

**O DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO: A INCONSTITUCIONALIDADE DA
DELIBERAÇÃO DO CONSELHO ESTADUAL DE EDUCAÇÃO DE SÃO PAULO Nº
73/2008**

**THE FUNDAMENTAL RIGHT TO EDUCATION: AN UNCONSTITUTIONALITY OF THE
RESOLUTION OF THE STATE BOARD OF EDUCATION FROM SÃO PAULO Nº
73/2008**

Marcelo Tarlá Lorenzi¹

Alexsandro Fonseca Ferreira²

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo a análise da constitucionalidade ou não da deliberação nº 73/2008, expedida pelo Conselho de Educação do Estado de São Paulo, que determinou que somente as crianças que completarem seis anos até o dia 30 de junho do corrente ano poderiam ingressar no 1º ano do ensino fundamental. A problemática reside no fato de que a resolução utilizou o critério objetivo da idade, sem excepcionar a hipótese do ingresso àquelas crianças que, comprovadamente, possuam o desenvolvimento psicossocial compatível com a primeira etapa do ensino fundamental. Serão abordados os instrumentos normativos existentes sobre o assunto, bem como a influência do princípio da proteção integral da criança.

Palavras-chave: Direito. Educação. Restrição.

ABSTRACT

This study aims to analyze the constitutionality of deliberation n ° 73/2008, issued by the Board of Education of the State of São Paulo, which determined that only children who turn six years until June 30 of the current year could enter the 1st year of elementary school. The problem lies in the fact that the resolution used the objective criterion of age, without circumventing the possibility of admission to the children that are proven to have the intellectual development and psychosocial compatible with the first stage of elementary school. It will examine the existing rules on the subject, as well as the influence of the principle of full protection of the child.

Keywords: Right. Education. Restriction.

1 INTRODUÇÃO

¹ Mestrando em Direitos Coletivos e Cidadania na Universidade de Ribeirão Preto. Procurador do Município de Ribeirão Preto.

² Mestrando em Direitos Coletivos e Cidadania na Universidade de Ribeirão Preto. Procurador do Município de Ribeirão Preto.

O direito à educação básica está previsto na Constituição Federal como direito social fundamental (art. 6º e art. 205), sendo direito de todos e dever do Estado e da família a sua promoção e incentivo, sempre visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

A deliberação nº 73/2008 do Conselho Estadual de Educação de São Paulo, publicada no Diário Oficial do Estado do dia 03.04.2008, prevê em seu art. 2º que o “Ensino Fundamental é direito público subjetivo e a ele tem acesso todas as crianças a partir dos 06 anos de idade, completados até 30 de junho do ano do ingresso”. Presume assim, de forma absoluta, que as crianças que completarem 06 anos após o dia 30 de junho do ano de ingresso não sustentariam aptidão psicossocial para cursar o 1º ano do ensino fundamental.

Na forma como apresentada, todavia, não houve a ressalva de qualquer hipótese de acesso no ensino fundamental de crianças com idade inferior à apontada e que, de qualquer forma, demonstrasse possuir desenvolvimento e a maturidade intelectual e psicossocial compatíveis com o ano letivo a ser cursado, além de terem concluído o ano letivo imediatamente anterior ao que se busca o ingresso que, no caso do 1º ano do ensino fundamental, é o último estágio do ensino infantil ou da pré-escola (art. 4º, inciso II da Lei nº 9.394/1996).

A deliberação nº 73/2008 do CEE/SP configura como opção de política pública voltada ao campo da educação. No decorrer do presente estudo será analisadas as posições antagônicas quanto à sua legalidade, bem como a possibilidade ou não do seu controle jurisdicional.

2 A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA RESTRIÇÃO CONTIDA NA DELIBERAÇÃO Nº 73/2008 DO CEE/SP

O art. 249, § 5º da Constituição do Estado de São Paulo permite a matrícula da criança no ensino fundamental a partir dos seis anos de idade, desde que plenamente atendida a demanda das crianças de sete anos de idade.

Igual disposição consta do art. 32 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei nº 9.394/96), que prevê, com a redação dada pela Lei nº 11.274/06, que o ensino fundamental é obrigatório e gratuito na escola pública, com duração de nove anos, iniciando-se aos 6 (seis) anos de idade.

Para disciplinar o ingresso dos alunos no ensino médio nas escolas particulares e públicas, o Conselho Estadual de Educação de São Paulo, por meio de suas atribuições legais (art. 2º, inciso I da

Lei Estadual nº 10.403/1971), editou a deliberação nº 73/2008, onde consta a restrição do acesso ao ensino fundamental, como direito público subjetivo de todas as crianças a partir dos 06 anos de idade, completados até 30 de junho do ano do ingresso.

Referida deliberação não traz nenhuma exceção, que possibilite às crianças com idade inferior à que estabelece, independentemente de comprovação com base em avaliações psicopedagógicas que afirmem sua condição psicológica, intelectual e social, o ingresso na primeira etapa do ensino fundamental, presumindo-se absoluta a imaturidade para tanto.

A problemática ora analisada reside, portanto, na verificação da (in) constitucionalidade dessa restrição etária imposta pela deliberação.

A posição ideológica favorável à restrição etária imposta aponta que a convivência da criança com alunos mais maduros não lhe traz benefícios, sendo presumível a imaturidade da criança quanto ao seu convívio social. Da mesma forma, essa criança receberá orientações educacionais e sociais pensadas por políticas públicas organizacionais voltadas para crianças com a maturidade típica do ano subsequente, podendo promover a desmotivação educacional da criança que não acompanhará o desenvolvimento educacional em sua sala.

O Conselho Nacional de Educação editou a resolução nº 06 de 20/10/2010, prevendo que, para o ingresso no ensino fundamental, a criança deverá ter idade de seis anos completos até o dia 31 de março do ano em que ocorrer a matrícula, sendo as que completarem após essa data deverão ser matriculadas na Pré-Escola (arts. 3º e 4º).

O Ministério Público do Estado de São Paulo, através do informativo do Centro de Apoio Operacional Cível nº 08 em novembro de 2010, manifestou posição oficial no sentido de que a matrícula de uma criança no ensino fundamental com cinco anos e alguns meses afronta o espírito da legislação e os princípios pedagógicos quanto ao seu adequado desenvolvimento, tendo a criança o direito de amadurecer psicologicamente de acordo com as normais fases de crescimento.

Favorável à restrição imposta pela deliberação, entendeu-se pela razoabilidade da medida, uma vez que tal limitação teria vinculação com o processo de maturação da criança.

Quanto à posição contrária à restrição imposta, que nos parece mais acertada, encontra fundamento na exegese do art. 208, V da CF, cujo teor é reproduzido no art. 54, inciso V do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), aduzindo que o acesso do aluno aos níveis mais elevados do ensino segundo a capacidade de cada um, independentemente da faixa etária. Nesta esteira, o art. 205, também da CF, estabelece que a educação é direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada visando ao pleno desenvolvimento da pessoa.

Ao se manifestar sobre o assunto, o Superior Tribunal de Justiça teve a oportunidade de afirmar

que as crianças menores de seis anos têm direito, com base em norma constitucional reproduzida no art. 54 do ECA (Lei 8.069/90), ao ensino fundamental³.

O direito à educação, insculpido na CF e no ECA, é direito indisponível, em função do bem comum maior a proteger, derivado da própria força impositiva dos preceitos de ordem pública que regulam a matéria. O direito constitucional ao ensino fundamental aos menores de seis anos é consagrado em norma constitucional reproduzida no art. 54 do ECA.

Destarte, havendo comprovação de capacidade da criança, por laudo de avaliação psicopedagógica, ou outro meio, considerando-a apta a ser matriculada no ensino infantil e fundamental, deve ser-lhe assegurado o direito constitucional à educação⁴.

Aliás, o Tribunal de Justiça de São Paulo também ostenta jurisprudência majoritária no sentido da inaplicabilidade da Deliberação nº 73/2008 CEE/SP.⁵

Em que pese a grande discussão doutrinária e jurisprudencial acerca dos limites de algumas decisões emanadas do Poder Judiciário no que tange à execução e à formulação de políticas públicas, o Supremo Tribunal Federal fixou entendimento no sentido de que embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam essas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos políticos-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais impregnados de estatura constitucional⁶. Ao comentar sobre a opção discricionária no estabelecimento de restrições a direitos fundamentais pelo Poder Público, Jairo Gilberto Schäfer esclarece:

As restrições a direitos somente podem ser efetuadas em havendo estrita necessidade para a preservação de outras posições constitucionalmente protegidas. O Poder Público deve agir estritamente na busca do interesse público. A finalidade, e não a vontade, é que preside a ação da autoridade pública (SCHÄFER, 2001. p. 106/107).

Como visto, a declaração de inaplicabilidade da Deliberação nº 73/2008 CEE/SP decretada por parte do Poder Judiciário não é mera ingerência apta a vulnerar o princípio da separação de Poderes,

³ STJ, REsp 1189082/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 02/12/2010, DJe 04/02/2011.

⁴ STJ, REsp 753565/MS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 27/03/2007, DJ 28/05/2007, p. 290.

⁵ TJSP – Apelação nº 1016727-71.2011.8.26.0506 – Câmara Especial – rela. Des. Cláudia Grieco Tabosa Pessoa – DJ. 27.08.2012. TJSP – Apelação nº 1016726-86.2011.8.26.0506 – Câmara Especial – rel. Des. Roberto Solimene – DJ. 13.08.2012. TJSP - Apelação nº 994.09.252335-7 - 13ª Câmara de Direito Público – rel. Des. Peiretti de Godoy – DJ. 05.05.2010.

⁶ STF, RE 595595 AgR, Relator Min. Eros Grau, Segunda Turma, julgado em 28/04/2009.

haja vista o dever constitucional do Estado em promover aos cidadãos brasileiros o acesso aos níveis mais elevados do ensino segundo a capacidade de cada um (art. 208, inciso V da CF), não se tratando de simples discricionariedade do Poder Executivo, mas sim de dever constitucional que não dá margem a limitações de ordem meramente pragmática, já que em matéria de direitos fundamentais a Administração Pública está vinculada a balizas de atuação em grau máximo, consistente em uma proibição de proteção deficiente (Untermassverbot). (STRECK, 2004)

3 CONCLUSÃO

A educação básica, por configurar direito fundamental da pessoa (art. 205 e art. 6º da Constituição Federal), não pode ser objeto de discricionariedades administrativas fundadas meramente em opções políticas ou econômicas para a sua implantação. Igualmente, não pode o Poder Público, em matéria de educação, criar barreiras burocráticas irrazoáveis que dificultem ou que até mesmo impessam o acesso da pessoa ao regular ensino infantil, fundamental ou médio. Tanto é assim que o art. 5º da Lei nº 9.394/96, com a redação dada pela Lei nº 12.796/2013, prevê que o acesso à educação básica obrigatória é direito público subjetivo, podendo qualquer cidadão, grupo de cidadãos, associação comunitária, organização sindical, entidade de classe ou outra legalmente constituída e, ainda, o Ministério Público, acionar o poder público para exigí-lo.

Sendo assim, o critério etário adotado pela deliberação nº 73/2008 (crianças que completarem seis anos até o dia 30 de junho do corrente ano), mostra-se desarrazoado por ofender o disposto no art. 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que reproduziu norma existente no artigo 208, inciso V, da Constituição Federal, que determina o dever ao Estado em oferecer o ensino fundamental segundo a capacidade de cada aluno.

REFERÊNCIAS

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MORAES, Alexandre. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral**. São Paulo: Atlas, 2003.

SCHÄFER, Jairo Gilberto. **Direitos fundamentais: proteção e restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STRECK, Lênio Luiz. Da proibição de excesso (Überrmassverbot) à proibição de deficiência (Untermassverbot): de como não há blindagem contra as normas penais inconstitucionais. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, n. 2, 2004.