

**AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 17 DISTRITO
FEDERAL**

V O T O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Mediante a ação declaratória de constitucionalidade nº 17, relator ministro Edson Fachin, o Governador do Estado de Mato Grosso do Sul busca seja assentada a harmonia, com a Constituição Federal, dos artigos 24, inciso II, 31 e 32, cabeça, da Lei nº 9.394/1996 – Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, os quais transcrevo para fins de documentação:

Art. 24. A educação básica, nos níveis fundamental e médio, será organizada de acordo com as seguintes regras comuns:

[...]

II - a classificação em qualquer série ou etapa, exceto a primeira do ensino fundamental, pode ser feita:

a) por promoção, para alunos que cursaram, com aproveitamento, a série ou fase anterior, na própria escola;

b) por transferência, para candidatos procedentes de outras escolas;

c) independentemente de escolarização anterior, mediante avaliação feita pela escola, que defina o grau de desenvolvimento e experiência do candidato e permita sua inscrição na série ou etapa adequada, conforme regulamentação do respectivo sistema de ensino.

Art. 31. Na educação infantil a avaliação far-se-á mediante acompanhamento e registro do seu desenvolvimento, sem o objetivo de promoção, mesmo para o acesso ao ensino fundamental.

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

ADC 17 / DF

Por meio da arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 292, relator ministro Luiz Fux, a Procuradoria-Geral da República questiona a compatibilidade, com a Constituição Federal, dos artigos 2º e 3º da Resolução nº 1/2010 e 2º, 3º e 4º da Resolução nº 6/2010, editadas pela Câmara de Educação Básica – CEB do Conselho Nacional de Educação – CNE, a versarem diretrizes operacionais para ingresso e matrícula de alunos na educação infantil e no ensino fundamental. Eis o teor dos preceitos:

Resolução nº 1/2010:

Art. 2º Para o ingresso no primeiro ano do Ensino Fundamental, a criança deverá ter 6 ([...]) anos de idade completos até o dia 31 de março do ano em que ocorrer a matrícula.

Art. 3º As crianças que completarem 6 ([...]) anos de idade após a data definida no artigo 2º deverão ser matriculadas na Pré-Escola.

Resolução nº 6/2010:

Art. 2º Para o ingresso na Pré-Escola, a criança deverá ter idade de 4 ([...]) anos completos até o dia 31 de março do ano que ocorrer a matrícula.

Art. 3º Para o ingresso no primeiro ano do Ensino Fundamental, a criança deverá ter idade de 6 ([...]) anos completos até o dia 31 de março do ano em que ocorrer a matrícula.

Art. 4º As crianças que completarem 6 ([...]) anos de idade após a data definida no artigo 3º deverão ser matriculadas na Pré-Escola.

ADC 17 / DF

Alcançada, até o momento, unanimidade com relação à constitucionalidade da limitação do acesso ao ensino fundamental a estudantes com 6 anos, a controvérsia envolve assentar a viabilidade de fixação do marco temporal de 31 de março do ano em que ocorrer a matrícula com o fim de perquirir o preenchimento, pelo aluno, do critério etário para admissão nas respectivas fases da educação básica – ensinos infantil e fundamental.

O tema, apreciado no julgamento conjunto da ação declaratória de nº 17 e da arguição de nº 292, dividiu o Plenário – 4 a 4.

De um lado, formou-se corrente no sentido de possibilitar a fixação de corte temporal no ano em que se der a matrícula; de outro, entendeu-se pela inconstitucionalidade da expressão “completos até 31 de março” contida nas Resoluções/CEB-CNE nº 1/2010 e nº 6/2010, tendo-se por suficiente, para a efetivação da matrícula, que o estudante atinja a idade exigida em qualquer momento do ano letivo.

A matéria reveste-se de importância maior, considerada política pública de envergadura constitucional, no que ligada à garantia de acesso à educação básica. Ante a coincidência parcial de objetos, procedo à análise simultânea da ação declaratória e da arguição, visando a adequada compreensão do alcance do disposto no artigo 208 da Constituição Federal, em especial com a promulgação da Emenda de nº 59/2009:

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

I – educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 59, de 2009)

II – progressiva universalização do ensino médio gratuito; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 14, de 1996)

III – atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de

ADC 17 / DF

ensino;

IV – educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006)

V – acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;

VI – oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando;

VII - atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 59, de 2009).

§ 1º O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.

§ 2º O não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente.

§ 3º Compete ao Poder Público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela frequência à escola.

Sigo potencializando a regra encerrada no inciso V do preceito transcrito, no que condiciona o ingresso nos mais elevados níveis de formação educacional a apenas um fator – a capacidade do aluno. Levando em conta as implicações sistêmicas reveladas nos votos proferidos, no entanto, tenho que o deslinde da controvérsia reclama a adoção de óptica diversa.

O núcleo do direito público subjetivo previsto na Constituição Federal é o acesso ao ensino básico obrigatório e gratuito. Eis o cerne do direito fundamental cuja observância obriga a todos – Estado, família e sociedade –, a ser efetivado mediante a garantia de oferta de educação básica – a abarcar os ensinos infantil, fundamental e médio – dos 4 aos 17 anos de idade, nos termos do artigo 208, inciso I, da Lei Maior, na redação dada pela Emenda de nº 59/2009.

ADC 17 / DF

Não cuidou o constituinte originário, ou mesmo o derivado, em definir, especificamente, o momento no qual aferido o preenchimento, pelo aluno, do critério etário para a admissão em cada fase da educação básica, franqueando margem de conformação ao legislador e aos órgãos do Executivo responsáveis pela concretização do direito em questão.

Atentem para a organicidade do Direito e para a função desempenhada pelo Judiciário. Impõe-se ao Supremo prudência na análise das causas de pedir veiculadas e deferência às instâncias representativas e aos órgãos técnicos do Executivo.

Isso não significa demitir-se do papel contramajoritário, mas, sim, reconhecer as diversas capacidades institucionais em jogo, as quais afetam, sobretudo, situações como as destes processos, considerados os dados e as previsões – pedagógicas, orçamentárias, entre outras – efetuadas pelos entes governamentais responsáveis pela formulação de políticas públicas educacionais, com significativa influência de fatores propriamente técnicos. Consoante adverte Ingo Wolfgang Sarlet, a assim denominada teoria das capacidades institucionais:

[...] busca cobrar do Poder Judiciário, de modo especial em áreas sensíveis como a do controle das políticas públicas e que envolvem uma grande exigência de conhecimentos técnicos estranhos ao mundo jurídico, um maior grau de deferência em relação às opções e decisões levadas a efeito pelo legislador e pelo administrador, no sentido de uma valorização recíproca das capacidades institucionais de cada esfera estatal [...].

(SARLET, Ingo Wolfgang. Linhas mestras da interpretação constitucional. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 229)

Tomando de empréstimo as palavras do constitucionalista português José Joaquim Gomes Canotilho, observado o princípio da separação dos Poderes, o resultado da interpretação constitucional “não pode subverter ou perturbar o sistema organizatório-funcional constitucionalmente

ADC 17 / DF

estabelecido” (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 1224).

O que ocorreu na espécie? Com a promulgação da Emenda à Constituição nº 59/2009, ampliou-se o dever do Estado relativo à educação mediante a instituição da obrigatoriedade não mais apenas do ensino fundamental, com a duração de 9 anos, mas de toda a educação básica, a alcançar alunos de 4 a 17 anos de idade – inciso I do artigo 208 da Lei Maior. Diante da nova diretriz constitucional, cuidou a Câmara de Educação Básica do Conselho Nacional de Educação de fixar, em conformidade com os artigos 29 e 32 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, o dia 31 de março do ano em que ocorrer a matrícula com o fim de verificar o preenchimento, pelo aluno, do critério etário para ingresso na educação básica.

Frise-se não se tratar de parâmetro temporal discricionário, aleatório. A adoção da data de 31 de março como corte de idade para matrícula na educação básica foi precedida de discussões e audiências públicas a envolverem especialistas de todo o País, conforme narrado no Parecer CNE/CEB nº 22/2009, juntado ao processo:

A Câmara de Educação Básica do Conselho Nacional de Educação realizou reunião técnica de trabalho no dia 8 de dezembro de 2009, no Auditório Professor “Anísio Teixeira”, Plenário do Conselho Nacional de Educação, com mais de quarenta participantes de todo o Brasil, envolvendo dezenove Unidades da Federação [...].

Na presente data, esta Câmara de Educação Básica participou do II Encontro do Grupo de Trabalho “Brasil Fundamental, organizado pela Secretaria de Educação Básica do MEC, que tratou do “processo de atualização das Diretrizes Curriculares Nacionais para o Ensino Fundamental”, no qual firmou-se um pacto em torno da adoção do dia 31 de março como data de corte etário para a matrícula de crianças com 6 (seis) anos completos de idade no 1º ano do Ensino Fundamental de 9 (nove) anos, devendo as demais serem matriculadas na Pré-Escola, em atenção ao disposto na Emenda

ADC 17 / DF

Constitucional nº 59/2009.

Consoante informações prestadas pela Advocacia-Geral da União, cuida-se de marco temporal adotado pela quase totalidade dos países signatários do MERCOSUL, tendo em conta estudos acadêmicos internacionalmente reconhecidos a indicarem prejuízos ao desenvolvimento infantil decorrentes da antecipação do ingresso dos alunos na educação básica. A propósito, vale transcrever trecho da Nota Técnica nº 03/2018/GM-MEC, subscrito pelo Ministro de Estado da Educação, Sr. Rossieli Soares da Silva:

[...]

6. O conhecimento da psicologia do desenvolvimento infantil permite afirmar que as características físicas, psicológicas e sociais da criança interferem diretamente na adequação entre a pedagogia da infância praticada na educação infantil e a pedagogia do ensino fundamental. Existem ciclos de desenvolvimento e aprendizagem que não apenas orientam a definição do corte etário para a entrada em um determinado nível da educação, mas também a organização dos conteúdos, das atividades, dos tempos e dos materiais em cada um desses níveis. Os conhecimentos sobre o desenvolvimento infantil e os processos educacionais devem servir para organizar a entrada à saída, toda a trajetória escolar dos alunos. Inclusive em função de estudos baseados na psicologia do desenvolvimento e da aprendizagem das crianças, se estabeleceu a idade de corte. Em especial, estudos tais como os de Piaget, Wallon e Vigotsky (1992) e Macedo (s/d) demonstram uma compreensão de que mudanças significativas e relevantes acontecem por volta dos 6 e 7 anos que permitirão a elas maior possibilidade de aprender conteúdos escolares de modo mais efetivo. Segundo os autores estudados, cada um com suas premissas, antes de 6 anos completos as crianças não estariam em condições de viverem a organização, conteúdos, formas de relacionamento, organização espacial e temporal e etc. próprias do ensino fundamental. Isso porque, é por volta de 6 anos que se identifica uma mudança

significativa na forma de agir, pensar e sentir das crianças, em função do que se denomina estruturas de pensamento e desenvolvimento motor que permitirão, inclusive permanecer em atenção e esforço produtivo e consciente de aprendizagem pelo tempo exigido para processos que envolvam a alfabetização e a matemática, por exemplo.

7. Tais estudos também indicam que os desafios propostos para cada criança devem respeitar as características e especificidades de cada idade. Aos cinco anos, uma criança ainda tem muito mais o foco no brincar, requerendo muito mais liberdade, espontaneidade do que no ambiente de uma sala de aula do ensino fundamental. Esses fundamentos dos grandes estudiosos da psicologia da infância indicam que antecipar a exigência de capacidades cognitivas que só se evidenciam entre 6 e 7 anos, em vez de ajudar, prejudicam a aprendizagem, gerando resultado menos eficientes na qualidade da ação escolar, além de provocar desinteresse e gerar ansiedade na criança. Pesquisas feitas sob óticas outras que não as da psicologia do desenvolvimento infantil parecem corroborar, com outros argumentos, o risco do fracasso da aprendizagem pela antecipação etária da entrada no primeiro ano.

[...]

A par desse aspecto, considerada a ausência de fixação, em âmbito nacional, de data para o início do ano letivo, presente a autonomia da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para determiná-la nos respectivos sistemas de ensino – artigo 8º da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional –, o marco de 31 de março revela-se compatível com o disposto no inciso II do artigo 31 da referida Lei, o qual impõe carga horária mínima, na educação infantil, de 800 horas anuais, distribuída em, pelo menos, 200 dias de trabalho educacional. Trata-se, pois, de aproximação razoável aos diversos termos iniciais de ano letivo estabelecidos pelos entes federados.

Descabe articular com a necessidade de evitar indesejado hiato etário

ADC 17 / DF

a acarretar prejuízo à formação dos infantes que não alcançarem a idade exigida em momento anterior à data fixada, uma vez não estarem alijados do sistema educacional. Caso a criança de 3 anos não complete 4 até 31 de março do ano da matrícula, garante-se o acesso à educação infantil por meio de creches; caso a de 5 anos não alcance 6, o ingresso dá-se junto à pré-escola – artigo 30, incisos I e II, da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional.

Também não ocorre ofensa ao princípio da isonomia, ante o caráter nacional dos atos questionados, os quais se aplicam a todos os Estados e Municípios da Federação, impondo critérios lineares e impessoais a serem observados por todos os brasileiros na mesma faixa etária.

As normas questionadas atenderam às balizas da Constituição Federal, porquanto se limitam a adequar a garantia fundamental de acesso à educação básica à totalidade do sistema educacional, adotando critério compatível com o disposto no inciso I do artigo 208 da Lei Maior.

Ausente violação de núcleo essencial de direito fundamental, deve-se admitir o corte temporal prescrito por aqueles que, munidos da necessária capacidade institucional, respondem pela concretização das políticas públicas ligadas à educação, sob pena de fulminar-se a liberdade de conformação constitucionalmente franqueada ao legislador e aos órgãos do Executivo, os quais – sempre repito, por dever de coerência – tenho em alta conta. Ao Supremo não cabe substituir-se a eles, considerada a óptica de intérprete final da Constituição, sem haver realizado sequer audiência pública nem ouvido peritos na arte da educação.

Possível discordância com relação à pertinência do marco estabelecido revela-se insuficiente a fundamentar a glosa, pelo Tribunal, dos dispositivos atacados, regularmente aprovados pelo Congresso Nacional e pela Câmara de Educação Básica do Conselho Nacional de Educação.

No tocante a este último, anoto tratar-se de órgão vinculado ao Poder Executivo federal, composto por especialistas em educação oriundos da sociedade civil, responsável por formular e avaliar a Política

ADC 17 / DF

Nacional de Educação – PNE, zelando pela qualidade do ensino, pelo cumprimento da legislação educacional e pela participação da sociedade no aprimoramento da educação – artigos 6º e 9º da Lei nº 4.024/1961 e Portaria nº 1.306/1999 do Ministério da Educação.

A par desse aspecto, não cabe ao Judiciário, no exame da controvérsia posta à apreciação, descuidar os efeitos sistêmicos do que assentado. Isso não significa render-se a argumentos metajurídicos, mas, sim, compreender a impropriedade de decidir de forma alheia à realidade sobre a qual incidirá o dispositivo interpretado.

A partir da análise da redação da cabeça do artigo 211 da Constituição Federal, verifica-se que a educação, nos diversos níveis da Federação, organiza-se mediante a instituição de sistemas, os quais, por imposição semântica, pressupõem a adoção de regras harmônicas com vistas à manutenção de um todo lógico e ordenado.

Eventual declaração da inconstitucionalidade dos preceitos acarretará retrocesso no processo de estruturação do marco regulatório da educação inaugurado pela Emenda de nº 59/2009 e recentemente reforçado pela publicação, no ano de 2017, da Base Nacional Comum Curricular – BNCC, a normatizar “o conjunto orgânico e progressivo de aprendizagens essenciais que todos os alunos devem desenvolver ao longo das etapas e modalidades da Educação Básica”, em conformidade com o que prevê o Plano Nacional de Educação – PNE.

Consoante esclarecimentos prestados pelo Ministério da Educação na Nota Técnica nº 345/2013/SEB/MEC, juntada ao processo, a fixação de corte etário para ingresso na pré-escola e no ensino fundamental teve por objetivo garantir “a necessária harmonia entre os sistemas de ensino e a continuidade entre as três etapas da educação básica e suas especificidades”, bem assim “assegurar a uniformização entre os sistemas de ensino, sobretudo nos casos de transferência dos alunos de um sistema para outro”.

Não desconsidero haver espaço para solução diversa no campo subjetivo, caso identificada, em determinado caso concreto, a ocorrência de situação especialíssima a excepcionar regra legitimamente instituída,

ADC 17 / DF

abrindo-se campo jurisdicional para solução de possível controvérsia mediante instrumental adequado.

Daí fulminar, em sede abstrata, os preceitos questionados é passo demasiadamente largo, uma vez ausente incompatibilidade com o parâmetro de controle. Do contrário, ter-se-á extravasamento dos limites da jurisdição constitucional, colocando-se em risco a organicidade do sistema educacional, a ser preservada por todos, inclusive pelo Supremo, como guarda maior da Constituição Federal.

Voto no sentido da improcedência do pedido formulado na arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 292, acompanhando o Relator, assentando a constitucionalidade dos artigos 2º e 3º da Resolução nº 1/2010 e 2º, 3º e 4º da Resolução nº 6/2010, editadas pela Câmara de Educação Básica – CEB do Conselho Nacional de Educação – CNE; e julgo procedente o pleito formalizado na ação declaratória de constitucionalidade nº 17, divergindo parcialmente do Relator, admitindo a fixação de corte temporal, no ano em que ocorrer a matrícula, com o fim de aferir o atendimento, pelo aluno, de critério etário correspondente ao ingresso nas fases da educação básica.