



DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO COMO LIMITE AO PODER REGULAMENTAR DO EXECUTIVO: INCONSTITUCIONALIDADE DA FIXAÇÃO DE IDADE PARA INGRESSO NO ENSINO FUNDAMENTAL

CONSTITUTIONAL RIGHT TO EDUCATION AS A LIMIT TO THE REGULATORY POWER OF THE EXECUTIVE: UNCONSTITUTIONALITY FIXING OF AGE TO ENTER ELEMENTARY SCHOOL

Alexandre de Lima e Silva¹

Marcelo Barroso Lima Brito de Campos²

RESUMO: O presente artigo teve como intuito fazer uma análise do direito à educação e identificar falhas materiais e formais que ocorreram através do Conselho Nacional de Educação, órgão esse ligado ao Ministério da Educação, que, exercendo o seu direito regulamentador, extrapolou os limites constitucionais,

¹ Bacharel em Direito, pelo Centro Universitário de Belo Horizonte, com Especialização em Direito Civil, pela Universidade Gama Filho e Mestre em Direito e Instituições Políticas, pela Universidade FUMEC de Belo Horizonte. Atualmente, cursa Doutorado na Universidade de Salamanca - Espanha, em Direito Privado. Exerceu variadas funções em diversos órgãos do Judiciário mineiro, havendo atuado como conciliador no Juizado Especial de Relação de Consumo, bem como no Juizado Especial Cível. Também exerceu, perante Desembargador do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, o cargo de assessor judiciário III. Foi professor na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, PUC-Minas e FEAD, e atualmente leciona no Centro Universitário de Belo Horizonte - UNI-BH. Atua como docente orientador no Curso de Pós-Graduação de Direito Sanitário da Escola de Saúde Pública de Minas Gerais. Advogado militante na Comarca de Belo Horizonte.

² Professor de Direito Constitucional, Teoria da Constituição, Direito da Seguridade Social, de Ciência Política e Teoria Geral do Estado do UNI-BH. Professor de Processo Constitucional e Administrativo da Pós-graduação da PUCMINAS – IEC. Professor da Pós-graduação da UNICURITIBA. Bacharel em Direito pela UFMG. Mestre em Administração Pública pela Escola de Governo da Fundação João Pinheiro. Doutorando em Direito Público pela PUCMINAS. Diretor de Previdência do Instituto dos Advogados de Minas Gerais – IAMG. Secretário-Geral e representante estadual em Minas Gerais do Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário – IBDP. Diretor de Previdência da Escola Superior da Advocacia da OAB/MG. Procurador do Estado de Minas Gerais. Advogado. Autor de diversos livros e artigos.

ao proferir resolução incompatível com os paradigmas de um Estado Democrático de Direito.

Palavras chaves: Direito Constitucional; Direito à Educação; Poder Regulamentador; Estado Democrático de Direito

ABSTRACT: This article aims at analyzing the right to education and identifying material and formal gaps that occurred through the National Education Council, a body attached to the Ministry of Education that, in its regulatory right, has overstepped the constitutional limits by filing a resolution which is inconsistent with the standards of a democratic state.

Keywords: Constitutional Law, Right to Education; Regulatory Power; Democratic State

1. INTRODUÇÃO

O presente ensaio visa situar o direito à educação no cenário jurídico brasileiro e apresentar algumas reflexões acerca do mesmo, especialmente na condição de limite ao poder regulamentar do Executivo no Brasil.

O Conselho Nacional de Educação – CNE / Câmara de Educação Básica, órgãos vinculados ao Ministério da Educação – MEC expediu a Resolução nº 6, definindo as Diretrizes Operacionais para a matrícula no Ensino Fundamental e na Educação Infantil, estabelecendo critério de idade para o acesso da criança ao sistema educacional.

Será demonstrada a inconstitucionalidade da referida resolução, eis que em seu aspecto formal afronta ao disposto no art. 5º, II, art. 37 e art. 84, IV, todos da Constituição de 1988, pois fere o princípio da legalidade e extrapola o poder regulamentar, inovando a ordem jurídica, o que lhe é vedado. A Resolução também é materialmente inconstitucional por afrontar o art. 1º, *caput* (Estado Democrático de Direito) e inciso III (dignidade da pessoa humana), art. 3º, I (vedação de discriminação por critério de idade), art. 6º (direito fundamental à educação), art. 193 (bem-estar social), art. 205 (direito à educação, dever do Estado e da família), art. 206, I (igualdade de condições *c/c* art. 5º *caput*), art. 206, II (liberdade de ensino e aprendizado), art. 208, v (critério da capacidade individual) e art. 209 (educação pública e privada).

Além de inconstitucional a Resolução nº 6 do CNE é ilegal por ofensa à Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei nº 9.394/96) especialmente no que se refere ao art. 24, inciso II, alínea “c” e art. 24, inciso V, alíneas “c” e “d”.

2. O DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO

O *Estado Democrático de Direito* no Brasil foi instituído para assegurar, dentre outros, o exercício dos *direitos sociais*, a *liberdade*, o *bem-estar* e a *igualdade*, *sem preconceitos*. Estas palavras são extraídas do preâmbulo da Constituição de 1988.

Um incauto poderia afirmar que o preâmbulo não tem validade, eis que não consiste em norma jurídica conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal (ADI 2076), mas isto não importa, porquanto todas estas palavras citadas no parágrafo anterior são repetidas ao longo do texto da Constituição de 1988 e,

nessa condição, são revestidas da blindagem de normas jurídicas supremas, a que todos os seus destinatários, poder público e demais normas jurídicas do sistema brasileiro devem respeito e obediência.

Os dizeres abaixo aborda cada uma das palavras em *itálico* destacadas no primeiro parágrafo deste item, para demonstrar que todas elas estão inseridas no preâmbulo e nas normas constitucionais gozando de supremacia hierárquica, bem como os relaciona ao fim visado por este artigo, que é o de demonstrar a inconstitucionalidade da Resolução nº 6, do CNE.

O *Estado Democrático de Direito* brasileiro (CF, art. 1º) é o paradigma que aspira ares de participação do povo no poder e tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III). Este conceito abstrato é de textura aberta e só pode ser definido no caso concreto. O conhecimento e sua transmissão dignifica não somente o transmissor (professor) mas especialmente o receptor(aluno), que diante e no uso dele terá maiores chances de melhorar sua vida.

A conquista dos direitos fundamentais pela humanidade é um processo constante de declaração, universalização e efetivação destes direitos. Declarar para descobrir novas dimensões, universalizar para alcançar um maior contingente populacional e efetivar para torná-los concretos tornando digna a existência efêmera do ser humano na terra. Tidos como direitos de segunda dimensão, os *direitos sociais* se constituem como direitos fundamentais e encerram em seu âmago uma constelação de elementos, dentre os quais se insere o direito à educação (CF, art. 6º).

A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho (CF, art. 205).

Nesse sentido a educação é um direito subjetivo de cada brasileiro para o seu desenvolvimento pessoal, exercício dos atos de cidadania na construção do Estado Democrático de Direito e sua qualificação para o trabalho em busca da dignidade para a sua pessoa humana.

A esse direito corresponde na relação jurídica o dever do Estado e da Família, que em colaboração com a sociedade, deve fomentar e promovê-lo. Ao Estado é á família, compete, na medida dos direitos e garantias constitucionais proporcionar às pessoas um ensino eficiente (CF, art. 37) e acessível a todos em igualdade de condições. No desempenho desta função falece competência ao Estado para restringir, inibir, tumultuar ou impedir o acesso das pessoas à educação.

Não é demais lembrar que o direito à educação, como direito social, está disciplinado na Constituição de 1988, sob o título “Da Ordem Social”, que tem como objetivo o *bem-estar* social (CF, art. 193). Bem-estar social significa não criar empecilhos ou embaraços de acesso à educação.

O preceito constitucional determina que o ensino será ministrado pelo Estado, diretamente ou por meio de autorização do Poder Público à iniciativa privada (CF, art. 209), com base, dentre outros:

- a) no princípio da igualdade de condições para o acesso e permanência na escola (CF, art. 206, I)
- b) e liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber (Cf, art. 206, II).

A *igualdade*, valor inscrito no preâmbulo da Constituição de 1988, é repetida em vários artigos do texto constitucional brasileiro. O *caput* do art. 5º enuncia a igualdade de forma expressa como uma direito individual por

excelência. Na concepção aristotélica³ (2003) igualdade é tratar situações iguais de maneira igual e situações desiguais de maneira desigual, na medida da desigualdade para promover a igualdade. Uma das formas de manter a igualdade é evitar a discriminação.

Constitui objetivo fundamental da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem preconceitos, dentre outros, por motivo de idade (CF, art. 3º, IV). A igualdade exigiu e a Constituição de 1988 foi expressa ao vedar a discriminação por motivo de idade.

No caso da educação, o dever do Estado será efetivado, dentre outros critérios, com a garantia de acesso aos níveis mais elevados de ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um (CF, art. 208, V). Como se vê, o critério de acesso e desenvolvimento no sistema de educação não pode ser a idade, mas a capacidade de cada um.

A *liberdade*, outro preceito previsto no preâmbulo da Constituição de 1988 e repetida no art. 206, II, não permite que o acesso à educação fique restrito por critérios de idade, mas deverá levar em conta a liberdade de escolha e de avaliação do aluno para que, com critérios pedagógicos e de desenvolvimento pessoal possa ser inserido no ensino fundamental independentemente da idade.

O sistema de ensino brasileiro é também disciplinado pelas leis infraconstitucionais que devem estar em consonância com o comando constitucional. A Lei nº 9.394, de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional dispõe em seu art. 24, II, c, que a escola poderá fazer uma avaliação do aluno para definir o grau de desenvolvimento e experiência a fim de permitir sua inscrição na etapa adequada. Como se vê, o critério justo e legal não é a idade, mas o critério da avaliação pedagógica.

³ ARISTÓTELES. “Política”. São Paulo: Martins Claret, 2003

O mesmo art. 24, V, alíneas “c” e “d”, da LDBE dispõem que a verificação do rendimento escolar deverá observar a possibilidade de avanço nos cursos e nas séries mediante verificação do aprendizado, devendo ser aproveitado os estudos concluídos com êxito.

3. PODER REGULAMENTADOR OU PODER NORMATIVO

A Administração Pública em seus âmbitos municipais, estaduais e federal possui poderes específicos que garantem uma gestão consoante com paradigmas estabelecidos pelo texto constitucional e especificamente com os princípios administrativos.

O poder regulamentador é um dos poderes específicos da Administração, conferido exclusivamente ao Executivo para aperfeiçoar as determinações estabelecidas na lei e para emitir normas gerais. Alguns autores entendem por bem nomeá-lo poder normativo.

A Constituição da República de 1988, artigo 84, parágrafo IV, no âmbito federal, confere ao chefe do Executivo a prerrogativa de sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução.

Com base no direito intertemporal, alguns órgãos públicos possuem competência para exercer o poder regulamentador. No dizer de Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁴ (2003, p. 89) *“alguns órgãos ainda hoje dispõem de competência normativa, porque a legislação que a delegava, antes da Constituição de 1988, teve o prazo de vigência prorrogado por Lei, tal como previsto expressamente no artigo 25 das Disposições Transitórias”*.

⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 15. Ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 89.

O parágrafo único, do artigo 84, da Constituição de 1988 prevê, no entanto, exceção à regra de competência ao exercício do poder regulamentar, ao estabelecer que o Presidente da República poderá delegar as atribuições mencionadas nos incisos VI, aos Ministros de Estado, ao Procurador-Geral da República ou ao Advogado-Geral da União.

Também é possível detectar o poder regulamentar na Seção IV, intitulada “dos Ministros de Estado”, na qual se estabelece que compete ao Ministro de Estado, além de outras atribuições a de exercer a orientação, coordenação e supervisão dos órgãos e entidades da administração federal na área de sua competência e referendar os atos e decretos assinados pelo Presidente da República, expedir instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos (CF, art. 87, parágrafo único, inciso I).

Desta forma, seriam válidas as regulamentações determinadas por atos administrativos, como regimentos, portarias, deliberações, instruções e resoluções, emitidas, por exemplo, pelo Ministro da Educação.

Ressalte-se ainda que as diversas leis infraconstitucionais estão presentes no ordenamento jurídico brasileiro, o que confere atribuições legais a outros servidores públicos, e lhes outorga poderes regulamentadores.

No entanto, excluídos os casos excepcionais anteriormente apontados, o poder regulamentador é de competência privativa do chefe do Executivo. Em consequência, se a norma regulamentadora for gerada através de ente público incompetente, a inconstitucionalidade se torna flagrante.

Se o ato regulamentatório for emitido por autoridade competente, deverá ser promovida a devida publicação no Diário Oficial da União, sob pena de não surtir os efeitos legais. Nesse mesmo sentido, vale mencionar as palavras do Prof.

Hely Lopes Meirelles⁵ (2001, p. 173) que verificou ser necessária a publicação dos referidos atos "*pelo mesmo modo por que o são as leis, visto que a publicação é que fixa o início da obrigatoriedade dos atos do Poder Público a serem atendidos pelos administrados*".

Além dos fatores formais, o poder regulamentador deve observar os parâmetros estabelecidos em um Estado Democrático de Direito. Tendo em vista a respectiva competência determinada pela Constituição, e que não existem limitações diretas ao exercício do poder regulamentar, será inviável a regulamentação de matéria sem manifestação primária do Poder Legislativo.

4. ANÁLISE DE CASO – PODER REGULAMENTADOR

Na data de 21 de outubro de 2010, foi publicado no Diário Oficial da União, Resolução nº 6, emitida pelo Conselho Nacional de Educação/ Câmara de Educação Básica, ambas vinculadas ao Ministério da Educação.

O Presidente da Câmara de Educação Básica do Conselho Nacional de Educação, no uso de suas atribuições legais, em conformidade com o disposto na alínea “c” do § 1º do artigo 9º da Lei nº 4.024, de 20 de dezembro de 1961, com a redação dada pela Lei nº 9.131, de 25 de novembro de 1995, bem como no § 1º do artigo 8º, no § 1º do artigo 9º e no artigo 90, da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, nos Pareceres CNE/CEB nº 20/2009 e nº 22/2009, nas Resoluções CNE/CEB nº 5/2009 e nº 1/2010, e com fundamento no Parecer CNE/CEB nº 12/2010, homologado por despacho do Senhor Ministro da Educação, resolveu definir Diretrizes Operacionais para a matrícula no Ensino Fundamental e na Educação Infantil

Esta resolução estabeleceu em seu próprio artigo 6º que as repercussões de seus efeitos entrariam em vigor no ordenamento jurídico a partir de sua publicação.

⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 173.

A resolução foi proferida em conformidade com a legislação no que diz respeito às formalidades, tendo sido respeitada a matéria e o ente competente para exercer o poder regulamentador.

No que diz respeito à matéria, verifica-se que nesta Resolução nº 6, foi estabelecido em seu artigo 2º que para o ingresso na Pré-Escola, a criança deverá ter idade de 4 (quatro) anos completos até o dia 31 de março do ano que ocorrer a matrícula; já em seu artigo 3º é reservado o ingresso no primeiro ano do Ensino Fundamental, as crianças de 6 (seis) anos completos até o dia 31 de março do ano em que ocorrer a matrícula e por fim em seu artigo 4º que as crianças que completarem 6 (seis) anos de idade após a data definida no artigo 3º deverão ser matriculadas na Pré-Escola.

A própria resolução, em seu artigo 5º e parágrafos subseqüentes, considera a necessidade de garantir em caráter excepcional o prosseguimento no percurso educacional das crianças atingidas pelo ato administrativo, porém que sejam mantidas na seqüência de ensino pré-resolução, repassando no entanto, a responsabilidade para as Instituições de Ensino, a tarefa de adotar medidas especiais de acompanhamento e avaliação do desenvolvimento global dos menores.

Como norma de transição, a resolução também relativizou, ao permitir que os sistemas de ensino, em caráter excepcional, no ano de 2011, possam dar prosseguimento para o Ensino Fundamental de 9 (nove) anos às crianças de 5 (cinco) anos de idade, independentemente do mês do seu aniversário de 6 (seis) anos, que no seu percurso educacional estiveram matriculadas e freqüentaram, até o final de 2010, por 2 (dois) anos ou mais a Pré-Escola.

Por fim, observa-se que a excepcionalidade exposta acima, deverá ser regulamentada pelos Conselhos de Educação dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, garantindo medidas especiais de acompanhamento e avaliação

do desenvolvimento global da criança para decisão sobre a pertinência do acesso ao início do 1º ano do Ensino Fundamental.

Isso posto, no ano de 2012, só poderão ser matriculadas no ensino fundamental crianças que completem 6 (seis) anos de idade até 31 de março e para aquelas que forem ser matriculadas na pré-escola, será exigida a idade de 4 (quatro) anos, completados até a mesma data do mês de março.

Inicialmente, verifica-se que parte dos Estados Membros da Federação, exige como idade mínima para o ingresso no ensino fundamental os 6 (seis) anos, como estabelecido pelo próprio Conselho Nacional da Educação no ano de 2005, entretanto, diversos outros Estado permitiam a matrícula de crianças de 5 (cinco) anos.

a) Legalidade

Essa variação de posicionamentos existe. Tendo sido imposta por meio de resolução, a regra não pode impor obrigações a entes da federação ou a instituições privadas, muito menos restringir direitos dos menores de dar continuidade a seus estudos, sob pena de se ofender diretamente o princípio da legalidade previsto na Constituição da República de 1988, que dispõe em seu artigo 5º, inciso II: "*Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*".

Ressalte-se que a mencionada Resolução n º6, do CNE, não está baseada em nenhuma lei do ordenamento jurídico pátrio, mas sim, em posicionamentos internos daquele órgão.

As modificações estabelecidas pela referida resolução antecipam um debate que tem como foro competente o Congresso Nacional, onde já existem diversos projetos para modificação Lei de Diretrizes e Bases da Educação

Nacional, dentre os quais o Projeto de Lei S 414/2008/ PL 06755/2010, apresentado pelo Senador Flávio Arns, que visa diminuir de seis para cinco anos a idade de acesso ao Ensino Fundamental, já aprovado pelo Senado Federal, atualmente em trâmite na Câmara dos Deputados, especificamente na Comissão de Educação e Cultura⁶, com prazo finalizado para apresentação de emendas, sem que tenham ocorrido. Entretanto, se o referido projeto entrar em vigor no ordenamento jurídico, estará em flagrante contradição com a Resolução número 6.

Vale a pena destacar o possível ato legislativo mencionado, uma vez que, excetuando o artigo 84, VI, já referido, somente existe regulamento de execução no direito brasileiro, subordinado a lei previamente positivada.

Necessário dizer que a Administração Pública deve obedecer ao princípio da legalidade também presente no do artigo 37, da CR/88 e que proclama o seguinte:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) (**grifo nosso**)

Assim sendo, a Resolução nº 6 do CNE não observou o princípio da legalidade, expondo a sociedade brasileira à insegurança jurídica, desconectada dos paradigmas de um Estado Democrático de Direito.

b) Educação Inclusiva

⁶ Pesquisa realizada na data de 09 de novembro de 2010, na página eletrônica da Câmara dos Deputados. http://www.camara.gov.br/internet/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=465835

Além das questões referentes à legalidade já exposta, identifica-se ainda, uma contradição com a própria política pública que vem tentando ser implementada pelo Estado, ao fomentar uma educação inclusiva.

A sistemática de educação inclusiva é inicialmente estabelecida pela Declaração de Salamanca de 1994 (publicada em sua íntegra no portal eletrônico do Ministério da Educação brasileiro)⁷ e tem como objeto específico a forma de tratamento referente à educação de crianças com algum tipo de deficiência, sustentando que nenhuma criança pode ser separada devido a tal debilidade.

Percebe-se que a Declaração de Salamanca possui grande preocupação com a interação entre crianças com debilidades, com outras crianças sem tais debilidades, afirmando em seu item 2, que: *“toda criança tem o direito fundamental a educação, e deve ser dada a oportunidade de atingir e manter o nível adequado de aprendizagem,”*.

Não é necessário grande esforço para verificar que as regras estabelecidas na Declaração de Salamanca, aprovada por unanimidade pelas Nações Unidas, que tem o Brasil como signatário, está em pleno vigor no ordenamento jurídico pátrio. Por analogia, é possível verificar que se crianças com deficiências possuem o direito à oportunidade de atingir e manter o nível adequado de aprendizagem, também terão estes mesmos direitos crianças que felizmente não possuem tais deficiências, independentemente do critério discriminatório da idade.

Ora, se crianças que não estejam adequadas à Resolução nº 6, simplesmente por não atingirem a data de nascimento estabelecida pelo CNE, forem impedidas de se matricularem normalmente no período posterior àquele que

⁷ Pesquisa realizada na data de 10 de novembro de 2010, na página eletrônica do Ministério da Educação <http://portal.mec.gov.br/seesp/arquivos/pdf/salamanca.pdf>

o menor está cursando, estará ocorrendo clara afronta à política pública adotada pelo próprio Estado brasileiro.

Com a proibição da matrícula, alunos/colegas/amigos que conviveram em determinadas classes serão sumariamente separados uns dos outros, sendo tal situação segregária e discriminatória, ao invés de incluir, como determina a moderna política pedagógica.

Por fim, forçar uma criança a repetir as lições que ela teve durante todo um ano, geraria nela um desestímulo, impedindo que os preceitos estabelecidos na Declaração de Salamanca sejam atingidos, especialmente aqueles que determinam que seja dada oportunidade que toda criança possa alcançar e manter um nível adequado de aprendizagem.

5. MANIFESTAÇÕES DO PODER JUDICIÁRIO

Tendo em vista ser muito recente a publicação da Resolução nº 6, do CNE, esparsas são as demandas jurídicas, que se iniciam em regra por meio da ação civil de natureza constitucional, qual seja, o mandado de segurança.

Mandados de Segurança⁸ estão sendo impetrados pelos representantes legais dos requerentes, com pedidos liminares; objetivam ordens judiciais que determinem que as Instituições de Ensino sejam compelidas a realizar matrículas em determinados períodos ou a transferir pré-matrícula dos requerentes para períodos posteriores aos que os mesmos foram aceitos.

Crianças que já concluíram determinados períodos são obrigadas a repeti-los, tendo em vista a determinação da referida Resolução nº 6 do CNE, o que pode, em futuro próximo, acarretar diversas demandas judiciais, sejam

⁸ Tribunal de Justiça de Minas Gerais: FORO DA CAPITAL Vara: 6A VARA CÍVEL Cidade: BELO HORIZONTE Título: MANDADO DE SEGURANÇA Processo: 02959 - 1455996.40.2010.8.13.0024.

propostas pelos representantes legais, sejam pelo Ministério Público, após recebimento de denúncia.

Convém que o Ministério Público assuma esta questão para não expor a individualidade dos pais e alunos perante a instituição de ensino que educará a criança. Não é recomendável que a criança ingresse em uma instituição por ordem judicial, isto poderá lhe causar restrições veladas. Importante que a questão seja atacada no seu aspecto geral e abstrato, atacando diretamente a resolução inconstitucional.

6. O CRITÉRIO VELADO DE EXCLUSÃO

O Conselho Nacional de Educação não tem a dimensão do problema que a Resolução nº 6 vem causando no sistema de ensino brasileiro. Este frágil ato normativo de operatividade caseira, flagrantemente inconstitucional e ilegal, pelo mesmo fato de não ter força de lei, não vem obrigando aos estabelecimentos de ensino a cumpri-lo. No entanto, as instituições de ensino estão chamando um a um dos pais e responsáveis, comunicando o teor da infeliz Resolução nº 6, e deixando-os ao léu, completamente desamparados de direitos e garantias, conferindo-lhes a escolha e a opção de manter seus filhos nascidos depois de 31 de março no período em que se encontra ou não, fazendo-os repetir ou não aquela etapa. Cumpre lembrar que a educação não é dever só da família, mas também do Estado, instituições de ensino e da sociedade (CF, art. 205).

Não bastasse esta situação as instituições de ensino, temerosas das represálias e sanções administrativas que possam sofrer pelo descumprimento da Resolução nº 6 do CNE, alertam aos pais que, acaso eles optem por manter seu filho nascido após 31 de março em período não recomendado pela Resolução, as

instituições não se responsabilizam se as outras instituições subseqüentes não aceitarem seu filho por causa da idade.

O mais grave é que a questão da idade será considerado um critério velado de exclusão de alunos. Certamente que uma instituição em sã consciência não determinará a exclusão alegando o “problema” da idade, mas encontrará outros critérios, escondendo a real causa de exclusão.

O que os pais dirão para o filho ou para a filha? “Desculpa, você deveria ter nascido antes de 31 de março!”

O que o obstetra dirá para mãe? “Olha, acho que devemos induzir o parto a todo custo para que a criança nasça antes de 31 março, por causa da Resolução do CNE!”

O que um colega dirá para o outro? “Olha não posso mais brincar com você, pois fiz todos os para casas, a professora me elogiou, fui um bom aluno, mas vou ter que repetir o ano, porque uma tal Resolução (aquela bruxa má) assim determinou.”

Absurdo!

As instituições não podem vendiar os olhos para esta situação. O Ministério Público que é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado deve agir na defesa dos direitos à educação das crianças brasileiras.

7. CONCLUSÕES

As breves notas permitem concluir que a fixação do critério de idade para acesso ao sistema de ensino no Brasil utilizado pela Resolução nº 6, do CNE/MEC é inconstitucional nos seguintes termos:

a) fere o princípio do Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º) na medida em que impõe uma situação que sequer foi debatida entre os principais atores do sistema de ensino, quais sejam as instituições, públicas e privadas, as famílias e as sociedades;

b) fere o princípio da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, inciso III) ao impor crianças que já se encontram no sistema a repetir uma etapa que já concluíram com êxito e ao excluir a possibilidade daquelas que demonstrarem capacidade pedagógica para avançar seus estudos;

c) constitui discriminação por motivo de idade e afronta o disposto no art. 3º, inciso I, da Constituição de 1988, ao permitir que alunos da mesma idade estejam em situações diferentes. Imaginem a situação de quem nasce em 1º de abril?

d) é ofensivo ao direito à educação previsto no art. 6º, da Constituição de 1988, como direito fundamental da pessoa humana;

e) cria um mal estar entre os alunos, as instituições, a família e a sociedade, ao impor a repetência ou não avanço para alunos que obtiveram êxito pedagógico nas etapas mais tenras do processo de aprendizado em afronta ao objetivo do Estado em alcançar o bem-estar e justiça sociais (CF, art. 193);

f) descumpre o disposto no art. 205, da Constituição de 1988, que determina o incentivo e a promoção da educação para o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho, atrasando a vida daqueles nascidos após 31 de março;

g) fere o direito a igualdade de condições para o acesso e permanência na escola (CF, art. 206, inciso I) aqueles que fazem aniversário após 31 de março;

h) ofende o direito a liberdade de aprender (CF, art. 206, inciso II) para aqueles que apesar de demonstrar condições pedagógicas e, por vezes, já estarem inseridos no sistema de ensino, nasceram após 31 de março;

i) não observa o disposto no art. 208, V, da Constituição, que estabelece como critério *a capacidade de cada um* e não a idade;

j) fere a liberdade de ensino a que se refere o art. 209, que permite que os alunos, a família e a escola possam livremente estabelecer a etapa adequada para a criança.

k) ofende ao art. 5º, inciso II e 37, da Constituição de 1988 – princípio da legalidade – por não se constituir em lei em sentido formal e material, eis que usurpa a função que típica do legislador;

l) afronta o art. 84, inciso IV e art. 87, parágrafo único, inciso I, da Constituição de 1988, ao extrapolar o poder regulamentar do Executivo, inovando a ordem jurídica, o que lhe é vedado.

Não bastasse este rosário de inconstitucionalidades que, por si só, é suficiente para extirpar do mundo jurídico brasileiro a Resolução CNE nº 6, a fixação do critério de idade para acesso ao sistema de ensino utilizada por ela é ilegal nos seguintes termos:

a) afronta o art. 24, inciso II, alínea “c” da Lei de Diretrizes e Base da Educação (Lei nº 9.394/1996), que permite à escola fazer uma avaliação pedagógica para definir a etapa adequada de acesso e desenvolvimento do aluno, independentemente da sua idade ou data de nascimento;

b) ofende o art. 24, V, alíneas “c” e “d”, da LDBE, ao não permitir a possibilidade de avanço nos cursos e nas séries mediante verificação do aprendizado, não aproveitando os estudos concluídos com êxito.

Há que se observar ainda que a Resolução nº 6 do CNE/MEC está divorciada do sistema de educação inclusiva inicialmente estabelecida pela Declaração de Salamanca de 1994, da qual o Brasil é signatário. Com efeito, se conforme item 2, deste texto internacional, ao aluno deficiente é assegurado o *“direito fundamental a educação, e deve ser dada a oportunidade de atingir e*



manter o nível adequado de aprendizagem”, também, por analogia deverá ser dada a mesma oportunidade ao aluno que não possui condições especiais.

Por fim, os poderes públicos instituídos, especialmente o Ministério Público, deverão zelar para que este critério, data de nascimento pós 31 de março, não seja um critério velado de exclusão dos alunos do ensino infantil e fundamental. A extinção desta Resolução nº 6, CNE/MEC se impõe para evitar maiores gravames, seja por autotutela da própria Administração Pública, seja por intervenção do Poder Judiciário provocado de preferência pelo Ministério Público a fim de não deixar os pais e crianças expostos a uma situação individualizada que podem lhe causar prejuízos.

O Estado Democrático de Direito no Brasil deve avançar e não pode conviver com retrocessos como a exclusão de alunos da escola por motivo de idade, desconsiderando o seu perfil pedagógico.