a normatividade constitucional sobre o tema com base em leitura dos direitos fundamentais que os convolem em sua negação.

Nessa linha, não se acolhe o invocar da função social da propriedade para se negar a cumprir obrigações de funcionalização previstas constitucionalmente, limitando-a à geração de empregos e ao atendimento à legislação trabalhista e tributária, ou, ainda, o invocar da dignidade da pessoa humana na perspectiva de eventual sofrimento psíquico dos educadores e *'usuários que não possuem qualquer necessidade especial'*. Em suma: à escola não é dado escolher, segregar, separar, mas é seu dever ensinar, incluir, conviver.

Ademais, o enclausuramento em face do diferente furta o colorido da vivência cotidiana, privando-nos da estupefação diante do que se coloca como novo, como diferente. Esse estranhamento *'não pode nos imobilizar em face dos problemas que enfrentamos relativamente aos direitos humanos, isto é, ao direito a ter direitos, ao contrário, o estranhamento deve ser o fio condutor de uma atitude que a partir da vulnerabilidade assume a única posição ética possível, a do acolhimento'*. (CHUEIRI, Vera Karam de; CÂMARA, Heloísa. Direitos Humanos em movimento: migração, refúgio, saudade e hospitalidade, Revista Direito, Estado e Sociedade (PUC-RJ), Vol. 45, 2014. p. 174).

(...)

Para além de vivificar importante compromisso da narrativa constitucional pátria - recorde-se uma vez mais a incorporação da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência pelo procedimento previsto no art. 5º, §3º, CRFB - o ensino inclusivo milita em favor da dialógica implementação dos objetivos esquadrihados pela Constituição da

República. 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 (Art. 3º, I e IV, CRFB).

(...)

Diante disso, torna-se imperativo analisar, desde logo, o pedido de concessão urgente de medida cautelar, considerando, a um só tempo, a relevância do tema ora posto à análise e a necessidade de uma imediata resposta desta Corte Suprema aos questionamentos levantados nesta ADI. Assim, se evita que, com a pluralidade de potenciais decisões conflitantes nas instâncias ordinárias, semeie-se insegurança jurídica e violação de direitos fundamentais.

(...)

Isso posto, não se vislumbra por ora, no olhar prefacial que caracteriza o juízo cautelar, a fumaça do direito pleiteado, o que igualmente tem reflexos na análise do *periculum in mora* invocado pela requerente. Tal ocorre no presente caso pelo fato de que não se pode dizer que os estabelecimentos de ensino privados tenham sido surpreendidos por normatividade inconstitucional estabelecida sobre o tema pela lei impugnada.

O ensino inclusivo é política pública estável, desenhada, amadurecida e depurada ao longo do tempo em espaços deliberativos nacionais e internacionais dos quais o Brasil faz parte. Não bastasse isso, foi incorporado à Constituição da República como regra.

E ainda, não é possível sucumbir a argumentos fatalistas que permitam uma captura da Constituição e do mundo jurídico por supostos argumentos econômicos que, em realidade, se circunscrevem ao campo retórico. Sua apresentação desacompanhada de sério e prévio levantamento a dar-lhes sustentáculo, quando cabível, não se coaduna com a nobre legitimidade atribuída para se incoar a atuação desta Corte.

Inclusive o olhar voltado ao econômico milita em sentido contrário ao da suspensão da eficácia dos dispositivos impugnados.

Como é sabido, as instituições privadas de ensino exercem atividade econômica e, enquanto tal, devem se adaptar para acolher as pessoas com deficiência, prestando serviços educacionais que não enfoquem a questão da deficiência limitada à perspectiva médica, mas também ambiental. Esta última deve ser pensada a partir dos espaços,

ambientes e recursos adequados à superação de barreiras – as verdadeiras deficiências de nossa sociedade.

Tais requisitos, por mandamento constitucional, aplicam-se a todos os agentes econômicos, de modo que há verdadeiro perigo inverso na concessão da cautelar. Perceba-se: corre-se o risco de se criar às instituições particulares de ensino odioso privilégio do qual não se podem furtar os demais agentes econômicos. Privilégio odioso porque oficializa a discriminação.

Por fim, o fato de a própria Lei nº 13.146/2015 - publicada em 07.07.2015 - ter estabelecido prazo de *vacatio* de 180 (cento e oitenta) dias (art. 127) igualmente afasta a pretensão acautelatória.

Diante dos pressupostos teóricos e da moldura normativa esboçados, indefiro, *ad referendum* do Plenário deste STF, a medida cautelar por não vislumbrar a fumaça do direito pleiteado e, por consequência, *periculum in mora*".

No início de março deste ano, o Juiz da 2ª Vara da Fazenda Pública de Florianópolis, Dr. José Maurício Lisboa, concedeu liminar na ação proposta pelo Sindicato dos Estabelecimentos de Ensino do Estado de Santa Catarina (Sinepe) e autorizou as escolas particulares do Estado a cobrarem preços diferenciados pelos serviços prestados a pessoas com deficiência, proibindo que o Estado e o Município apliquem penalidade às escolas que adotarem a cobrança diferenciada⁷⁶.

Na liminar, o Juiz autoriza as escolas particulares a definirem *"um preço de anuidade escolar especificamente às pessoas com necessidades especiais, integrando o custo do apoio pedagógico especializado, e outro preço de anuidade escolar aos demais consumidores, composto apenas das despesas ordinárias do serviço educacional"*.

Esse é um tema que, por sua importância, merece ser acompanhado de perto pelo CNE/CEB.

⁷⁶ Disponível em: <http://dc.clicrbs.com.br/sc/noticia/2016/03/juiz-autoriza-escolas-particulares-de-santa-catarina-a-cobrar-precos-diferentes-a-alunos-com-deficiencia-4987674.html>. Acesso: 3.03.2016.

1.7.3. O ensino domiciliar ou homeschooling

Admitida em ao menos 63 países no mundo, o ensino domiciliar ou *homeschooling* chegou a pauta do STF.

Segundo o sociólogo André de Holanda Padilha Vieira, a educação em casa, ou *homeschooling*, é legalmente admitida em pelo menos 63 países no mundo, conforme levantamento da associação americana HSLDA (*Home School Legal Defense Association*).

É um fenômeno emergente e crescente e, apenas nos Estados Unidos, o número de estudantes domiciliares cresceu 75% desde 1999, atingindo 4% da população em idade escolar nos Estados Unidos⁷⁷.

Em junho de 2015, o STF reconheceu a Repercussão Geral do Recurso Extraordinário nº 888.815-RS que discute se o ensino domiciliar pode ser proibido pelo Estado ou considerado meio lícito de cumprimento, pela família, do dever de prover educação, nos termos do artigo 205 da CRFB/1988⁷⁸.

O Recurso Extraordinário nº 888.815-RS teve origem em MS impetrado pelos pais de uma menina, então com 11 anos, contra ato da Secretária de Educação do Município de Canela (RS) que negou pedido para que a criança fosse educada em casa e orientou-os a fazer matrícula na rede regular de ensino, onde até então havia estudado. Tanto o juízo da Comarca de Canela quanto o TJRS indeferiram a segurança, com o fundamento de que, não havendo previsão legal de ensino nessa modalidade, não há direito líquido e certo a ser amparado.

⁷⁷ COMISSÃO DE LEGISLAÇÃO PARTICIPATIVA. Educação Domiciliar Brasília, 2014. Disponível em: file:///C:/Users/normal.NORMAL-PC.000/Downloads/educacao_domiciliar_clp.pdf. Acesso: 23.12.2015.

⁷⁸ Brasil –STF – Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 888.815 RS – Recorrente: VD (por sua genitora) – Recorrido: Município de Canela - Relator: Ministro Roberto Barroso – J. 04.06.2015.

Os pais sustentam que “*restringir o significado da palavra educar simplesmente à instrução formal numa instituição convencional de ensino é não apenas ignorar as variadas formas de ensino agora acrescidas de mais recursos com a tecnologia como afrontar um considerável número de garantias constitucionais*”, como os princípios da liberdade de ensino e do pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas (artigo 206, incisos II e III), tendo-se presente a autonomia familiar assegurada pela CRFB/1988.

Ao admitir o Recurso Extraordinário por entender que tem natureza constitucional o debate sobre a possibilidade da família se desincumbir do dever de prover a educação por meio do ensino domiciliar (*homeschooling*), o Ministro Luís Roberto Barroso, relator do caso, ressaltou que a CRFB/1988 prevê a “*educação como direito fundamental, cuja efetivação é dever conjunto do Estado e da família. No artigo 208 da CRFB/1988, são previstos tão-somente os meios pelos quais será efetivada a obrigação do Estado com a educação. A controvérsia envolve, portanto, a definição dos contornos da relação entre Estado e família na educação das crianças e adolescentes, bem como os limites da autonomia privada contra imposições estatais*”.

Sustentou o Ministro Roberto Barroso que, “*o caso em questão, apesar de não ser frequentemente judicializado, não está adstrito ao interesse das partes que ora litigam. Segundo a ANED (Associação Nacional de Educação Domiciliar), após o reconhecimento pelo MEC da utilização do desempenho no ENEM como certificação de conclusão de ensino médio, em 2012, o número de adeptos do homeschooling no Brasil dobrou e atingiu 2.000 famílias* (<http://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2015/02/1594329-exalunos-contam-experiencia-de-ensino-domiciliar-que-cresce-nopais.shtml>).”

2. PARECERES E RESOLUÇÕES DA CÂMARA DE EDUCAÇÃO BÁSICA OBJETO DE QUESTIONAMENTO JUDICIAL

2.1. Limites etários. 2.1.1. O limite etário para matrícula inicial na pré-escola e no 1º ano do ensino fundamental de 9 anos: as Resoluções CNE/CEB nº 1/2010 e 6/2010. 2.1.2. O limite etário para matrícula em cursos na modalidade de jovens e adultos (EJA) e realização de exames supletivos: a Resolução CNE/CEB nº 3/2010. 2.1.3. O limite etário para certificação de conclusão do ensino médio com base na pontuação obtida no ENEM: as Portarias MEC nº 807/2010 e INEP nº 144/2012. 2.2. Férias em creches e pré-escolas: o Parecer CNE/CEB nº 23/2012.

Como visto no tópico anterior, há vários temas de educação básica que têm sido submetidos ao Poder Judiciário no território brasileiro de forma recorrente.

Com amparo nas normas constitucionais e na legislação infraconstitucional, há não apenas pleitos relativos à efetiva concretização do *direito à educação*, como é o caso do acesso à educação em todas as suas etapas, do ensino inclusivo, do transporte escolar, da alimentação escolar, mas também os mais recentes pleitos relacionados aos *direitos na educação*, como é o caso da liberdade religiosa e do ensino domiciliar.

No levantamento realizado, foram identificadas demandas judiciais que questionam a constitucionalidade de preceitos da legislação infraconstitucional, a exemplo do limite etário previsto no artigo 38, §1º da LDB para exames supletivos e dos requisitos para exercício do magistério na educação infantil e nos cinco primeiros anos do ensino fundamental previstos no artigo 62 do mesmo diploma legal.

O exame das decisões judiciais apontou, ainda, que há específicos Pareceres e Resoluções do CNE/CEB que, de forma recorrente, estão sendo submetidos à análise do Poder Judiciário por diferentes atores, como é o caso do Ministério Público Federal, dos Ministérios Públicos Estaduais, Defensorias Públicas,

ONGs e pelas próprias famílias em defesa das crianças e adolescentes sob sua responsabilidade.

Este tópico **2** apresentará, de forma sistematizada, os principais Pareceres e Resoluções do CNE/CEB que tem sido judicialmente questionamentos para que, ao final, sejam apresentadas, no tópico **3**, algumas propostas de encaminhamento.

2.1 LIMITES ETÁRIOS

Como examinado anteriormente, há uma intensa judicialização envolvendo os limites etários fixados pela legislação infraconstitucional e pela regulamentação infralegal, como é o caso das Resoluções do CNE/CEB, com especial ênfase nas seguintes questões:

2.1.1. O limite etário para matrícula na pré-escola e no 1º ano do ensino fundamental de 9 anos: as Resoluções CNE/CEB nº 1/2010 e 6/2010

A CRFB/1988, quando promulgada, estabeleceu, como dever do Poder Público, a garantia de ensino fundamental obrigatório e gratuito, mantendo os 8 anos de escolaridade obrigatória previstos no artigo 20 da Lei nº 5.692/1971⁷⁹, o que não se alterou, com a nova LDB, aprovada em 1996.

A ampliação do ensino fundamental para 9 anos de duração foi definida como meta no PNE (Lei nº 10.172/2001)⁸⁰ e, em virtude dela, o artigo 32 da LDB, que

⁷⁹ Lei nº 5.692, de 11 de agosto de 1971, que fixa Diretrizes e Bases para o ensino de 1º e 2º graus, e dá outras providências.

“Art. 20. O ensino de 1º grau será obrigatório dos 7 aos 14 anos, cabendo aos Municípios promover, anualmente, o levantamento da população que alcance a idade escolar e proceder à sua chamada para matrícula. Parágrafo único. Nos Estados, no Distrito Federal, nos Territórios e nos Municípios, deverá a administração do ensino fiscalizar o cumprimento da obrigatoriedade escolar e incentivar a frequência dos alunos.”

⁸⁰ Lei nº 10.172, de 9 de janeiro de 2001, que aprova o Plano Nacional de Educação e dá outras providências.

2.3 Objetivos e Metas

“Meta 2. Ampliar para nove anos a duração do ensino fundamental obrigatório com início aos seis anos de idade, à medida que for sendo universalizado o atendimento na faixa de 7 a 14 anos”.

estabelecia que essa duração era de 8 anos, foi finalmente alterado pela Lei nº 11.114/2005 e, em seguida, pela Lei nº 11.274/2006.

A Lei nº 11.114, de 16.05.2005, modificou a LDB e tornou o ensino fundamental obrigatório para crianças a partir dos 6 anos de idade.

A seu turno, a Lei nº 11.274, de 06.02.2006, introduziu uma importante alteração no marco legal da educação ao ampliar, com a nova redação dada ao artigo 32, “caput”, da LDB, a duração do ensino fundamental obrigatório para 9 anos, iniciando-se aos 6 anos, a qual deveria ser implementada até 2010.

Ao prever o dever do Estado de garantir a educação infantil às crianças até 5 anos de idade, a Emenda Constitucional nº 53, de 19.12.2006, eliminou qualquer dúvida quanto ao tempo de duração da pré-escola no sistema educacional brasileiro, deixando claro que essa etapa deveria atender as crianças de 4 e 5 anos de idade.

Com a Emenda Constitucional nº 59, de 11.11.2009, o dever do Estado com a educação transitou da obrigatoriedade do ensino fundamental (6 a 14 anos) para a obrigatoriedade da educação básica, abrangendo a pré-escola (4 e 5 anos) e o ensino médio (15 a 17 anos).

Com o objetivo de operacionalizar essas modificações no ordenamento jurídico, o CNE/CEB manifestou-se, inicialmente, no sentido de que a matrícula no ensino fundamental de 9 anos deveria ocorrer a partir dos 6 anos de idade, **completos ou a completar até o início do ano letivo**, conforme a Resolução CNE/CEB nº 3/2005 e o Pareceres CNE/CEB nºs 6/2005, 18/2005, 5/2007, 7/2007 e 4/2008.

A mesma recomendação aplicava-se ao ingresso na educação infantil, nos termos do Parecer CNE/CEB nº 20/2009.

Esclareceu o Parecer CNE/CEB nº 22/2009 que se compreende “*início do ano letivo*” como o **primeiro dia de aula do ano**, previsto no calendário escolar do respectivo sistema de ensino.

Todavia, como esclarecido neste Parecer, “*para facilitar a mobilidade dos alunos de um sistema de ensino para outro, e em atendimento ao acordado nas reuniões com os representantes de Estados e Municípios*”, o CNE/CEB, considerou oportuno “*estabelecer uma data limite unificada para o ingresso inicial no Ensino Fundamental de 9 (nove) anos, com matrícula aos 6 (seis) anos completos de idade*”.

Com esse intuito, a partir do pacto pela adoção do dia **31 de março** como data de corte etário, firmado no II Encontro do Grupo de Trabalho “Fundamental Brasil”, organizado pela Secretaria de Educação Básica do MEC, que tratou do “processo de atualização das Diretrizes Curriculares Nacionais para o Ensino Fundamental”, foram aprovadas as Resoluções nºs 1 e 6 de 2010 que definem, respectivamente, diretrizes operacionais para a implantação do ensino fundamental de 9 anos e para a matrícula no ensino fundamental e na educação infantil.

A partir da fixação deste critério de corte etário no dia 31 de março para todos os sistemas de ensino, iniciou-se a intensa batalha judicial analisada no tópico **1.4**, arguindo-se, em síntese, violação aos seguintes preceitos:

- artigo 208, incisos I e V e §1º da CRFB/1988;
- princípio constitucional da isonomia (artigo 5º, *caput*);
- artigo 54, inciso V do ECA.

2.1.2. O limite etário para matrícula em cursos na modalidade de jovens e adultos (EJA) e realização de exames supletivos: a Resolução CNE/CEB nº 3/2010

O limite etário estipulado no artigo 38, §1º da LDB para matrícula e frequência de menores de 15 anos no ensino fundamental e menores de 18 anos no

ensino médio em cursos e exames supletivos na modalidade de EJA, especialmente após o ingresso no ensino superior, tem sido objeto de enfrentamento constante no Poder Judiciário.

O artigo 38, §1º da LDB prevê que os exames supletivos para conclusão do ensino fundamental e do ensino médio realizar-se-ão, respectivamente, para os maiores de 15 anos e para os maiores de 18 anos.

A Resolução nº 3, de 15 de junho de 2010, que “institui Diretrizes Operacionais para a Educação de Jovens e Adultos nos aspectos relativos à duração dos cursos e idade mínima para ingresso nos cursos de EJA; idade mínima e certificação nos exames de EJA; e Educação de Jovens e Adultos desenvolvida por meio da Educação a Distância”, dispõe, nos seus artigos 5º e 6º que:

“Art. 5º Obedecidos o disposto no artigo 4º, incisos I e VII, da Lei nº 9.394/96 (LDB) e a regra da prioridade para o atendimento da escolarização obrigatória, será considerada idade mínima para os cursos de EJA e para a realização de exames de conclusão de EJA do Ensino Fundamental a de 15 (quinze) anos completos.”

“Art. 6º Observado o disposto no artigo 4º, inciso VII, da Lei nº 9.394/96, a idade mínima para matrícula em cursos de EJA de Ensino Médio e inscrição e realização de exames de conclusão de EJA do Ensino Médio é 18 (dezoito) anos completos.

Parágrafo único. O direito dos menores emancipados para os atos da vida civil não se aplica para o da prestação de exames supletivos”.

O obstáculo enfrentado pelos adolescentes que pretendem matricular-se nos cursos supletivos ou apenas realizar os exames supletivos, especialmente quando já ingressaram no ensino superior, tem motivado o ajuizamento de centenas de ações em várias unidades da federação brasileira.

A análise do padrão decisório do Poder Judiciário demonstrou que está centrada, basicamente, na inconstitucionalidade do artigo 38, §1º da LDB e, conseqüentemente, da Resolução do CNE.

Podem ser distinguidas duas linhas argumentativas:

- a) a que refuta a existência de critério etário para o ingresso nos cursos de EJA; e
- b) a que refuta a existência de critério etário para a realização dos exames supletivos, com nuances neste ponto, quando o objetivo do exame supletivo para conclusão do ensino médio é o ingresso no ensino superior.

Relativamente ao questionamento quanto ao critério etário para ingresso no curso EJA, sustenta-se que:

- pelo princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, da CRFB/1988), não é possível admitir que qualquer norma infraconstitucional ou resolução delimite o acesso à educação ao Sistema EJA, sob a fundamentação de que o interessado não atingiu a idade mínima exigida;
- o artigo 206, inciso I, da CRFB/1988, dispõe que o ensino será ministrado com base na igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;
- o critério etário estabelecido no artigo 38, §1º, II, da LDB diz respeito aos exames supletivos, e não ao ingresso nos cursos supletivos;
- se a LDB não impõe limite etário ao ingresso no EJA, não poderá a Resolução restringi-la, extrapolando os limites do poder regulamentar, criando restrição não trazida pela lei regulamentadora, sob pena de ofensa ao princípio da reserva legal;
- as normas constitucionais que tratam da matéria demonstram que a preocupação maior do legislador foi traçar determinações no sentido de não se restringir a educação, mas de possibilitá-la ao máximo, de forma a erradicar o analfabetismo e a ignorância, sendo inadmissível e intolerável qualquer espécie de discriminação ou pretexto, de modo a se constituir e erigir óbices restritivos ao direito constitucional de pleno acesso à educação.

Já no tocante à realização dos exames supletivos, a linha de defesa é centrada no fato de que o artigo 38, §1º, II, da LDB, que estabelece limite de idade para o exame supletivo, deve ser interpretado em consonância com o artigo 4º, inciso V da citada lei, que, inclusive, consolida o princípio consagrado no artigo 208, inciso V, da CRFB/1988, que garante acesso aos níveis mais elevados do ensino, segundo a capacidade de cada um.

Acrescentam que a exigência de uma idade mínima para a realização dos exames supletivos como único critério não realiza a contento o texto constitucional, que estabeleceu o mérito como forma de ascensão aos diversos níveis de ensino.

Por fim, quando o objetivo da realização do exame supletivo é a certificação do ensino médio para ingresso no ensino superior, a tese sustentada gira em torno dos seguintes argumentos:

- A CRFB/1988, em seus artigos 205 e 208, incisos I, II e V, dispõe que a educação é direito de todos e dever do Estado, sobretudo a educação básica, sempre visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, de acordo com a capacidade de cada um, isto é, o mérito acadêmico de cada estudante, independentemente de limites etários;
- como a CRFB/1988 não fixou limites mínimo e máximo de idade, bem como não impôs a fase de ensino por faixa etária, e, sim, ao revés, elegeu como princípio a proteção do acesso das crianças e adolescentes à educação, de forma ampla e irrestrita, impedir adolescente, aprovado em concurso vestibular para ingresso em curso superior, de realizar os exames especiais de suplência, ao argumento de limite etário, contraria a garantia constitucional
- a inteligência acerca dos atos normativos inferiores, notadamente o artigo 38, inciso II, da LDB, deve ser realizada à luz da CRFB/1988, de forma a estabelecer uma orientação às instituições de ensino, sobretudo as estatais, cabendo, no caso concreto, constatar o nível de amadurecimento do estudante;
- a legislação não impede que um jovem conclua o ensino médio com menos de 17 anos de idade e ingresse no ensino superior com essa idade;
- a capacidade e maturidade intelectuais são demonstradas pela comprovação do sucesso nos exames necessários ao ingresso na faculdade;
- as exigências contidas na LDB, referentes aos exames supletivos, têm como finalidade avaliar os conhecimentos e habilidades do educando, a fim de que prossiga os seus estudos e, com o ingresso no curso superior, tais conhecimentos e habilidades são comprovados.

2.1.3. O limite etário para certificação de conclusão do ensino médio com base na pontuação obtida no ENEM: as Portarias MEC nº 807/2010 e INEP nº 144/2012

Embora o foco das demandas por certificação de conclusão do ensino médio, a partir das notas obtidas no ENEM, não sejam baseados em Pareceres e Resoluções do CNE/CBE, mas sim Portarias do MEC e do INEP, convém, pelo impacto que vêm causando aos sistemas de ensino, analisá-lo.

A idade de 18 anos para tal certificação está prevista, não apenas no artigo 38, §1º, II, da LDB, mas em regulamentação infralegal, como é o caso do artigo 5º da Portaria nº 807, de 18/06/2010, do MEC e do artigo 2º da Portaria INEP nº 144, 24 de maio de 2012:

LDB

“Art. 38. Os sistemas de ensino manterão cursos e exames supletivos, que compreenderão a base nacional comum do currículo, habilitando ao prosseguimento de estudos em caráter regular.

§1º. Os exames a que se refere este artigo realizar-se-ão:

(...)

II - no nível de conclusão do ensino médio, para os maiores de dezoito anos.”

PORTARIA MEC Nº 807/2010

“Art. 5º A participação no ENEM é voluntária, destinada aos concluintes ou egressos do ensino médio e àqueles que não tenham concluído o Ensino Médio, mas tenham no mínimo dezoito anos completos na data da primeira prova de cada edição do Exame.”

PORTARIA INEP Nº 144/2012

“Art. 2º O participante do ENEM interessado em obter certificação de conclusão do ensino médio deverá possuir 18 (dezoito) anos completos até a data de realização da primeira prova do ENEM e atender aos seguintes requisitos:

I - atingir o mínimo de 450 (quatrocentos e cinquenta) pontos em cada uma das áreas de conhecimento do exame;

II - atingir o mínimo de 500 (quinhentos) pontos na redação.”

A argumentação dos que litigam em juízo objetivando a aludida certificação é centrada no direito à progressão educacional, previsto no artigo 205 da CRFB/1988 e no artigo 54 do ECA.

Não há ainda uma posição uniforme dos Tribunais sobre o tema, notando-se argumentações favoráveis e desfavoráveis na linha a seguir exposta:

Argumentos favoráveis	Argumentos desfavoráveis
Embora o artigo 38, §1º, inciso II, da LDB estabeleça que os cursos e exames supletivos, no nível de conclusão de ensino médio, são destinados aos maiores de 18 anos, o artigo 208, V, da CRFB/1988 determina a observância da capacidade do indivíduo como pressuposto para acesso aos patamares mais elevados de ensino.	Os requisitos para a certificação prevista no artigo 38, §º, inciso II da LDB e na regulamentação infralegal derivam da formação de um sistema regular de ensino, que fornece exceção apenas aos alunos que não tiveram acesso ao ensino médio na idade própria.
O art. 24, alínea “c”, da LDB possibilita ao aluno “acelerar”, “avançar” e “aproveitar” os estudos, de modo que incentiva o amadurecimento e engrandecimento pessoal daqueles que se dedicam ao aprendizado de forma mais célere que outros.	A LDB prevê a possibilidade do avanço das séries, desde que haja avaliação feita pela escola, que definirá o grau de desenvolvimento e experiência do aluno (artigo 4º, V, 5º, §5º e 24, II, “c”), o que precisa ser comprovado em juízo.
Quando o Estado autoriza o aluno a participar da prova como “treineiro”, acaba por propiciar a oportunidade de demonstrar a capacidade intelectual para ingressar no nível superior de ensino, mormente quando, com base no resultado do ENEM, as próprias universidades passam a convocar o estudante para efetuar matrícula em suas faculdades.	Não se admite a certificação de conclusão do ensino médio pela pontuação obtida no ENEM, ainda que se trate de pessoa emancipada, conforme Resolução nº 3/2010 do CNE/CEB que estabeleceu, em seu artigo 6º, parágrafo único, que “o direito dos menores emancipados para os atos da vida civil não se aplica para o da prestação de exames supletivos”.

2.1 FÉRIAS EM CRECHES E PRÉ-ESCOLAS: O PARECER CNE/CEB nº 23/2012

O Ministério Público e a Defensoria Pública têm obtido êxito nas demandas objetivando oferecimento de atendimento em creches e pré-escolas durante o recesso escolar, a exemplo de Santos, São Paulo, Salvador e Canela.

Como já dito anteriormente, a admissibilidade de períodos destinados a férias e a recesso em instituições de Educação Infantil foi examinada pelo CNE no

Parecer nº 8/11, de relatoria do Conselheiro César Callegari. As conclusões exaradas neste Parecer, aprovado, por unanimidade, pela CEB, em 07.07.2011, foram as seguintes:

1. As creches e pré-escolas se constituem, em estabelecimentos educacionais públicos ou privados que educam e cuidam de crianças de 0 (zero) a 5 (cinco) anos de idade, por meio de profissionais com a formação específica legalmente determinada, a habilitação para o magistério superior ou médio, refutando assim funções de caráter meramente assistencialista, embora mantenha a obrigação de assistir às necessidades básicas de todas as crianças.

2. Nas creches e pré-escolas mostra-se adequada uma estrutura curricular que se fundamente no planejamento de atividades durante um período, sendo normal e plenamente aceitável a existência de intervalo (férias ou recesso), como acontece, aliás, na organização das atividades de todos os níveis, etapas e modalidades educacionais. Tal padrão de organização de tempo de operacionalização do projeto político-pedagógico, com inclusão de intervalos, não constitui obstáculo ou empecilho para a consecução dos objetivos educacionais, ao tempo em que contribui para o atendimento de necessidades básicas de desenvolvimento das crianças relacionadas à convivência intensiva com suas famílias e a vivências de outras experiências e rotinas distintas daquelas organizadas pelas instituições de educação.

3. Considera-se que muitas famílias necessitam de atendimento para suas crianças em períodos e horários que não coincidem com os de funcionamento regular dessas instituições educacionais, como o horário noturno, finais de semana e em períodos de férias e recesso. Contudo, esse tipo de atendimento, que responde a uma demanda legítima da população, enquadra-se no âmbito de "Políticas para a Infância", devendo ser financiado, orientado e supervisionado por outras áreas, como assistência social, saúde, cultura, esportes e proteção social. O sistema de ensino define e orienta, com base em critérios pedagógicos, o calendário, os horários e as demais condições para o funcionamento das creches e pré-escolas, o que não elimina o estabelecimento de mecanismos para a necessária articulação que deve haver entre a educação e outras áreas, como a saúde e a assistência, a fim de que se cumpra, do ponto de vista da organização dos serviços nessas instituições, o atendimento às demandas das crianças. Dessa forma, instalações, equipamentos, materiais e outros recursos, sejam das creches e pré-escolas, sejam dos outros serviços, podem e devem ser mobilizados e articulados para o oferecimento de cuidados e atividades às crianças que delas necessitam durante o período de férias e recesso das instituições educacionais.

4. Portanto, necessidades de atendimento a crianças em dias ou horários que não coincidam com o período de atividades educacionais previsto no calendário escolar das instituições por elas frequentadas, deverão ser equacionadas segundo os critérios próprios da assistência social e de outras políticas sociais, como saúde, cultura, esportes e lazer, em instituições especializadas na prestação desse tipo de serviços, e, na falta ou insuficiência destas instituições, nas próprias instalações das creches e pré-escolas, mediante o emprego de profissionais, equipamentos, métodos, técnicas e programas adequados a essas finalidades, devendo tais instituições atuar de forma articulada com as instituições educacionais.

Em 06.12.2012, o CNE reexaminou o Parecer nº 8/2011, por meio do Parecer nº 23/2012, aprovado pelo CEB, por unanimidade, em 06.12.2012, o qual foi homologado por despacho ministerial publicado no D.O.U. de 19.03.2013.

Em se voto, o Parecer nº 23/2012, que manteve na íntegra o voto do relator do Parecer CNE/CEB nº 8/2011, pontuou que:

“A Câmara de Educação Básica, em concordância parcial com a Defensoria Pública do Estado de São Paulo, não desconhece a necessidade primeira das famílias que precisam de espaços seguros funcionando diuturnamente e sem recesso ou férias. No entanto, entende que o município pode criar, por meio de suas diversas Secretarias, ações que propiciem um atendimento de qualidade às crianças que assim necessitarem, no lapso do recesso e das férias, podendo utilizar, se for o caso, os espaços físicos das Escolas Municipais de Educação Infantil (EMEI) e dos Centros de Educação Infantil (CEI)”.

Ao analisar o argumento utilizado no recurso do Município de Canela, fundado no Parecer nº 23/2012, o TJRS aduziu que *“a despeito do teor do Parecer CNE/CEB nº. 23/2012, que reexaminou o Parecer CNE/CEB nº. 8/2011 (que trata da admissibilidade de períodos destinados a férias e a recesso em instituição de Educação Infantil), defendendo o fechamento de creches e pré-escolas em período de férias e recesso escolar, não há espaço para que o serviço público educacional não seja fornecido de forma ininterrupta”*.

Afastado esse ponto, o TJRS negou provimento ao pleito municipal, baseando-se, fundamentalmente, em argumentos centrados no direito à educação infantil:

- o direito à educação infantil constitui direito fundamental social, que deve ser assegurado pelo ente público municipal, garantindo-se o atendimento em creche ou pré-escola às crianças de zero a cinco anos de idade, com absoluta prioridade, nos termos dos artigos 208, IV, da CRFB/1988, e artigo 54, IV, do ECA;
- a LDB, nos artigo 4º, IV e artigo 30, incisos I e II, igualmente assegura o direito à educação em creches e pré-escolas, sendo incumbência do Município oferecê-la nos termos do artigo 11, inciso V, da LDB;
- as regras da CRFB/1988, do ECA e da LDB visam a garantir a educação, apresentando-se como ações necessárias a serem obedecidas por parte do Município.

Por sua vez, o TJBA, ao analisar a ACP da Defensoria Pública, condenou o Município de Salvador a proporcionar o funcionamento de creches, de forma contínua, inclusive em períodos de férias ou recesso escolar, fundamentando a decisão em argumentos relacionados ao direito à educação e à assistência social:

- o Poder Judiciário deve exercer o controle de legalidade à conduta do administrador que deixa de proporcionar o funcionamento ininterrupto de creches/centros de Educação Infantil da cidade, serviço tido essencial, a evidenciar descumprimento de dispositivos constitucionais, arts.7º, XXV e 203, da CRFB/1988;
- a teor dos artigos 53, incisos I e V e artigo 54, inciso IV do ECA e dos artigos 205, 208, inciso IV, 211, §2º e 227 da CRFB/1988 há o dever de prestar o serviço público de educação infantil, em caráter ininterrupto, objetivando garantir proteção à infância e à família, conforme os artigos 7º e 203, incisos I e II da CRFB/1988, o que não se insere no âmbito da discricionariedade administrativa;
- não obstante o caráter eminentemente educacional das creches, exsurge evidente a reconhecida a sua finalidade assistencial. Trata-se de serviço público essencial, qualificado, devendo ser prestado de maneira eficiente e contínua, sem sofrer interrupções, eis que subsumido ao disposto no artigo 22, do Código de Defesa do Consumidor e artigo 175, parágrafo único, inciso IV, da CRFB/1988.

Da mesma forma, o TJSP, ao negar provimento ao Recurso de Apelação interposto pela Municipalidade de São Paulo, mesclou argumentos de ordem educacional e assistencial:

- a educação infantil é direito indisponível assegurado expressamente pelo artigo 208, inciso IV da CRFB/1988 e pelo artigo 54, inciso IV do ECA e tem por finalidade o desenvolvimento integral da criança, compreendidos os aspectos físico, psicológico, intelectual e social (artigo 29, LDB), cabendo aos Municípios a atuação prioritária na educação infantil (artigo 211, §2º, da CRFB/1988) mediante a oferta de vaga em creches e pré-escolas (artigo 11, inciso V, LDB);
- além de seu caráter pedagógico, a educação infantil possui, também, uma natureza assistencial, pois a obtenção de vaga em creche é primordial para que os pais possam exercer atividade laborativa, possibilitando-lhes obter o sustento da família (artigo 1º, incisos III e IV, da CRFB/1988);

- a educação infantil possui a qualidade de serviço público essencial, o que inviabiliza a adoção do sistema de plantão, em que poucas vagas são proporcionadas a um universo de mais de 100 mil crianças;
- o Parecer do CNE relativo à questão não tem força de lei nem vincula o Poder Judiciário, que tem a missão de interpretar a Constituição Federal e as leis;
- a manutenção nos prédios dos estabelecimentos de ensino deve ser feita conciliando-se com a rotina de atividades, tal como em outros prédios onde se realiza serviço público essencial e continuado Hospitais, Delegacias de Polícia, Bombeiros - e o direito às férias será concedido mediante escalonamento.
- A ininterrupção do serviço público de educação infantil, para as crianças até 5 anos, deve ser garantido pela rede direta e pela rede conveniada.

Tendo em vista as decisões acima apontadas, é oportuno que o CNE/CEB pondere se a orientação exarada em seus Pareceres merece ou não aprimoramentos para que novos litígios sejam evitados.

3. PERSPECTIVAS E POSSIBILIDADES NA ATUAÇÃO DO CNE/CEB

3.1. Uma reflexão estratégica sobre a necessidade de aperfeiçoamento da taxonomia aplicada aos temas da educação. 3.2. Os limites etários e possíveis soluções. 3.2.1. O limite etário para matrícula inicial na pré-escola e no 1º ano do ensino fundamental de 9 anos. 3.2.2. O limite etário para matrícula em cursos na modalidade de jovens e adultos (EJA), realização de exames supletivos e certificação de conclusão de ensino médio para ingresso no ensino superior. 3.3. Ensino domiciliar ou *homeschooling*. 3.4. O risco de uma visão equivocada sobre o papel das metas do PNE: um piso e não um teto.

3.1. UMA REFLEXÃO ESTRATÉGICA SOBRE A NECESSIDADE DE APERFEIÇOAMENTO DA TAXONOMIA APLICADA AO TEMAS DA EDUCAÇÃO

Uma primeira reflexão merece ser feita a partir das dificuldades enfrentadas para a realização da pesquisa.

O levantamento das informações necessárias à elaboração deste trabalho revelou que, paradoxalmente, no século XXI, em plena era da informação, a pesquisa de assuntos no Poder Judiciário continua permeada por dificuldades, sobretudo, quando é necessário um nível de desagregação de assuntos mais elevado.

É preciso reconhecer que houve um grande avanço, sobretudo após a criação do CNJ pela Emenda Constitucional nº 45, promulgada em 08.12.2004.

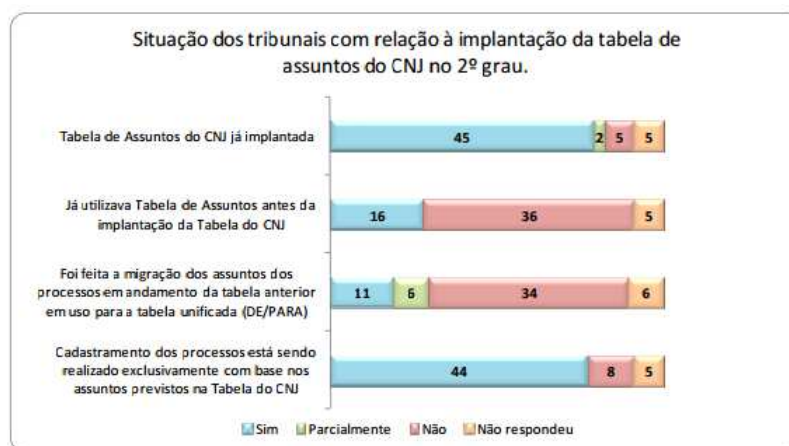
Dentre as atribuições do CNJ, previstas no artigo 103-A, §4º, figura a elaboração de relatório estatístico semestral sobre processos e sentenças prolatadas, por unidade da federação, nos diferentes órgãos do Poder Judiciário. Para exercer essa função de planejamento estratégico do Poder Judiciário brasileiro, o CNJ instituiu, por meio da Resolução CNJ nº 4, de 16 de agosto de 2005, o Sistema de Estatísticas do

Poder Judiciário, com o objetivo de concentrar, analisar e consolidar os dados a serem obrigatoriamente encaminhados por todos os órgãos do Poder Judiciário do país.

Um grande passo foi dado, em 2007, com a iniciativa da criação das Tabelas Processuais Unificadas, pela Resolução CNJ nº 46, de 18 de dezembro de 2007, a partir da Cooperação Técnica firmada entre o CNJ e outros órgãos do Poder Judiciário.

O objetivo dessas tabelas foi patronizar e uniformizar a taxonomia e terminologia da **classe, assuntos e movimentação processuais** a ser usada no âmbito da Justiça Estadual, Federal, do Trabalho, Eleitoral, Militar da União, Militar dos Estados e do Superior Tribunal de Justiça. Essas tabelas visam, ainda, extrair dados estatísticos mais seguros e melhorar o uso da informação processual, que são essenciais à gestão do Poder Judiciário.

Em 2010, o CNJ fez uma análise do processo de implantação das Tabelas Unificadas e identificou que, antes dela, 36% dos Tribunais não dispunha de tabela de assuntos:



Fonte: Implantação Tabelas Unificadas nos Tribunais, CNJ, Relatório 2010

Em 2009, a Resolução CNJ nº 76, de 12 de maio, estabeleceu os indicadores do Sistema de Estatística do Poder Judiciário (SIESPJ), bem como fixou os prazos dentro os quais os tribunais devem informar seus dados estatísticos ao CNJ. O artigo 14 dessa Resolução estabeleceu as seguintes categorias de indicadores:

I - Insumos, dotações e graus de utilização:

a) Receitas e despesas;

b) Estrutura.

II - Litigiosidade:

a) Carga de trabalho;

b) Taxa de congestionamento;

c) Recorribilidade e reforma de decisões.

III - Acesso à Justiça;

IV - Perfil das Demandas.

Em processo convergente ao do Poder Judiciário, o CNMP criou, por meio da Resolução nº 63/2010, suas Tabelas Unificadas, que estão em processo de implantação nas unidades da federação. Essas tabelas foram concebidas para a integração com o Poder Judiciário, de modo a possibilitar a unificação e construção das Tabelas Nacionais do Sistema de Justiça, utilizando as mesmas nomenclaturas e estrutura de tabelas taxonômicas.

Quando a padronização estiver totalmente implementada, haverá um significativo avanço no tocante: (a) à segurança e à facilidade para realização de pesquisas jurisprudências; (b) à melhoria dos serviços que a Justiça presta aos cidadãos já que será possível identificar os pontos de estrangulamento; (c) ao planejamento estratégico das atividades do Poder Judiciário.

É oportuno notar que o aprimoramento da gestão da informação processual no Judiciário traz benefícios ao Poder Público de forma geral. Isso porque os dados estatísticos das demandas judiciais podem (e devem) ser utilizados como um “termômetro” para examinar as políticas públicas e normativas quanto à sua razoabilidade e eficácia, eficiência e efetividade, avaliando-se, de modo estratégico, as questões submetidas ao Poder Judiciário para o aperfeiçoamento dessas políticas e redução da litigância.

Não se pode olvidar que é, da mesma forma, vantajoso para as instituições de modo geral, sejam públicas ou privadas, pois haverá maior confiabilidade no levantamento do posicionamento jurisprudencial acerca de determinado tema.

Justamente em função da importância da gestão da informação processual, é fundamental avaliar se há aprimoramentos a serem feitos para que possam ser extraídos todos os potenciais benefícios desses dados. A esse respeito, vale destacar que os assuntos relacionados à educação vêm encartados no macrotema “Direito Administrativo e Outras Matérias de Direito Público”, conforme os itens a seguir dispostos⁸¹:

9985 DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO	
10370	Concurso Público/Edital
10377	Curso de Formação
10380	Escolaridade
10028	Serviços
10051	Ensino Fundamental e Médio
10062	Educação Pré-escolar
10063	Educação Profissionalizante
10058	Ensino Especial
10055	Exame Nacional de Ensino Médio/ENEM
10059	Exame Supletivo
10054	Material Didático
10053	Matrícula
10052	Mensalidade
10060	Merenda
10056	Penalidades Disciplinares
10057	Transferência
10061	Transporte
10029	Ensino Superior
9633	<u>DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE</u>
9964	<u>Seção Cível</u>
9966	Abandono Intelectual
12006	Evasão Escolar
11818	<u>Medidas de proteção</u>
11998	Matrícula e frequência obrigatória em escola oficial de ensino fundamental
1156	<u>DIREITO DO CONSUMIDOR</u>
7771	Contratos de Consumo
7620	Estabelecimentos de Ensino

⁸¹ Foram excluídos os tópicos não relacionados à educação para facilitar a visualização.

Além dos temas acima mencionados, há, em “Direito Tributário”, no item relativo às “Contribuições Especiais”, a inclusão do assunto “FUNDEF/Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério” e, finalmente, em “Contribuições sociais”, o assunto “Salário-Educação”:

14	DIREITO TRIBUTÁRIO
6031	Contribuições
6071	Contribuições Especiais
6077	FUNDEF/Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério
6033	Contribuições Sociais
6039	PIS
6037	Salário-Educação

Duas ponderações merecerem ser feitas.

Em primeiro lugar, é fundamental que os assuntos estejam alinhados ao conceito de educação básica tal qual disposto pela Emenda Constitucional nº 59/2009, bem como às etapas e modalidades de educação previstas na LDB e detalhadas nos Pareceres e Resoluções do CNE/CEB.

Em segundo lugar, constata-se que o grau de agregação das Tabelas Processuais Unificadas, no tocante aos assuntos da educação básica, é muito elevado e torna árdua e pouco segura a análise dos temas judicializados. A título exemplificativo, a pesquisa das demandas existentes no tocante às creches, primeira etapa do ensino infantil, é dificultada pelo fato dessa etapa não vir destacada das demais, a despeito de possuir posição de destaque no *ranking* das demandas relacionadas à educação.

O levantamento feito pela Secretaria de Planejamento Estratégico do TJSP, relativo aos processos distribuídos sobre os assuntos da educação no período de **2008-2014**, demonstra o quanto os dados expressos nos assuntos das Tabelas Unificadas não permitem extrair um diagnóstico conclusivo:

Gráfico 1 - Assuntos Processuais por Ano

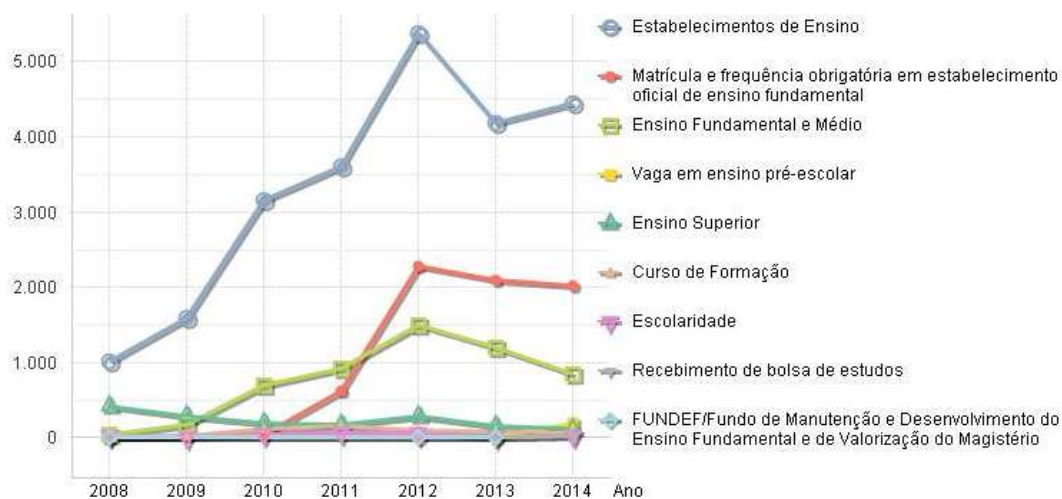


Gráfico 2 - Assuntos Processuais por Ano (detalhamento dos 6 menores)

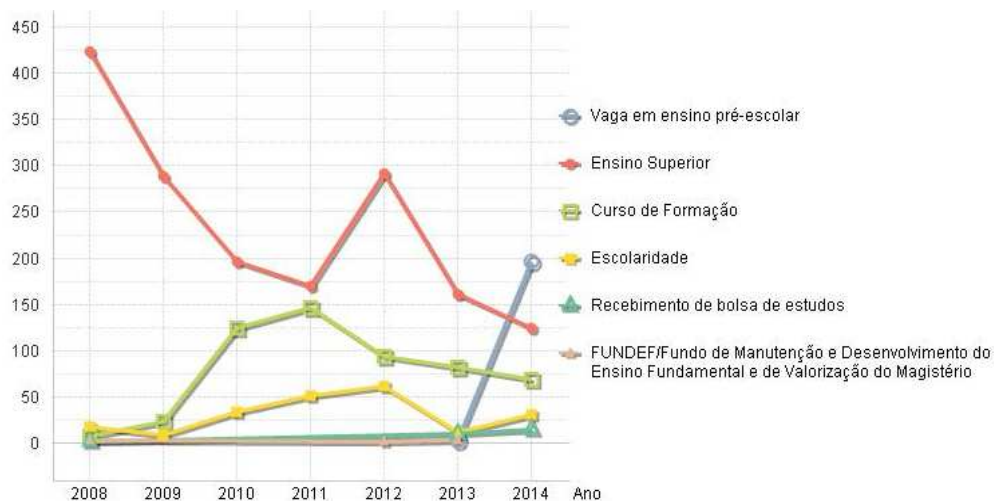


Gráfico 3 – Categoria de Autores com maiores demandas

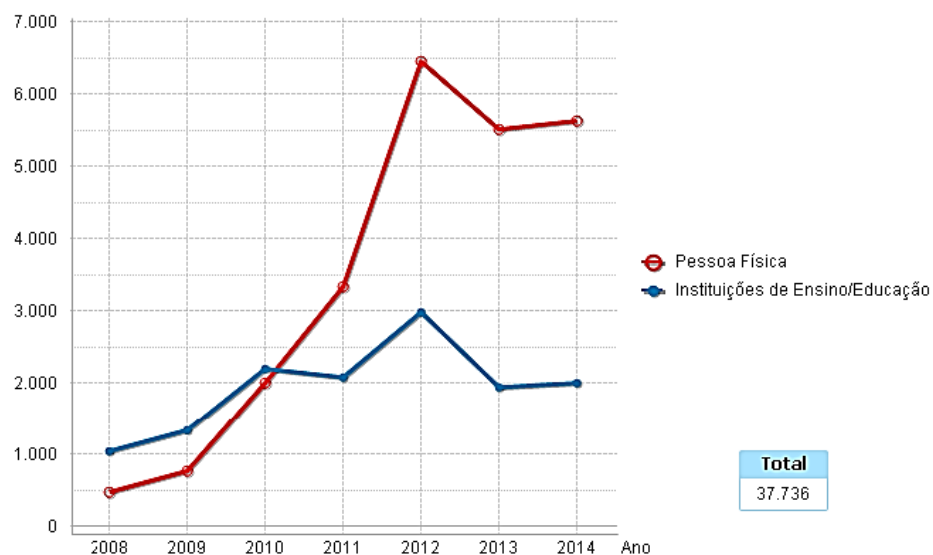


Gráfico 4 – Categoria de Autores com menores demandas

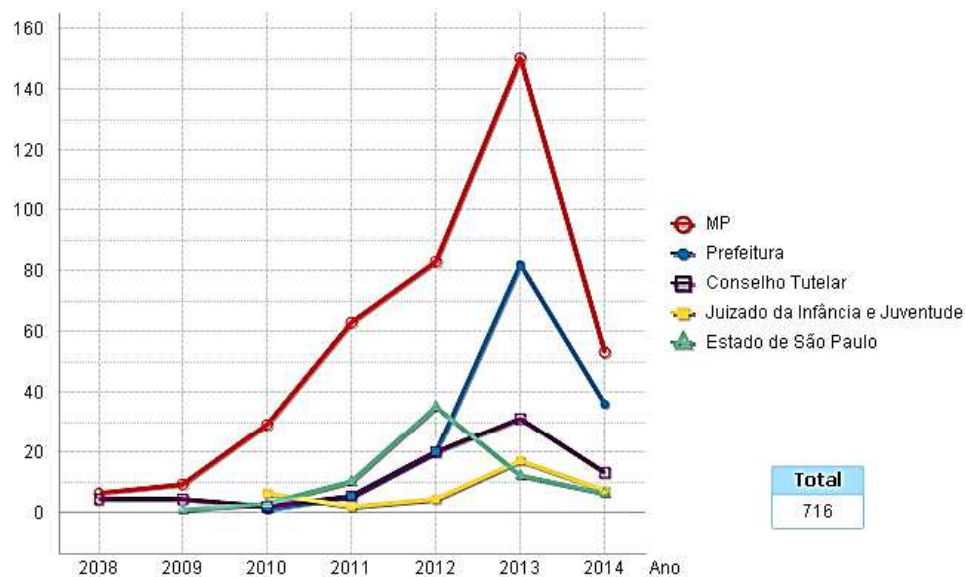


Tabela 1 - Assuntos envolvidos por Ano de 2008-2014

	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	Total
Estabelecimentos de Ensino	1.015	1.597	3.156	3.608	5.385	4.185	4.455	23.401
Matrícula e frequência obrigatória em estabelecimento oficial de ensino fundamental	9	21	43	613	2.289	2.097	2.023	7.095
Ensino Fundamental e Médio	48	170	693	919	1.494	1.208	838	5.370
Ensino Superior	424	289	197	170	292	161	124	1.657
Curso de Formação	7	23	124	147	94	82	68	545
Escolaridade	18	8	34	51	61	12	30	214
Vaga em ensino pré-escolar	0	0	0	0	0	2	196	198
Recebimento de bolsa de estudos	1	0	0	0	0	10	15	26
FUNDEF/Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério	2	0	0	0	1	2	0	5
Total geral	1.524	2.108	4.247	5.508	9.616	7.759	7.749	38.511

O aperfeiçoamento da taxonomia relativa à educação, aproximando-a da terminologia e conceitos previstos na CRFB/1988, na LDB e demais leis aplicáveis, assim como nos documentos do CNE/CEB, é medida que propiciaria uma utilização mais rica e segura dos dados.

Essa providência não apenas facilitará os trabalhos de pesquisa para a evolução da doutrina e jurisprudência, mas, sobretudo, poderá ser utilizada, como já dito, para fins de planejamento estratégico da política pública educacional, nos âmbitos nacional, estadual e municipal, a partir da análise específica das demandas judiciais, dos principais demandantes, do seu fluxo ao longo do tempo e do padrão decisório do Poder Judiciário.

Esses dados são preciosos para se vislumbrar tendências e, a partir delas, induzir políticas públicas ou normativas com vistas à redução da litigiosidade.

Para que seja possível promover esse aperfeiçoamento, sugere-se que seja firmado um Termo de Cooperação Técnica entre o CNE e o CNJ (assim como o CNMP), com dupla finalidade (a) contribuir para o aprimoramento da taxonomia relativa aos assuntos da educação, a partir de reuniões conjuntas; e (b) obter, de forma contínua, acesso ao banco de dados e estatísticas dos assuntos de educação para, a partir da sua análise, propor medidas voltadas ao aprimoramento da educação de qualidade no País.

3.2 OS LIMITES ETÁRIOS E POSSÍVEIS SOLUÇÕES

Esse estudo identificou que um dos pontos com posição de destaque no *ranking* da litigância é o relativo aos limites etários, nos quais há, inclusive, enfrentamento direto e específico das Resoluções do CNE/CEB.

Como reduzir a litigância que se instaurou em torno dos cortes etários para matrícula na pré-escola, no 1º ano do ensino fundamental, nos cursos de EJA e nos exames supletivos e, mais recentemente, em torno da certificação de conclusão do ensino médio com base na pontuação do ENEM?

Em função do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, que prevê que *“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”*, todos aqueles que se sentirem lesados pelas regras acima apontadas baterão às portas do Poder Judiciário.

A busca por uma solução para os impasses relacionados aos cortes etários, que tumultuam os sistemas de ensino e sua tarefa de planejamento e gestão da política

pública educacional, passa necessariamente pela porta do Poder Legislativo ou do Poder Judiciário.

Há diversos projetos de lei relacionados ao tema tramitando no Congresso Nacional, sobretudo a Câmara dos Deputados, bem como há importantes ações tramitando no STF que podem solucionar essas questões de forma definitiva.

3.2.1. O limite etário para matrícula inicial na pré-escola e no 1º ano do ensino fundamental de 9 anos

Há no STF duas importantes demandas que podem solucionar a divergência em torno do limite etário para matrícula na pré-escola e no 1º ano do ensino fundamental de 9 anos:

- a) ADC nº 17, relatada, desde 16.06.2015, pelo Ministro Edson Fachin, que tem por objeto a declaração de constitucionalidade dos artigos 24, inciso II, artigo 31 e artigo 32, *caput* da LDB, em virtude dos inúmeros questionamentos judiciais no sentido de que a exigência de 6 anos completos até a data do início do ano letivo, ou até o término do mês correspondente, para ingresso no primeiro ano do ensino fundamental, atentaria contra o artigo 208, inciso V da CRFB/1988 e o artigo 54, inciso V do ECA, que reproduz o texto constitucional;
- b) ADPF nº 292, relatada pelo Ministro Luiz Fux, que sustenta a inconstitucionalidade das Resoluções nº 1 e 6, de 2010, do CNE/CBE, por gerar uma oferta irregular da educação e violar o princípio da igualdade.

O §2º do artigo 102 da CRFB/1988 estabelece que as decisões definitivas de mérito proferidas pelo STF nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia **contra todos e efeito vinculante**, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Da mesma forma, o §3º do artigo 10 da Lei nº 9.882, de 03.12.1999, que “dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do §1º do artigo 102 da Constituição Federal”, prevê que a

nesta demanda a “*decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público*”.

Desse modo, o entendimento adotado pelos Ministros do STF ao julgar os processos acima mencionados será a palavra final no tocante à idoneidade ou não do limite etário fixado, pois terá eficácia contra todos e vinculará os demais Tribunais e a administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, o que solucionará os questionamentos em torno do tema.

Em função disso, é recomendável que haja um acompanhamento próximo e proativo do CNE/CEB junto ao STF, especialmente para sensibilizar a Suprema Corte para a **urgência** da inclusão dos processos em pauta de julgamento. Para isso é fundamental demonstrar o impacto econômico do ajuizamento massivo de ações em todas as unidades da federação sobre o tema, bem como sua importância para a operacionalização e harmonização dos sistemas de ensino.

A realização de uma Audiência Pública para debater todos os aspectos que nortearam a decisão do CNE/CEB, ao fixar a data de 31/03, pode ser uma boa estratégia para a formação do convencimento dos Ministros do STF.

Sabe-se, de antemão, que os Ministros Luiz Fux e Teori Zavaski pronunciaram-se, enquanto Ministros do STJ, ao julgar o Recurso Especial nº 753.565-MS, pela ilegalidade de Resolução do Estado do Mato Grosso do Sul que estabelecia data de corte etário para ingresso no 1º ano do ensino fundamental, admitindo, tal como julgado pelo TJMS, o ingresso das crianças que tivessem completado 6 anos após o data de corte por meio de laudo feito por uma equipe multidisciplinar (composta por uma professora da rede estadual, um professor da rede municipal e um psicólogo)⁸².

Um outro caminho possível rumo à solução é o Poder Legislativo.

⁸² GOTTI, Alessandra. “O corte etário e o direito a ser criança”. In: *De Olho nas Metas 2013-2014. Sexto relatório de monitoramento das 5 metas do Todos pela Educação*. São Paulo: Editora Moderna, 2015, p. 84.

Apensos ao PL nº 6755/2010⁸³, que “altera a redação dos arts. 4º, 6º, 29, 30, 32 e 87 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que “estabelece as diretrizes e bases da educação nacional”, dispondo sobre a educação infantil até os 5 anos de idade e o ensino fundamental a partir dessa idade, apresentado pelo Senador Flávio Arns (PSDB/PR), em 05.02.2010, existem outros 11 projetos de lei:

1. PL nº 1558/2007, que “acrescenta inciso no art. 30 e, um § no art. 32, com incisos I, II III e IV, na Lei nº 9.394 - LDB, de 20 de dezembro de 1996, garantindo autonomia aos sistemas de ensino, em organizar o atendimento dos alunos em sua rede, de acordo com as peculiaridades locais”, apresentado pelo Deputado Ivan Valente (PSQL/SP), em 10.07.2007⁸⁴;

⁸³ “Art. 1º. O inciso IV do art. 4º da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, passa a vigorar com a seguinte redação: “Art. 4º. (...)”

IV - atendimento gratuito em creches e pré-escolas às crianças de zero até 5 (cinco) anos de idade; (...)” (NR)

Art. 2º. O art. 6º da Lei nº 9.394, de 1996, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 6º. É dever dos pais ou responsáveis efetuar a matrícula dos menores, a partir dos 5 (cinco) anos de idade, no ensino fundamental.” (NR)

Art. 3º. O art. 29 da Lei nº 9.394, de 1996, passa a vigorar com a seguinte redação:

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

Art. 4º. O inciso II do art. 30 da Lei nº 9.394, de 1996, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 30. (...)”

II - pré-escolas, para as crianças de 4 (quatro) até 5 (cinco) anos de idade.” (NR)

Art. 5º. O caput do art. 32 da Lei nº 9.394, de 1996, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 32. O ensino fundamental obrigatório, com duração de 9 (nove) anos, gratuito na escola pública, iniciando-se aos 5 (cinco) anos de idade, terá por objetivo a formação básica do cidadão, mediante:

(...)” (NR)

Art. 6º. O § 3º do art. 58 da Lei nº 9.394, de 1996, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 58. (...)”

§3º. A oferta de educação especial, dever constitucional do Estado, tem início na faixa etária de zero até 5 (cinco) anos, durante a educação infantil.” (NR)

Art. 7º O art. 87 da Lei nº 9.394, de 1996, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 87. (...)”

§2º. O poder público deverá recensear os educandos no ensino fundamental, com especial atenção para o grupo de 5 (cinco) a 14 (quatorze) anos de idade e de 15 (quinze) a 16 (dezesesseis) anos de idade.

§3º. (...)”

I - matricular todos os educandos a partir dos 5 (cinco) anos de idade no ensino fundamental;

(...)” (NR)

Art. 8º. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação”.

Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=465835>. Acesso em 10.01.2016.

⁸⁴ “Art. 1º. O art. 30 da Lei nº. 9.394 de 20 de dezembro de 1996, passa a vigorar acrescido do inciso III, com a seguinte redação:

Art. 30. A educação infantil será oferecida em:

I-

II-

III- instituições de educação infantil até cinco anos. (NR)

Art. 2º. Fica acrescentado o § 5º e seus incisos I a IV ao art. 32 da Lei nº. 9.394 de 20 de dezembro de 1996, que passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 32. (...)”

2. PL nº 2632/2007, que “altera o art. 32 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional”, apresentado pelo Deputado Professor Victorio Galli (PMDB/MT), em 13.12.2007⁸⁵;
3. PL nº 4049/2008, que “altera o *caput* do art. 32 e incisos I e II do § 1º do art. 38 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, para estender os prazos de ingresso no ensino básico e cursos supletivos”, apresentado pelo Deputado Osório Adriano (DEM/DF), em 07.10.2008⁸⁶;
4. PL nº 6843/2010, que “dá nova redação aos incisos I e II do § 1º do art. 38 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, com o objetivo de fixar a realização dos exames supletivos para os maiores de quatorze e dezesseis anos respectivamente nos níveis do ensino fundamental e médio”, apresentado pelo Deputado Sebastião Bala Rocha (PDT/AP), em 23.10.2010⁸⁷;

§5º. É facultado aos sistemas de ensino atender as crianças de 06 (seis) anos de idade, que estão sendo atendidos no ensino fundamental de nove anos, nas respectivas instituições educacionais de educação infantil e/ou pré-escolas. (NR)

I- O primeiro ano do fundamental de nove anos poderá ser realizado nas pré-escolas e/ou em instituições de educação infantil, no ano inicial. Os alunos serão encaminhados, no ano subsequente, para as escolas de ensino fundamental, para o segundo ano do ensino fundamental de nove anos.

II- A metodologia, a dinâmica, o módulo, a organização curricular, no primeiro ano do ensino fundamental de nove anos, serão os adotados na educação infantil.

III- Os professores de educação infantil poderão assumir classe ou turma do 1º ano do ensino fundamental.

IV- Fica garantida a percepção dos recursos do Fundeb, criado pela EC 53, no mesmo percentual do valor estabelecido, para as séries iniciais, no art. 10 da Lei 11.494 de 2007.” (NR)

Art. 3º. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=359350>. Acesso em 10.01.2016.

⁸⁵ “Art. 1º. O art. 32 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, passa a vigorar acrescido do seguinte §5º:

“Art. 32. (...)

§5º. Poderá matricular-se no primeiro ano do ensino fundamental a criança com seis anos de idade incompletos que apresentar prontidão e desenvolvimento para cursá-lo.” (NR)

Art. 2º. Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.”

Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=381183>. Acesso em 10.01.2016.

⁸⁶ “Art. 1º. O *caput* do art. 32 e os Incisos I e II do § 1º do art. 38 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, passam a vigorar com o seguinte teor:

“Art. 32. O ensino fundamental obrigatório, com duração de 9 (nove) anos, gratuito na escola pública, iniciando-se aos 5 (cinco) anos de idade, terá por objetivo a formação básica do cidadão, mediante: (...).”

“Art. 38. (...)

§1º. (...)

I – no nível de conclusão do ensino fundamental, para os maiores de quatorze anos;

II – no nível de conclusão do ensino médio, para os maiores de 16 anos.

§2º.(...)”.

Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=411005>. Acesso em 10.01.2016.

⁸⁷ “Art. 1º. Os incisos I e II do § 1º do artigo 38 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, passarão a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 38. (...)

§1º.(...)

I – no nível de conclusão do ensino fundamental, para os maiores de quatorze anos;

II – no nível de conclusão do ensino médio, para os maiores de dezesseis anos. (NR)”

Art. 2º. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=467130>. Acesso em 10.01.2016.

5. PL nº 4812/2009, que “altera o art. 32 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, para dispor sobre o ingresso de crianças menores de seis anos no ensino fundamental”, apresentado pelo Deputado Ricardo Barros - PP/PR, em 10.03.2009⁸⁸;
6. PL nº 6300/2009, que “altera o *caput* do art. 32 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, definindo a idade para ingresso no ensino fundamental”, apresentado pelo Deputado Pedro Novais (PMDB/MA), em 28.10.2009⁸⁹;
7. PL nº 3799/2012, que “altera o art. 32 e o inciso I do § 3º do art. 87, ambos da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, Lei de Diretrizes e Bases da Educação, para dispor sobre a possibilidade de matricular a criança no ensino fundamental no ano em que completar 6 (seis) anos de idade”, apresentado pelo Deputado Reguffe (PDT/DF), em 03.05.2012⁹⁰;
8. PL nº 7974/2010, que “altera os artigos 4º, 6º, 30, 32, 58, 87 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional”, apresentado pela Deputada Maria do Rosário - PT/RS, em 01.12.2010⁹¹;

⁸⁸ Art. 1º. O art. 32 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, passa a vigorar acrescido do seguinte §6º:

“Art. 32. (...)”

§6º. Poderão matricular-se no ensino fundamental as crianças menores de seis anos que completarem tal idade no decorrer do ano letivo e, mediante avaliação da instituição de ensino, apresentarem desenvolvimento e prontidão para cursá-lo.” (NR)

Art. 2º. Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.”

Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=425947>. Acesso em 10.01.2016.

⁸⁹ “Art. 1º O *caput* do art. 32 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, passa a vigorar com a seguinte redação: “O ensino fundamental obrigatório, com duração de 9 (nove) anos, gratuito na escola pública, com ingresso no ano em que se completa seis anos de idade, terá por objetivo a formação básica do cidadão, mediante:”

Art. 2º. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.”

Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=457043>. Acesso em 10.01.2016.

⁹⁰ “Art. 1º. O art. 32 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 32. O ensino fundamental obrigatório, com duração de 9 (nove) anos, gratuito na escola pública, inicia-se no ano em que a criança completar 6 (seis) anos de idade, e tem por objetivo a formação básica do cidadão, mediante: (...)”

Art. 2º. O inciso I do § 3º do art. 87 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 87. É instituída a Década da Educação, a iniciar-se um ano a partir da publicação desta Lei.

(...)”

§3º. O Distrito Federal, cada Estado e Município, e, supletivamente, a União, devem: (...)”

I – matricular todos os educandos no ano em que completarem 6 (seis) anos de idade no ensino fundamental;”

Art. 3º. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.”

Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=543272>. Acesso em 10.01.2016.

⁹¹ “Art. 1º. O inciso IV do art. 4º da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 4º. (...)”

IV – atendimento gratuito em creches e pré-escolas às crianças de zero a cinco anos de idade, compreendido o período que antecede o início do ensino fundamental, aos seis anos de idade. (...)” (NR)

Art. 2º. O art. 6º da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 6º. É dever dos pais ou responsáveis efetuar a matrícula dos filhos e dependentes a partir dos quatro anos completos, ou a completar até 31 de março no ano da matrícula, na educação infantil, bem como nas etapas seguintes da educação básica obrigatória.” (NR)

Art. 3º. O inciso II do art. 30 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 30. (...)”

II – pré-escolas, para as crianças de 4 (quatro) e 5 (cinco) anos de idade.” (NR)

Art. 4º. O *caput* do art. 32 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, passa a vigorar com a seguinte redação:

9. PL nº 3137/2012, que “altera o art. 30 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996”, apresentado pela Deputada Professora Dorinha Seabra Rezende (DEM/TO), em 07.02.2012⁹²;
10. PL nº 2711/2011, que “altera a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional), para dispor sobre o atendimento na educação especial”, apresentado pelo Senador Cyro Miranda (PSDB/GO), em 16.11.2011⁹³;
11. PL nº 4067/2012, que “acrescenta parágrafo ao art. 32 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, de diretrizes e bases da educação nacional, dispondo sobre a idade da criança para ingresso no primeiro ano do ensino fundamental”, apresentado pelo Deputado Romero Rodrigues - PSDB/PB, em 14.06.2012⁹⁴.

“Art. 32. O ensino fundamental, com duração de 9 (nove) anos, gratuito na escola pública, iniciando-se aos 6 (seis) anos completos ou a completar até 31 de março no ano da matrícula, terá por objetivo a formação básica do cidadão, mediante: (...)” (NR)

Art. 5º. O parágrafo 3º do art. 58 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 58. (...)”

§3º. A oferta de educação especial, dever constitucional do Estado, tem início na educação infantil.” (NR)

Art. 6º. O parágrafo 2º do art. 87 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 87. (...)”

§2º. O poder público deverá recensear os educandos na educação básica dos 4 (quatro) aos 17 (dezesete) anos, visando à universalização da matrícula em cumprimento da obrigatoriedade escolar estabelecida pela Constituição Federal.

(...)” (NR)

Art. 4º. Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=488470>. Acesso em 10.01.2016.

⁹² “Art. 1º. O art. 30 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 30. A educação infantil será oferecida em centros de educação infantil, abrangendo o atendimento a crianças de até três anos e a pré-escola a ser oferecida às crianças de quatro e cinco anos de idade.” (NR)

Art. 2º. Esta lei entra em vigor na data de sua publicação”.

Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=534048>. Acesso em 10.01.2016.

⁹³ “Art. 1º. O § 3º do art. 58 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 58. (...)”

§3º. A oferta de educação especial, dever constitucional do Estado, com início na faixa etária de zero a cinco anos, durante a educação infantil, terá continuidade, independentemente da idade e da etapa escolar do educando.” (NR)

Art.2º. O art. 59 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, passa a vigorar acrescido dos seguintes incisos VI e VII:

“Art. 59. (...)”

VI – avaliação de suas necessidades específicas de desenvolvimento por equipe multiprofissional da escola e, quando necessário, em parceria com profissionais do Sistema Único de Saúde (SUS);

VII – interação com a família na decisão sobre o tipo de atendimento a ser oferecido.” (NR)

Art. 3º. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.”

Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=527402>. Acesso em 10.01.2016.

⁹⁴ “Art. 1º. O art. 32 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo:

“Art. 32. (...)”

§7º. Será admitida a matrícula da criança de cinco anos de idade no primeiro ano do ensino fundamental, desde que comprovada sua prontidão para o adequado desenvolvimento dos estudos, mediante avaliação realizada pela escola, nos termos da regulamentação estabelecida pelos sistemas de ensino.” (NR)

Art. 2º. Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.”

Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=548107>. Acesso em 10.01.2016.

A grande maioria dos projetos de lei acima mencionados preveem a possibilidade de ingresso no 1º ano do ensino fundamental aos 5 anos ou 6 anos incompletos, à exceção do PL de autoria da Deputada Maria do Rosário, que prevê a alteração da LDB para deixar **expresso** que a matrícula na pré-escola e 1º ano do ensino fundamental deve ser feita a partir dos 4 anos e 6 anos completos, ou a completar até 31 de março do ano da matrícula.

O PL nº 7974/2010, de autoria da Deputada Maria do Rosário, se aprovado após todo o trâmite legislativo, pode ser um caminho para a redução da litigância em torno da questão.

Para impulsionar as discussões em torno da data fixada pelo CNE/CEB, não se pode olvidar do importante argumento fundado no fato de que a maior parte dos países do MERCOSUL possui essa data de corte, de modo que sua adoção pelo Brasil está alinhada ao artigo 4º, parágrafo único da CRFB/1988, que determina que “*a República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações*”.

Todavia, é oportuno advertir, desde já, que, mesmo com eventual alteração da LDB para deixar expressa a data de corte, poderá continuar a haver questionamentos futuros com base no artigo 208, incisos I e V e §1º da CRFB/1988 e no princípio constitucional da isonomia (artigo 5º, caput), já que a CRFB/1988 não fixa uma data.

Apenas a alteração da própria CRFB/1988 não daria margem a questionamentos, o que, embora dificultoso, dado o trâmite exigido pelo artigo 60, poderia, eventualmente, ser proposto de forma a alinhar a data de corte brasileira a dos demais países do MERCOSUL (artigo 4º, parágrafo único da CRFB/1988).

3.2.2. O limite etário para matrícula em cursos na modalidade de jovens e adultos (EJA), realização de exames supletivos e certificação de conclusão de ensino médio para ingresso no ensino superior

Também é alvo de intensa judicialização o limite etário estipulado no artigo 38, §1º da LDB para matrícula e frequência de menores de 15 anos no ensino fundamental e menores de 18 anos no ensino médio em cursos e exames supletivos na modalidade de jovens e adultos, especialmente após o ingresso no ensino superior.

Merece reflexão do CNE/CEB esse tema, sobretudo, em virtude do padrão decisório do Judiciário e do viés dos projetos de lei que tramitam no Legislativo.

Com o objetivo de antecipar a idade mínima para realização dos exames supletivos, há dois projetos de lei, apensos ao já referido PL nº 6755/2010, que merecem atenção do CNE/CBE:

1. PL nº 4049/2008, que “altera o *caput* do art. 32 e incisos I e II do § 1º do art. 38 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, para estender os prazos de ingresso no ensino básico e cursos supletivos”, apresentado pelo Deputado Osório Adriano (DEM/DF), em 07.10.2008⁹⁵;
2. PL nº 6843/2010, que “dá nova redação aos incisos I e II do § 1º do art. 38 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, com o objetivo de fixar a realização dos exames supletivos para os maiores de quatorze e dezesseis anos respectivamente nos níveis do ensino fundamental e médio”, apresentado pelo Deputado Sebastião Bala Rocha (PDT/AP), em 23.10.2010⁹⁶.

⁹⁵ “Art. 1º. O *caput* do art. 32 e os Incisos I e II do § 1º do art. 38 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, passam a vigorar com o seguinte teor:

“Art. 32. O ensino fundamental obrigatório, com duração de 9 (nove) anos, gratuito na escola pública, iniciando-se aos 5 (cinco) anos de idade, terá por objetivo a formação básica do cidadão, mediante: (...).”

“Art. 38. (...)

§1º. (...)

I – no nível de conclusão do ensino fundamental, para os maiores de quatorze anos;

II – no nível de conclusão do ensino médio, para os maiores de 16 anos.

§2º. (...).”

Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=411005>. Acesso em 10.01.2016.

⁹⁶ “Art. 1º. Os incisos I e II do § 1º do artigo 38 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, passarão a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 38. (...)

§1º. (...)

I – no nível de conclusão do ensino fundamental, para os maiores de quatorze anos;

A justificativa dada pelo PL nº 6843/2010 para essa mudança é a possibilidade do jovem, “*sem prejuízo de continuar a frequentar a escola regular*”, prestar “*os exames de certificação de competências da educação de jovens e adultos, tão logo completem a chamada idade própria para a conclusão dos respectivos ensinos fundamental e médio*”.

A respeito da certificação da conclusão do ensino médio, sobretudo para aqueles que ingressaram no ensino superior, merecem destaque os recentes projetos de lei apensos ao PL nº 690/2015⁹⁷, que “altera o art. 44 da Lei nº 9.394, de 1996, de diretrizes e bases da educação nacional, para admitir a matrícula em curso de graduação de estudante que, ainda cursando o ensino médio, tenha sido aprovado em processo seletivo e obtido pontuação no Exame Nacional de Ensino Médio que o habilite ao certificado de conclusão desse nível de ensino”, apresentado pelo Deputado Beto Rosado (PP/RN), em 11.03.2015:

1. PL nº 1763/2015, que “acrescenta novo parágrafo ao artigo 44 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, com o objetivo de assegurar aos candidatos aprovados em processo seletivo a cursos de graduação que ainda estiverem cursando o último ano letivo do ensino médio a aplicação, pelos respectivos estabelecimentos de ensino, de prova reclassificatória que, obtida a aprovação, lhes garanta o certificado de conclusão no ensino médio”, apresentado pelo Deputado Carlos Bezerra (PMDB/MT), em 01.06.2015⁹⁸;

II – no nível de conclusão do ensino médio, para os maiores de dezesseis anos. (NR)”

Art. 2º. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=467130>. Acesso em 10.01.2016.

⁹⁷ “Art. 1º. O art. 44 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 44. (...)

II - de graduação, abertos a candidatos que tenham concluído o ensino médio ou equivalente e tenham sido classificados em processo seletivo, observado ainda o disposto no §2º;

(...)

§2º. Será admitida a matrícula em curso superior de graduação do estudante que, ainda cursando o ensino médio, tenha:

I - sido aprovado em processo seletivo de acesso a curso superior de graduação que considere o resultado do estudante no Exame Nacional de Ensino Médio;

II - alcançado, no Exame Nacional de Ensino Médio, a pontuação requerida para a obtenção da certificação de conclusão do ensino médio.” (NR)

Art. 2º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.”

Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=996724>. Acesso em 11.01.2016.

⁹⁸ “Art. 1º. O inciso II do artigo 44 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, passará a vigorar com a seguinte redação:

2. PL nº 1818/2015, que “Acrescenta parágrafo ao art. 36 e ao art. 44 da Lei nº 9.394, de 1996, de diretrizes e bases da educação nacional, dispondo sobre a concessão de certificado de conclusão do ensino médio e a exigência de sua apresentação para matrícula em curso superior”, apresentado pelo Deputado Luciano Ducci (PSB/PR), em 09.06.2015⁹⁹;
3. PL nº 2364/2015, que “altera o art. 44 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação para permitir que alunos, aprovados no vestibular de universidades públicas ou privadas antes de concluírem o ensino médio ou equivalente, possam assumir a vaga”, apresentado pelo Deputado Augusto Carvalho (SD/DF), em 14.07.2015¹⁰⁰.

Vale observar que o artigo 38, §1º da LDB - que é impugnado - fixa o limite etário para a realização dos exames supletivos, enquanto a Resolução nº 3, de 15 de junho de 2010, do CNE/CEB, que “institui Diretrizes Operacionais para a Educação de Jovens e Adultos nos aspectos relativos à duração dos cursos e idade mínima para

“Art. 44. (...)”

§2º. Aos candidatos aprovados no processo seletivo referido no inciso II do caput deste artigo e que estiverem cursando o último ano letivo do ensino médio deverá ser assegurada, pelos respectivos estabelecimentos de ensino, a aplicação de prova reclassificatória que, obtida a aprovação, lhes garanta o certificado de conclusão no ensino médio. (NR)”

Art. 2º. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.”

Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1301258>. Acesso em 11.01.2016.

⁹⁹ “Art. 1º. O art. 36 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, passa a vigorar acrescido do seguinte §5º:

“Art. 36. (...)”

§5º. Será concedido certificado de conclusão do ensino médio para o estudante que, independentemente de sua idade, tendo cumprido pelo menos 50% (cinquenta por cento) da carga horária correspondente ao terceiro ano dessa etapa da educação básica, for aprovado em processo seletivo de acesso à educação superior.” (NR)

Art. 2º. O art. 44 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, passa a vigorar acrescido do seguinte §2º, renumerando-se como §1º o parágrafo único vigente:

“Art. 44. (...)”

§2º. A apresentação de certificado de conclusão do ensino médio ou equivalente pelo candidato aprovado em processo seletivo será exigida pelas instituições de educação superior exclusivamente por ocasião da matrícula nos cursos referidos nos incisos I e II do “caput” deste artigo.” (NR).

Art. 2º. Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.”

Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1302369>. Acesso em 11.01.2016.

¹⁰⁰ “Art. 1º. O inciso II, do art. 44 da Lei 9.394, de 20 de dezembro de 1996, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 44. (...)”

II – de graduação, abertos a candidatos que tenham concluído o ensino médio ou equivalente e tenham sido classificados em processo seletivo, e ainda àqueles classificados que, embora não o tenham concluído, estejam cursando o último ano do ensino médio e contem mais de 16 anos no ato da matrícula em instituições de ensino superior, públicas ou privadas.”

Art. 2º O art. 44 da Lei 9.394, de 20 de dezembro de 1996, passa a vigorar acrescido do seguinte inciso:

“Art. 44. (...)”

V – nos casos especificados na parte final do inciso II deste artigo, ficam os estabelecimentos de ensino, reconhecidos pelo Ministério da Educação, obrigados a emitir o certificado de conclusão do ensino médio ou equivalente.”

Art. 3º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.”

Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1579252>. Acesso em 11.01.2016.

ingresso nos cursos de EJA; idade mínima e certificação nos exames de EJA; e Educação de Jovens e Adultos desenvolvida por meio da Educação a Distância”, vai além ao fixar essas mesmas faixas etárias para o acesso aos cursos supletivos.

É o que dispõe essa Resolução do CNE/CEB, nos seus artigos 5º e 6º:

“Art. 5º. Obedecidos o disposto no artigo 4º, incisos I e VII, da Lei nº 9.394/96 (LDB) e a regra da prioridade para o atendimento da escolarização obrigatória, será considerada idade mínima para os cursos de EJA e para a realização de exames de conclusão de EJA do Ensino Fundamental a de 15 (quinze) anos completos.”

“Art. 6º. Observado o disposto no artigo 4º, inciso VII, da Lei nº 9.394/96, a idade mínima para matrícula em cursos de EJA de Ensino Médio e inscrição e realização de exames de conclusão de EJA do Ensino Médio é 18 (dezoito) anos completos.

Parágrafo único. O direito dos menores emancipados para os atos da vida civil não se aplica para o da prestação de exames supletivos”.

(grifos nossos)

A reavaliação desses parâmetros pelo CNE/CEB é conveniente, pois poderá vir mitigará a litigância em torno do tema.

3.3. ENSINO DOMICILIAR OU *HOMESCHOOLING*

Merece destaque o debate sobre ensino domiciliar ou homeschooling, com movimento crescente de adeptos no Brasil, e que é pauta atual do Poder Judiciário e do Poder Legislativo.

Além do STF ter reconhecido a Repercussão Geral do Recurso Extraordinário nº 888.815, em junho de 2015, há projetos de lei tramitando na Câmara dos Deputados para dispor sobre o ensino domiciliar.

O tema tem sido pauta de discussão na Câmara dos Deputados desde 1994, quando o Deputado João Teixeira apresentou o Projeto de Lei nº 4.657, autorizando a “prática do ensino domiciliar de 1º grau.”

Posteriormente foram apresentados o Projeto de Lei nº 6.001, de 2001, pelo Deputado Ricardo Izar, dispondo sobre o “ensino em casa” e o Projeto de Lei nº 6.484, de 2002, pelo Deputado Osório Adriano, que objetivava instituir a “educação domiciliar no sistema de ensino dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.”

No ano de 2008, os Deputados Henrique Afonso e Miguel Martini, por meio do Projeto de Lei nº 3.518, sugeriram inovação na LDB para “admitir e reconhecer a modalidade de educação domiciliar no nível básico.” Apenso a este projeto tramitou o Projeto de Lei nº 4.122, apresentado pelo Deputado Walter Brito Neto direcionando para o Ministério da Educação a regulamentação do “regime de educação domiciliar.” Todas essas proposições legislativas foram arquivadas, pois tiveram pareceres favoráveis à sua rejeição acolhidos pela Comissão responsável pela avaliação do mérito das propostas.

O tema é novamente pauta da casa legislativa em dois Projetos de Lei:

- a) Projeto de Lei n.º 3.179, de 2012, do Deputado Lincoln Portela, que “acrescenta parágrafo ao art. 23 da Lei nº 9.394, de 1996, de diretrizes e bases da educação nacional, para dispor sobre a possibilidade de oferta domiciliar da educação básica”¹⁰¹:

Art. 1º O art. 23 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo:

“Art. 23. (...)

§3º. É facultado aos sistemas de ensino admitir a educação básica domiciliar, sob a responsabilidade dos pais ou tutores responsáveis pelos estudantes, observadas a articulação, supervisão e avaliação periódica da aprendizagem pelos órgãos próprios desses sistemas, nos termos das diretrizes gerais estabelecidas pela União e das respectivas normas locais.”

Art. 2º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

¹⁰¹ Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=534328&ord=1>. Acesso: 23.12.2015.

- b) Projeto de Lei n.º 3.261/2015 (apensado ao PL 3.179/2012), do Deputado Eduardo Bolsonaro, que “autoriza o ensino domiciliar na educação básica, formada pela educação infantil, ensino fundamental e ensino médio para os menores de 18 (dezoito) anos, altera dispositivos da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, e da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências”¹⁰².

Art. 1º Fica autorizado o ensino domiciliar na educação básica, formada pela educação infantil, ensino fundamental e ensino médio para os menores de 18 (dezoito) anos.

Art. 2º O inciso III, do artigo 5º da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 5º (...)

III - zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela frequência à escola para os estudantes matriculados em regime presencial e pela frequência em cumprimento ao calendário de avaliações, para os estudantes matriculados em regime de ensino domiciliar.” (NR)

Art 3º O artigo 6º da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 6º É dever dos pais ou responsáveis efetuar a matrícula das crianças na educação básica a partir dos 4 (quatro) anos de idade, inclusive quando optarem pelo ensino domiciliar.”

Art. 4º O artigo 21 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo único:

“Art. 21 (...)

Parágrafo único. Nos termos da regulamentação dos sistemas de ensino, fica autorizado o ensino domiciliar nos níveis de que trata o inciso I do caput deste artigo.” (NR)

Art. 5º Os incisos VI e VII do artigo 24 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 24 (...)

VI - o controle de frequência fica a cargo da escola, para os alunos em regime presencial, conforme o disposto no seu regimento e nas normas do respectivo sistema de ensino, exigida a frequência mínima de setenta e cinco por cento do total de horas letivas para aprovação e, para os alunos previamente matriculados em regime de ensino domiciliar, a frequência em cumprimento ao calendário de avaliações;

VII - cabe a cada instituição de ensino expedir históricos escolares, declarações de conclusão de série e diplomas ou certificados de conclusão de cursos, com as especificações cabíveis, inclusive aos previamente matriculados em regime de ensino domiciliar.” (NR)

¹⁰² Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2017117>. Acesso: 23.12.2015.

Art. 5º O artigo 55 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 55. Os pais ou responsável têm a obrigação de proporcionar a seus filhos ou pupilos o ensino relativo aos níveis de educação nos termos da Lei.” (NR)

Art. 6º O inciso V, do artigo 129 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 129. (...)

V - obrigação de matricular o filho ou pupilo na rede pública ou privada de ensino:

- a) optando pelo regime presencial deverá acompanhar sua frequência e aproveitamento escolar;
- b) optando pelo regime de ensino domiciliar deverá garantir sua frequência em cumprimento ao calendário de avaliações.

Art. 7º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Em 12.06.2013, foi realizada Audiência Pública para debater o tema, que foi promovida pela Comissão de Legislação Participativa da Câmara dos Deputados, em atendimento à Sugestão nº 60, de 2013, de autoria da Associação Nacional de Educação Domiciliar (ANED).

Defende a ANED que o ensino domiciliar é admitido no Brasil por força de tratados internacionais, aos quais o STF, desde 3.12.2008, com o julgamento dos Recursos Extraordinários nº 466.343/SP-2006 e 349.703/RS10, e do *Habeas Corpus* nº 87.585/TO-2008, atribui, por maioria de votos, *status* infraconstitucional, mas *supralegal*. Esse fundamento estaria nos seguintes documentos internacionais ratificados pelo Estado brasileiro:

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS (ONU)

“Art. XXVI. (...)

- 3. Os pais têm prioridade de direito na escolha do gênero de instrução que será ministrado a seus filhos.”

PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS (ONU)

“Art. 13. (...)

- 1. Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a respeitar a liberdade dos pais e, quando for o caso, dos tutores legais, de escolher para seus filhos escolas distintas daquelas criadas pelas autoridades públicas, sempre que atendam aos padrões mínimos

de ensino prescritos ou aprovados pelo Estado, e de fazer com que seus filhos venham a receber educação religiosa ou moral que esteja de acordo com suas próprias convicções.”

PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS (ONU)

“Art. 18. (...)

4. Os Estados partes do presente pacto comprometem-se a respeitar a liberdade dos pais e, quando for o caso, dos tutores legais, de assegurar a educação religiosa e moral dos filhos que esteja de acordo com suas próprias convicções.”

CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA (ONU)

“Art. 18. (...)

1. Os Estados partes envidarão os seus melhores esforços a fim de assegurar o reconhecimento do princípio de que ambos pais têm obrigações comuns com relação à educação e ao desenvolvimento da criança. Caberá aos pais ou, quando for o caso, aos representantes legais, a responsabilidade primordial pela educação e pelo desenvolvimento da criança. Sua preocupação fundamental visará ao interesse maior da criança.

2. A fim de garantir e promover os direitos enunciados na presente Convenção, os Estados partes prestarão assistência adequada aos pais e aos representantes legais para o desempenho de suas funções no que tange à educação da criança e assegurarão a criação de instituições, instalações e serviços para o cuidado das crianças.”

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS (OEA)

“Art. 12. (...)

4. Os pais, e quando for o caso os tutores, têm direito a que seus filhos ou pupilos recebam a educação religiosa e moral que esteja acorde com suas próprias convicções.”

Dentre as possíveis soluções discutidas na Audiência Pública, sugeriu o Prof. Edison Prado de Andrade, da Faculdade de Educação da USP, que houvesse uma **comunicação formal** do ensino domiciliar pelos pais ao respectivo **sistema de ensino** para que, a partir daí, fosse feito o processo de supervisão, fiscalização e avaliação.

O Projeto de Lei n.º 3.261/2015 propõe uma solução nesta linha, prevendo o **recenseamento** dos alunos submetidos ao regime de ensino domiciliar, a sua vinculação a uma unidade de avaliação e a supervisão e fiscalização por meio da

frequência no cumprimento ao calendário de avaliações pelos estudantes matriculados em regime de ensino domiciliar.

Este é um tema que, por já estar sendo discutido no âmbito do Judiciário e Legislativo, não pode ficar fora da agenda de discussões do CNE/CEB que, cedo ou torna, será instado a se pronunciar.

3.4. O RISCO DE UMA VISÃO EQUIVOCADA SOBRE O PAPEL DAS METAS DO PLANO NACIONAL DE EDUCAÇÃO: UM PISO E NÃO UM TETO

A Lei nº 13.005, de 25 de junho de 2014, que “aprova o Plano Nacional de Educação (PNE) e dá outras providências”, previu, em seu artigo 5º, que a execução do PNE e o cumprimento de suas metas serão objeto de monitoramento contínuo e de avaliações periódicas realizados pelo CNE, bem como pelo MEC, Comissão de Educação da Câmara dos Deputados e Comissão de Educação, Cultura e Esporte do Senado Federal e Fórum Nacional de Educação.

No exercício dessa atribuição, o §1º do mesmo artigo atribuiu a essas instituições (a) a divulgação dos resultados do monitoramento e das avaliações nos respectivos sítios institucionais da internet; (b) a análise e propositura de políticas públicas para assegurar a implementação das estratégias e o cumprimento das metas; e (c) a análise e propositura da revisão do percentual de investimento público em educação.

No cumprimento desse desiderato, é oportuno que o CNE/CEB se manifeste a respeito do papel prospectivo das metas previstas no PNE, que não podem ser interpretadas como um “teto” a ser implementado pelo Estado, mas sim como um “piso”.

Isso porque a CRFB/1988 impõe o dever do Estado, em todos os âmbitos (nacional, estadual, municipal), de progressivamente avançar na plena concretização

do direito à educação - espécie do gênero direitos sociais -, por força do artigo 1º, III; artigo 3º; artigo 5º, §1º; artigo 170, “caput”, VII e VIII; artigo 193).

Essa obrigação é reforçada pelos tratados internacionais ratificados pelo Brasil, como é o caso do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais¹⁰³, da Convenção Americana de Direitos Humanos¹⁰⁴ e do Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que foram ratificados pelo Brasil¹⁰⁵ e que, como já mencionado, pela posição majoritária do STF, possuem *status* infraconstitucional, mas *supralegal*¹⁰⁶.

Em virtude dessas obrigações, não apenas o retrocesso, mas também a estagnação é uma forma de violação da obrigação de implementação progressiva do direito à educação e, portanto, devem ser coibidas, pois podem caracterizar oferta irregular da educação.

Essa reflexão é fundamental, pois, a análise das decisões judiciais demonstrou que as metas do PNE começam a ser usadas por muitos Municípios, sobretudo quando acionados para ampliar a oferta de educação infantil em creches, para argumentar que devem ser compelidos a cumprir **no máximo** o que está previsto na meta 1, no tocante ao atendimento de 50% das crianças de até 3 (três) anos, e até o final da vigência do PNE¹⁰⁷.

¹⁰³ “Art. 2º.

1º. Cada Estado-parte no presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas”.

¹⁰⁴ “Art. 26. Desenvolvimento Progressivo. Os Estados-partes comprometem-se a adotar as providências, tanto no âmbito interno, como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados”.

¹⁰⁵ “Art. 1º. Os Estados-partes neste Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos comprometem-se a adotar as medidas necessárias, tanto de ordem interna como por meio da cooperação entre os Estados, especialmente econômica e técnica, até o máximo dos recursos disponíveis e levando em conta seu grau de desenvolvimento, a fim de conseguir, progressivamente e de acordo com a legislação interna, a plena efetivação dos direitos reconhecidos neste Protocolo”.

¹⁰⁶ Nesse sentido: GOTTI, Alessandra. *Direitos Sociais: Fundamentos, Regime Jurídico, Implementação e Aferição de Resultados*. 1ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 125 e ss.

¹⁰⁷ Neste sentido: Brasil –TJRS – 8ª Câmara Cível – Apelação nº 70062170121 (CNJ nº 0409575) – Apelante: Município de Osório – Apelado: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul - Relator: Des. Ricardo Moreira Lins Pastl – j. 05.03.2015; Brasil –TJRS – 7ª Câmara Cível – Apelação nº 70057522229 (CNJ nº 0476849-

O TJRJ, ao analisar o Agravo interno interposto em Mandado de Segurança visando vaga em creche, observou que *“a Lei que instituiu o Plano Nacional da Educação (Lei 10.172/2001), por sua vez, estabeleceu metas para que, em uma década após a sua promulgação, 50% das crianças entre 0 a 3 anos estivessem inseridas no ensino infantil. Em tema de direitos fundamentais, não se pode falar em meta máxima, sim em atribuição de máxima efetividade às normas garantidoras desses direitos, de eficácia plena. Destarte, o cumprimento da meta legal pelo Município réu não tem o condão de extinguir a obrigação, sendo a demanda persistente”*¹⁰⁸. (grifos nossos)

O monitoramento das metas do PNE foi eleito pela ATRICON como um tema estratégico que deve estar na agenda de todos os Tribunais de Contas do Brasil.

Para nortear a fiscalização dos recursos destinados à educação, foi aprovada, no XXVIII Congresso dos Tribunais de Contas, uma Resolução com diretrizes recomendando aos Tribunais de Contas a fiscalização das metas do PNE e a qualidade do gasto com educação.

84.2013.8.21.7000) – Apelante: Município de Guaporé – Apelado: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul - Relator: Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves – j. 29.01.2014.

¹⁰⁸ “Agravo Interno. Reexame necessário. Mandado de Segurança. Direito líquido e certo à educação básica (educação infantil). Município de Volta Redonda. Negativa de matrícula de crianças em creche. Ausência de vagas. Decadência afastada. O direito líquido e certo “há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante (.)” (Meirelles, 2010). O direito à educação é um direito social e também subjetivo, ao qual se contrapõe o dever prestacional da família, do Estado e da sociedade, nos termos dos artigos 6º, 205 e 227 da Constituição da República, garantido, ainda, no artigo 208, inciso IV da Carta da República. Pertence aos municípios a competência para prestar a educação infantil, gratuitamente, consoante dispõem os artigos 30, inciso VI e 211, § 2º, da Carta Constitucional. No plano infraconstitucional, o Estatuto da Criança e do Adolescente reafirma o dever estatal (artigo 54, inciso IV). A Lei 9.394/96, que estabeleceu as diretrizes e bases da educação nacional, previu que os municípios devem oferecer “a educação infantil em creches e pré-escolas, e, com prioridade, o ensino fundamental (art. 11, inciso V). A indicação de prioridade do ensino fundamental pela lei não afasta o dever constitucionalmente estabelecido para o oferecimento da educação infantil. A Lei que instituiu o Plano Nacional da Educação (Lei 10.172/2001), por sua vez, estabeleceu metas para que, em uma década após a sua promulgação, 50% das crianças entre 0 a 3 anos estivessem inseridas no ensino infantil. Em tema de direitos fundamentais, não se pode falar em meta máxima, sim em atribuição de máxima efetividade às normas garantidoras desses direitos, de eficácia plena. Destarte, o cumprimento da meta legal pelo Município réu não tem o condão de extinguir a obrigação, sendo a demanda persistente. Necessidade conferir-se uma” compreensão global do direito constitucional à educação - dever jurídico cuja execução se impõe ao poder público, notadamente ao município (CF, art. 211, § 2º)”- (ARE 639337 AgR / SP). Lesão manifestada pela negativa formal de matrícula. Taxa judiciária devida pelo Município sucumbente (Súmula 145 do TJRJ). Sentença mantida em reexame necessário (Súmulas 253 do STJ e 53 desta Corte). Recurso a que se nega provimento.

(Brasil – TJRJ – 16ª Câmara Cível – Reexame necessário nº 00256676220128190066 RJ (0025667-62.2012.8.19.0066) – Relator: Des. Carlos Jose Martins Gomes – j. 04.08.2015).

A Resolução ATRICON nº 03/2015, de 06.12.2015, que “aprova as Diretrizes de Controle Externo ATRICON relacionadas à temática “Controle externo nas despesas com educação”¹⁰⁹, pontuou, dentre outros aspectos, que:

- ✓ Os Tribunais de Contas do Brasil, no cumprimento de suas competências constitucionais, deverão estabelecer em seu planejamento estratégico, que é atividade prioritária, o controle externo da aplicação de recursos públicos destinados à educação, orientada à observância dos princípios inscritos no art. 206 da CRFB/1988 e ao cumprimento tempestivo das metas e estratégias fixadas no PNE, de que trata a Lei nº 13.005/2014 (item 1);
- ✓ O controle externo da educação abrangerá não apenas a fiscalização contábil, financeira, orçamentária e patrimonial, mas também avaliará, quantitativa e qualitativamente, a evolução de cumprimento das metas e estratégias previstas no PNE, em seus aspectos de governança, tempestividade e operacionais, de modo a assegurar a legalidade, legitimidade, eficácia, eficiência, efetividade e economicidade da aplicação dos recursos públicos destinados à educação (item 2);
- ✓ O risco de não atingimento das metas e estratégias educacionais nos termos e prazos definidos legalmente deverá ser considerado critério para a seleção dos jurisdicionados a serem fiscalizados, sem prejuízo de que os Tribunais de Contas realizem outras ações de controle que entender necessárias (item 6);
- ✓ No exame das contas anuais os Tribunais de Contas deverão analisar o cumprimento das metas dos Planos de educação e avaliar a necessidade de responsabilização administrativa pela má ou ineficiente gestão dos recursos públicos de educação (item 7);
- ✓ Os Tribunais de Contas deverão realizar ações de controle para zelar pela efetiva implantação do Sistema Nacional de Educação, previsto no art. 13 da Lei nº 13.005/2014 (item 8). Os Tribunais de Contas deverão acompanhar a instituição e funcionamento das instâncias colegiadas previstas no PNE (item 8.1);
- ✓ O controle externo preventivo e concomitante dos recursos da educação deverá abranger, entre outros (item 12): a) O acompanhamento, monitoramento do cumprimento das metas e estratégias parciais e finais dos planos de educação, incluída a avaliação de indicadores capazes de aferir estágios intermediários; b) A criação de um sistema de alertas a serem expedidos regularmente aos jurisdicionados que se encontrarem em risco de não atingirem as metas previstas nos Planos de Educação, assim como aos entes que, efetivamente, não as tenham alcançado; c) A coleta sistemática de dados sobre os indicadores de educação e sobre a execução orçamentária e financeira dos recursos destinados à educação; d) A fiscalização da produção de indicadores sobre

¹⁰⁹ Disponível em: <file:///C:/Users/normal.NORMAL-PC.000/Downloads/Resoluc%CC%A7a%CC%83o-Atricon-n.-03-diretrizes-educac%CC%A7a%CC%83o-u%CC%81tima-versa%CC%83o.pdf> . Acesso em 12.01.2016.

- educação por órgãos públicos, sob aspectos de: confiabilidade, regular divulgação e fornecimento de informações pelos gestores; e) A análise de atos de admissão de pessoal, sobretudo as admissões temporárias de pessoal, à luz da estratégia 18.1 do PNE, tendo em vista a necessidade de progressiva composição, até 2017, do quadro docente por 90% de servidores efetivos; f) A análise de licitações e contratos de aquisição de bens, prestação de serviços e obras conforme a sua aderência finalística, temporal e substantiva ao cumprimento das metas e estratégias do PNE; g) A formalização de termos de ajustamento de gestão com os jurisdicionados, nos casos previstos nos regulamentos internos, para assegurar o acesso à educação básica obrigatória que observe padrão mínimo de qualidade previsto na CRFB/1988;
- ✓ Os Tribunais de Contas, sob a coordenação da ATRICON, deverão criar Comissão específica para, no prazo de vigência do PNE, acompanhar e avaliar as ações de controle de que trata a presente resolução, bem como consolidar e divulgar, periodicamente, os resultados alcançados (item 19).

Recomenda-se, portanto, que o CNE/CEB esclareça a obrigação dos entes públicos no tocante à universalização da educação básica, desencorajando o uso das metas previstas no PNE como fato de acomodação institucional, evitando-se, com essas diretrizes, a inércia e, o que é pior, o retrocesso.

Nesse contexto, o CNE/CEB tem um papel central como agente catalizador do desenvolvimento e cristalização de uma cultura focada no atingimento de resultados sempre progressivos, traçando parâmetros, por meio de Pareceres e Resoluções, do que deve ser entendido como “oferta irregular de ensino” e balizas para o avanço rumo a uma educação de qualidade para todos.

4. CONCLUSÕES

O presente estudo constatou que há vários temas da educação básica que têm pautado a agenda do Poder Judiciário, como é o caso da judicialização crescente pela oferta de vagas na educação infantil em creches e pré-escolas; dos cortes etários para matrícula na pré-escola e 1º ano do ensino fundamental, dos limites etários para a realização de cursos na modalidade de jovens e adultos e exames supletivos e, mais recentemente, a busca pela certificação de conclusão do ensino médio com base na pontuação obtida no ENEM.

Além das demandas pela concretização do *direito à educação*, surgem pleitos mais recentes relacionados aos *direitos na educação*, como é o caso da liberdade religiosa e do ensino domiciliar que merecem uma atenta reflexão do CNE/CEB por sua atualidade e possível impacto na educação brasileira nos anos futuros.

O levantamento das informações necessárias à elaboração deste trabalho revelou a importância da articulação do CNE/CEB com outros órgãos, como é o caso do CNJ e CNMP. O diálogo entre essas instituições poderá propiciar o necessário aperfeiçoamento da taxonomia relativa à educação, aproximando-a da terminologia e conceitos previstos na CRFB/1988, na LDB e demais leis aplicáveis, assim como nos documentos do CNE/CEB.

Além disso, esse diálogo, que pode ser formalmente instrumentalizado por meio de um Acordo de Cooperação Técnica, tem um grande potencial. Representará não apenas um avanço para os futuros trabalhos de pesquisa voltados à evolução da doutrina e da jurisprudência na área da educação, mas, sobretudo, terá um inestimável valor como ferramenta para nortear o planejamento estratégico da política pública educacional, nos âmbitos nacional, estadual e municipal, por propiciar o vislumbre de tendências e, a partir delas, a indução de políticas públicas ou normativas com vistas à redução da litigiosidade.

Constatou-se, ainda, a necessidade de uma atuação mais próxima junto ao STF, sensibilizando-o para a urgência da inclusão em pauta de julgamento da ADC nº 17 e da ADPF nº 292, relacionadas ao limite etário para ingresso na pré-escola e no 1º ano do ensino fundamental em pauta de julgamento, a partir da demonstração do impacto econômico do ajuizamento massivo de ações em todas as unidades da federação e do tumulto na operacionalização e harmonização dos sistemas de ensino.

Além do acompanhamento próximo da pauta do STF, é estratégico o protagonismo do CNE/CEB no tocante à agenda legislativa, tendo em vista a existência de inúmeros projetos de lei sobre educação tramitando, sobretudo, na Câmara dos Deputados, relacionados à educação, que merecem ser amplamente debatidos por seu impacto nos rumos da educação brasileira.

Por fim, é de se destacar o fundamental papel a ser exercido pelo CNE, como uma das instâncias de monitoramento e fiscalização do PNE, como agente catalizador da cristalização de uma cultura focada no atingimento de resultados sempre progressivos na educação brasileira, por meio do delineamento de parâmetros, em seus Pareceres e Resoluções, do que deve ser entendido como “oferta irregular de ensino” e balizas para o avanço rumo a uma educação de qualidade para todos.

5. BIBLIOGRAFIA

AMBP; TODOS PELA EDUCAÇÃO (Org.). *Justiça pela Qualidade na Educação*. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DAS PROMOTORIAS DE JUSTIÇA CÍVEL E DE TUTELA COLETIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Direito à Educação. Interpretação Jurisprudencial*. São Paulo: Rettec, 2010.

COMISSÃO DE LEGISLAÇÃO PARTICIPATIVA. *Educação Domiciliar* Brasília, 2014. Disponível em: file:///C:/Users/normal.NORMAL-PC.000/Downloads/educacao_domiciliar_clp.pdf.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Implantação das Tabelas Processuais Unificadas*. Série CNJ Acadêmico. Departamento de Pesquisas Judiciárias: Julho, 2010. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/6-26-2-PB.pdf>.

FERREIRA, Luiz Antonio Miguel. *Temas de Direito à Educação*. São Paulo: Imprensa Oficial, 2010.

GOTTI, Alessandra. *Direitos Sociais: Fundamentos, Regime Jurídico, Implementação e Aferição de Resultados*. 1ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

_____. “Uma Estratégia Alternativa de Litigância para os Direitos Sociais”. In: SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva e SIQUEIRA NETO, José Francisco (Coord); DUARTE, Clarice Seixas e MENEZES, Daniel Francisco Nagão (Org). *60 Desafios do Direito – Política, Democracia e Direito*. Volume 3. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

_____. “O corte etário e o direito a ser criança”. In: *De Olho nas Metas 2013-2014. Sexto relatório de monitoramento das 5 metas do Todos pela Educação*. São Paulo: Editora Moderna, 2015.

RANIERI, Nina Beatris Stocco (Coord.). RIGHETTI, Sabine (Org.). *Direito à Educação. Aspectos Constitucionais*. São Paulo: Edusp, 2009.