



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO
10ª VARA FEDERAL CÍVEL DE SÃO PAULO

AUTOS Nº.:0020852-83.2005.403.6100
AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Réus: UNIÃO FEDERAL
ESTADO DE SÃO PAULO
FUNDAÇÃO VISCONDE DE PORTO SEGURO
CONGREGAÇÃO DE SANTA CRUZ

S E N T E N Ç A

“A educação é um ato de amor, por isso, um ato de coragem. Não pode temer o debate. A análise da realidade. Não pode fugir à discussão criadora, sob pena de ser uma farsa.”¹

Paulo Freire

I. Relatório

O **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**, devidamente qualificado na inicial, propôs a presente Ação Civil Pública, com pedido de antecipação da tutela, em face da **UNIÃO FEDERAL**, do **ESTADO DE SÃO PAULO**, da **FUNDAÇÃO VISCONDE DE PORTO SEGURO**, da **CONGREGAÇÃO DE SANTA CRUZ** e da **Associação Pela Família**, objetivando a declaração de existência de eficácia nacional das normas e deliberações do Conselho Nacional de Educação, quando homologadas pelo Ministério da Educação e relacionadas a temas de interesse nacional, com a conseqüente condenação das Pessoas Jurídicas de Direito Público, ora Rés, a atuarem no sentido de levar ao conhecimento do público em geral e das escolas a si vinculadas a impossibilidade da realização dos denominados “vestibulinhos” como critério de seleção para

¹. **Educação como Prática da Liberdade**. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 31ª edição, 2008, p. 104.



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO
10ª VARA FEDERAL CÍVEL DE SÃO PAULO

acesso ao primeiro ano do ensino fundamental, bem como a imposição de obrigação de não-fazer aos Estabelecimentos de Ensino indicados como Réus para se absterem de realizar qualquer tipo de exame seletivo para acesso ao ensino fundamental, sob pena de multa.

Requer, ainda, a condenação da União e do Estado de São Paulo ao pagamento de indenização por dano moral coletivo no valor de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) para cada um e dos Estabelecimentos de Ensino indicados como réus no valor de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) para cada um, revetendo-se, ao final, a soma dos valores ao Fundo Federal dos Direitos Difusos Lesados.

Alega em favor de seu pleito que o direito à educação, previsto na Constituição da República, não pode encontrar limites a sua efetividade por meio dos denominados “vestibulinhos”, os quais podem causar transtornos psicológicos às crianças que se submeteram ao exame, sendo irrelevante o fato de os pais concordarem com a prática, posto que a dignidade, o respeito e a integridade constituem direitos indisponíveis.

Aduz que o Conselho Nacional de Educação emitiu o Parecer nº 26/2003, homologado pelo Ministro da Educação, contrário à realização dos “vestibulinhos” para acesso à Educação Infantil e à primeira série do Ensino Fundamental, porém houve omissão da União em permitir a realização das provas pelos Estabelecimentos de Ensino ora réus, sob a alegação de que os sistemas de ensino são autônomos e que tal parecer se destina unicamente ao ensino federal.

Narra também que o Conselho Estadual de Educação emitiu o Parecer CEE nº 41/2004, proclamando que a escola particular está autorizada a realizar a seleção de alunos por meio do “vestibulinho”.

Destaca por fim que os Estabelecimentos de Ensino incluídos no pólo passivo explicitamente adotam a realização de “vestibulinhos” para a seleção dos alunos, contrariamente ao ordenamento jurídico e ao Parecer nº 26/2003, do Conselho Nacional de Educação.

Com a inicial vieram documentos (fls. 35/114).

A tutela antecipada foi deferida em Plantão Judiciário somente no tocante aos Estabelecimentos de Ensino ora réus (fls. 117/126). Na mesma decisão, foi determinada a intimação dos representantes legais da União Federal e do Estado de São Paulo, nos termos do artigo 2º da Lei nº 8.437, de 1992.



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO
10ª VARA FEDERAL CÍVEL DE SÃO PAULO

Em seguida, o Ministério Público Federal requereu a apresentação da relação dos alunos submetidos aos exames realizados no dia 17/09/2005 nas escolas Fundação Visconde de Porto Seguro e Congregação de Santa Cruz, em razão do horário de comunicação da tutela de urgência, o que foi deferido por este Juízo (fl. 144).

A corré Congregação de Santa Cruz noticiou a interposição de agravo de instrumento perante o Colendo Tribunal Regional Federal da 3ª Região (nº 2005.03.00.075623-0 - fls. 146/180), tendo sido deferido parcialmente o pedido de efeito suspensivo no sentido de que os efeitos da decisão concessiva da tutela antecipada fossem aplicados apenas no ano seguinte (fls. 630/631).

Intimado, o corréu Estado de São Paulo se pronunciou, preliminarmente, sobre o pedido de antecipação da tutela (fls. 184/194), alegando a ilegitimidade ativa do Ministério Público Federal. No mais, defende a impossibilidade de outorga da tutela de urgência almejada.

Igualmente intimada, a União apresentou manifestação acompanhada de documentos (fls. 198/213), pela qual arguiu, em preliminar, a sua ilegitimidade passiva e, por conseguinte, a incompetência absoluta deste Juízo Federal. Sustenta, ademais, ser incabível o pedido de antecipação da tutela formulado.

A corré Congregação de Santa Cruz informou que não promoveu qualquer exame de seleção no dia 17/09/2005, em cumprimento à tutela concedida (fls. 215/217).

Aberta vista dos autos ao Ministério Público Federal, foi reiterado o pedido de tutela antecipada formulado em face da União e do Estado de São Paulo, bem como o cumprimento da determinação para apresentação da relação de alunos que participaram do processo seletivo nos Colégios Santa Cruz e Visconde de Porto Seguro (fls. 220/223).

Foi apresentada a contestação da Associação pela Família (fls. 261/350), mantenedora do “Colégio Nossa Senhora das Graças”, sustentando que não pratica o chamado “vestibulinho” como forma de processo seletivo. Requereu a improcedência da ação.

Noticiada a interposição de agravo de instrumento pela corré Associação pela Família (nº 2005.03.00.077041-0 - fls. 352/377), no qual foi indeferido o pedido de efeito suspensivo (fls. 385/386). O



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO
10ª VARA FEDERAL CÍVEL DE SÃO PAULO

referido agravo de instrumento foi posteriormente apensado aos presentes autos, em razão de ter sido convertido em retido (fl. 936).

A corrê Fundação Visconde de Porto Seguro trouxe aos autos a lista de potenciais alunos, em cumprimento à determinação deste Juízo (fls. 388/403).

De seu turno, a corrê Congregação de Santa Cruz requereu a juntada das fichas de inscrição dos alunos com os dados requeridos pelo Ministério Público Federal (fls. 416/628), as quais foram desentranhadas e destruídas, conforme determinação à fl. 945.

Citada, a corrê Fundação Visconde de Porto Seguro contestou o feito (fls. 644/668), alegando, como preliminares, a ilegitimidade do Ministério Público Federal e a falta de interesse de agir. No mérito, rebateu os argumentos do Autor, sob a alegação que a realização de testes não restringe ou veda o acesso à educação, bem como que o chamado “vestibulinho” não viola a dignidade, moral e integridade psíquica das crianças.

Por sua vez, o corrê Estado de São Paulo também contestou o feito (fls. 671/680), defendendo a ilegitimidade ativa do Autor, bem como que não há, no ordenamento jurídico pátrio, impedimento à realização dos chamados “vestibulinhos”.

Houve a apresentação de contestação pela corrê Congregação de Santa Cruz (fls. 682/724), arguindo, preliminarmente, incompetência absoluta deste Juízo, ilegitimidade ativa *ad causam* e falta de interesse de agir. No mérito, aduziu que os pareceres não têm força normativa e ainda que o parecer emitido pelo Conselho Nacional de Educação não gera nenhum efeito no âmbito estadual, uma vez que a competência para tanto é de cada Estado dentro das diretrizes constitucionais e presentes na legislação ordinária.

A União contestou às fls. 726/741, sustentando sua ilegitimidade passiva, bem como a inexistência, no ordenamento jurídico pátrio, de proibição expressa à realização dos denominados “vestibulinhos”. Argumenta, ainda, que a orientação contida no Parecer nº 26/2003, do Conselho Nacional de Educação, não permite a adoção de medidas administrativas por parte do Ministério da Educação, bem como que a responsabilidade para coibir a prática de “vestibulinhos” é do Estado de São Paulo.



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO
10ª VARA FEDERAL CÍVEL DE SÃO PAULO

Foi apresentada a réplica pelo Autor a fls. 745/771.

Após, o Ministério Público Federal requereu novas providências para verificação do cumprimento da antecipação da tutela (fls. 773/775).

A corré Congregação de Santa Cruz trouxe aos autos parecer proferido pelo renomado jurista Professor Doutor Carlos Ari Sundfeld (fls. 779/858).

As partes foram instadas a especificarem provas pela decisão de fl. 859.

A Fundação Visconde de Porto Seguro veio à fl. 861 manifestar-se esclarecendo que não tem provas a produzir, reservando-se, porém, o direito de acompanhar a produção e produzir contraprova.

A Fazenda do Estado de São Paulo requereu à fl. 862 o julgamento antecipado da lide, na forma dos artigos 330, inciso I, e 333, inciso I, ambos do Código de Processo Civil.

A Associação pela Família se manifestou às fls. 864/867, requerendo a produção das provas testemunhal e documental.

A Congregação de Santa Cruz peticionou às fls. 868/869 para requerer a produção de provas documental, oral e pericial de cunho psicológico.

O autor reiterou o pedido de antecipação da tutela em face da União e do Estado de São Paulo às fls. 871/872.

Por meio da r. decisão de fls. 875/883 foi concedida a antecipação da tutela judicial em relação à União e ao Estado de São Paulo.

O Ministério Público Federal vem à fl. 886 requerer a produção de prova testemunhal, cujo rol de testemunhas foi apresentado às fls. 1068/1069.

Houve a interposição de embargos de declaração pela União (fls. 912/917) e pela Congregação de Santa Cruz (fls. 919/923), sendo os primeiros acolhidos e os segundos rejeitados (fls. 940/945).

Posteriormente, o Estado de São Paulo também opôs embargos declaratórios (fls. 955/958), que foram rejeitados (fls. 960/961).



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO
10ª VARA FEDERAL CÍVEL DE SÃO PAULO

A corrê Congregação de Santa Cruz noticiou a interposição de agravo de instrumento perante o Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região (nº 2007.03.00.052264-1 - fls. 973/986), ao qual foi negado o pedido de efeito suspensivo (fls. 989/993). Posteriormente, o referido agravo foi convertido em retido (fls. 1211/1212).

Igualmente, houve notícia da interposição de agravo de instrumento pela União (nº 2007.03.00.082675-7 - fls. 1002 e 1011/1028), sendo que foi deferido o pedido de efeito suspensivo para afastar a aplicação da multa (fls. 1007/1009).

Após, o Ministério Público Federal requereu a juntada de Termo de Ajustamento de Conduta firmado com a corrê **Associação Pela Família** (fls. 1044/1049), que foi homologado por sentença deste Juízo, determinando-se a exclusão da mencionada parte do pólo passivo (fls. 1071/1077).

A União manifestou-se às fls. 1061/1062 para destacar que não tem provas a produzir, considerando tratar-se de matéria atinente às provas documentais, porém resguardando-se o direito de apresentar rol de testemunhas e assistente técnico, caso tais provas sejam deferidas.

Instadas as demais corrés para informarem se há interesse na solução do conflito pela via conciliatória, a Congregação de Santa Cruz manifestou-se contrariamente (fls. 1089/1090). Já o Estado de São Paulo e a União informaram que necessitam da minuta do Termo de Ajustamento de Conduta para ser submetida ao órgão competente (fls. 1087 e 1108/1109, respectivamente).

Nesse passo, o Ministério Público Federal trouxe aos autos a minuta de Termo de Ajustamento de Conduta (fls. 1114/1117), sobre o qual a União se manifestou à fl. 1149. O Estado de São Paulo apresentou a manifestação de fls. 1188/1209.

O Autor trouxe aos autos notícia do descumprimento da tutela antecipada pela corrê Congregação de Santa Cruz e requereu a aplicação de multa diária no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) – fls. 1213/1223.

Houve manifestação das partes Rés sobre a referida alegação (fls. 1230/1235, 1236/1244, 1248/1249, 1250/1252 e 1253).



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO
10ª VARA FEDERAL CÍVEL DE SÃO PAULO

Aberta vista dos autos ao Ministério Público Federal, sobreveio manifestação da Excelentíssima Senhora Procuradora da República (fls. 1282/1285).

O feito foi saneado às fls. 1290/1291, havendo o afastamento das preliminares arguidas, a fixação dos pontos controvertidos e o indeferimento das provas requeridas pelas partes.

A corrê Congregação de Santa Cruz noticiou a interposição dos agravos retido e por instrumento (nº 0017411-85.2010.403.0000) em face da mencionada decisão (fls. 1301/1307 e 1308/1326). O agravo de instrumento foi convertido em retido pela r. decisão de fls. 1356/1357.

Igualmente o corrê Estado de São Paulo informou a interposição de agravo de instrumento (nº 0018139-29.2010.403.0000 - fls. 1329/1352), no qual foi indeferida a suspensão da r. decisão agravada (fls. 1369/1372).

O Ministério Público Federal reiterou o pedido de imposição de multa à corrê Congregação de Santa Cruz em razão do descumprimento da tutela de urgência (fls. 1363/1364).

Contraminutas do Ministério Público Federal (fls. 1379/1381 e 1382/1385). Por fim, a decisão agravada foi mantida por seus próprios fundamentos à fl. 1386.

Às fls. 1397/1403 foi trasladada cópia do v. acórdão que deu parcial provimento ao agravo de instrumento interposto pela União (nº 2007.03.00.082675-7).

Esse é o resumo do essencial,

DECIDO.

II. Fundamentação

Trata-se de ação civil pública por meio da qual o Ministério Público Federal está a questionar a exigência da submissão de crianças à avaliação para acesso ao ensino fundamental.

II.a. Preliminares



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO
10ª VARA FEDERAL CÍVEL DE SÃO PAULO

As preliminares aduzidas foram afastadas por ocasião do despacho saneador e, de fato, não poderiam ser acolhidas.

Cuidando, pois, das condições da ação, repise-se que não merece amparo a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido, eis que a alegação de não ser possível o manejo de ação civil pública para a discussão de mérito, com fulcro na norma do artigo 1º, parágrafo único da Lei de Ação Civil Pública, não se aproveita uma vez que a educação configura direito constitucional indisponível, de modo que qualquer espécie de violação, ainda que por via oblíqua, deve ser coibida.

Segundo Egas Dirceu Moniz de Aragão “*sendo a ação o direito público subjetivo de obter a prestação jurisdicional, o essencial é que o ordenamento jurídico não contenha uma proibição para seu exercício; (...). Não havendo veto há possibilidade jurídica*”.²

Por sua vez, a alegação preliminar de ilegitimidade ativa do Ministério Público Federal não tem amparo, pois o artigo 129, inciso III, da Constituição da República é expresso ao incluir a ação civil pública dentre as funções do *Parquet*, *verbis*:

“Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

.....
III - promover o inquérito civil e a **ação civil pública**, para a **proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;**” (destacamos)

Além disso, a Lei Complementar nº 75, de 20.05.1993, que regulamenta a carreira dos membros do Ministério Público Federal, inseriu a proteção dos direitos constitucionais na norma do artigo 6º, inciso VII, dentre as atribuições conferidas à Instituição:

“Art. 6º Compete ao Ministério Público da União:

.....
VII - promover o inquérito civil e a ação civil pública para:

a) a proteção dos direitos constitucionais;

.....
c) **a proteção dos interesses** individuais indisponíveis, **difusos** e coletivos, relativos às comunidades indígenas, à família, à criança, ao adolescente, ao idoso, às minorias étnicas e ao consumidor; (...).” (destacamos)

A presente ação civil pública foi proposta com o objetivo de proteger os interesses individuais homogêneos das crianças que

² **Comentários ao Código de Processo Civil**. Vol. II, 7ª. edição, Forense, Rio de Janeiro, 1992, p. 560.



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO
10ª VARA FEDERAL CÍVEL DE SÃO PAULO

pretendem uma vaga nas escolas particulares para cursar o ensino fundamental e, ainda, os direitos fundamentais de toda a sociedade ao acesso à educação visando a garantir o desenvolvimento nacional como direito difuso ao cumprimento dos objetivos da República Federativa do Brasil.

Além disso, a jurisprudência das Cortes Superiores sedimentou o entendimento no sentido de reconhecer a legitimidade do Ministério Público Federal para promover ação civil pública visando à defesa de direitos individuais homogêneos, ainda que disponíveis e divisíveis, quando se verificar a relevância social objetiva do bem jurídico tutelado, como é o caso da educação. A legitimidade ministerial se funda no princípio da economia processual, já que a discussão travada nestes autos poderia gerar inúmeras demandas judiciais, com risco de decisões incongruentes.

Assim já se manifestou a Egrégia Segunda Turma do Colendo Superior Tribunal de Justiça nos termos do voto do Eminentíssimo Ministro HERMAN BENJAMIN, *verbis*:

“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. ALÍNEA “C” DO PERMISSIVO CONSTITUCIONAL. NÃO-DEMONSTRAÇÃO DA DIVERGÊNCIA. DIREITO A CRECHE E A PRÉ-ESCOLA DE CRIANÇAS ATÉ SEIS ANOS DE IDADE. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – ECA. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PRINCÍPIO DA INAFESTABILIDADE DO CONTROLE JURISDISSIONAL. LESÃO CONSUBSTANCIADA NA OFERTA INSUFICIENTE DE VAGAS.

1. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC.

2. Na ordem jurídica brasileira, a educação não é uma garantia qualquer que esteja em pé de igualdade com outros direitos individuais ou sociais. Ao contrário, trata-se de absoluta prioridade, nos termos do art. 227 da Constituição de 1988. A violação do direito à educação de crianças e adolescentes mostra-se, em nosso sistema, tão grave e inadmissível como negar-lhes a vida e a saúde.

3. O Ministério Público é órgão responsável pela tutela dos interesses individuais homogêneos, coletivos e difusos relativos à infância e à adolescência, na forma do art. 201 do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA.

4. Cabe ao Parquet ajuizar Ação Civil Pública com a finalidade de garantir o direito a creche e a pré-escola de crianças até seis anos de idade, conforme dispõe o art. 208 do ECA.

5. A Administração Pública deve propiciar o acesso e a frequência em creche e pré-escola, assegurando que esse serviço seja prestado, com qualidade, por rede própria.

6. De acordo com o princípio constitucional da inafestabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV, da CF), garantia básica do Estado Democrático de Direito, a oferta insuficiente de vagas em creches para crianças de zero a seis anos faz surgir o direito de ação para todos aqueles que se encontrem nessas condições, diretamente ou por meio de sujeitos intermediários, como o Ministério Público e entidades da sociedade civil organizada.

7. No campo dos direitos individuais e sociais de absoluta prioridade, o juiz não deve se impressionar nem se sensibilizar com alegações de conveniência



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO
10ª VARA FEDERAL CÍVEL DE SÃO PAULO

e oportunidade trazidas pelo administrador relapso. A ser diferente, estaria o Judiciário a fazer juízo de valor ou político em esfera na qual o legislador não lhe deixou outra possibilidade de decidir que não seja a de exigir o imediato e cabal cumprimento dos deveres, completamente vinculados, da Administração Pública.

8. Se um direito é qualificado pelo legislador como absoluta prioridade, deixa de integrar o universo de incidência da reserva do possível, já que a sua possibilidade é, preambular e obrigatoriamente, fixada pela Constituição ou pela lei.

9. Se é certo que ao Judiciário recusa-se a possibilidade de substituir-se à Administração Pública, o que contaminaria ou derrubaria a separação mínima das funções do Estado moderno, também não é menos correto que, na nossa ordem jurídica, compete ao juiz interpretar e aplicar a delimitação constitucional e legal dos poderes e deveres do Administrador, exigindo, de um lado, cumprimento integral e tempestivo dos deveres vinculados e, quanto à esfera da chamada competência discricionária, respeito ao *due process* e às garantias formais dos atos e procedimentos que pratica.

10. Recurso Especial não provido.

(RESP 200200699966, RECURSO ESPECIAL – 440502, por maioria, decisão em 15.12.2009, publ. DJE DATA:24/09/2010 LEXSTJ VOL.:00255 PG:00090, destacamos)

Por conseguinte, conforme já foi pontuado no despacho saneador, estão presentes os pressupostos processuais e as condições para o exercício do direito de ação, com a observância das garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, previstas no artigo 5º, incisos LIV e LV, da Constituição da República, razão por que é mister examinar o mérito.

Ademais, há que se processar e julgar a presente ação civil pública pois, como é sabido, o Código de Processo Civil privilegia o conceito instrumentalista da ação como direito ao provimento, norteando o direito à ação e ao processo sob a perspectiva da teoria da asserção, pois, do contrário, estar-se-ia prejudicando a efetiva garantia de acesso ao judiciário. Sobre o assunto, Cândido Rangel Dinamarco destaca que a opção do legislador visa a repelir a tendência à interpretação restritiva ao exercício do direito de ação: *“se fosse assim, não se chocaria com o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional alguma disposição legislativa que limitasse exageradamente a legitimidade “ad causam”, ou impusesse exigências rigorosas para a configuração do interesse de agir. Choca-se com a garantia constitucional a antiga jurisprudência que, pressupondo um irrestrito poder discricionário da Administração Pública, opunha isso como inviolável escudo que impedia de modo absoluto qualquer censura dos atos administrativos pelo mérito”*.⁽³⁾

Cabe registrar, também, os recursos de agravo de instrumento interpostos em face de decisões proferidas ao longo do trâmite do presente feito, todos distribuídos à Excelentíssima Senhora Relatora, Eminente Desembargadora Federal ALDA BASTO.

³ **Execução Civil**, 4ª. edição São Paulo, Malheiros, p. 371



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO
10ª VARA FEDERAL CÍVEL DE SÃO PAULO

1). Agravo de Instrumento nº 2005.03.075623-0, interposto pelo Colégio Sta. Cruz, em face da decisão concessiva da tutela antecipada para suspensão imediata dos vestibulinhos. A Eminente Desembargadora Federal Relatora decidiu que em razão de o “certame” já ter iniciado, criando expectativa de direito e gerando situação de fato de difícil reparo para as crianças e seus pais, a decisão deveria ser reconsiderada para autorizar o prosseguimento do “vestibularzinho” naquele ano (fls. 630/631).

2) Agravo de Instrumento nº 2005.03.00.077041-0, interposto pela Associação pela Família, em face da decisão concessiva da antecipação de tutela, sustentando que “não estaria subordinado à adoção de parecer do Conselho Nacional de Educação e por entender que a avaliação por ela efetuada não teria caráter de reprovação ou aprovação, servindo exclusivamente para como instrumento pedagógico”. A Eminente Desembargadora Federal Relatora ressaltou que a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei nº 9.394/96) em seu artigo 8º, parágrafo 1º, conferiu à União a coordenação da política nacional da educação, e, ainda, no artigo 9º, parágrafo 1º, previu, expressamente, a função normativa atribuída ao Conselho Nacional da Educação, não havendo assim que descurar-se do disposto no Parecer CNE/CEB nº 26/2003, mantendo assim a decisão agravada (fls. 385/386). Esse agravo foi convertido em retido.

3) Agravo de Instrumento nº 2007.03.00.052264-1, interposto pela Congregação Sta. Cruz em face da decisão fls. 940/945, proferida em sede de Embargos de Declaração, opostos em face da decisão concessiva da liminar proferida a fls. 875/883. A Excelentíssima Desembargadora Federal Relatora decidiu pela manutenção da referida decisão judicial, negando o efeito suspensivo nos termos da r. decisão cuja cópia veio a fls. 989/993. Esse recurso foi, posteriormente, convertido em agravo retido (fls. 1211/1212).

4) Agravo de Instrumento nº 2007.03.00.082675-7, interposto pela União Federal, em face da decisão de fls. 940/945, acima citada, para questionar a concessão de antecipação de tutela judicial e, especialmente, a imposição de multa diária. A Excelentíssima Senhora Desembargadora Federal Relatora manifestou-se no sentido de manter em parte a decisão judicial agravada, concedendo o pleiteado efeito suspensivo apenas para afastar a aplicação da pena de multa imposta à Agravante, nos termos da r. decisão cuja cópia veio a fls. 1007/1009 destes autos. Posteriormente, foi dado parcial provimento ao referido recurso, confirmando-se o efeito suspensivo anteriormente concedido à União.



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO
10ª VARA FEDERAL CÍVEL DE SÃO PAULO

5) Agravo de Instrumento nº 0017411.85.2010.403.00, interposto pela Congregação Sta. Cruz em face da decisão de fls. 1290/1291v, convertido em agravo retido (fls. 1356/1357).

6) Agravo de Instrumento nº 0018139-29.2010.403.0000, interposto pelo ESTADO DE SÃO PAULO, questionando a legitimidade do Ministério Público Federal e da União Federal, assim se manifestou: “(...) São irrenunciáveis a função normativa e fiscalizadora da União. Sem dúvida, há delegação de competência, porém, sem eximir a responsabilidade da União. Além disso, os aspectos da responsabilidade da União podem ser aferidos nos termos dos artigos 211 e §1º e 214 da Constituição Federal. Todas as diretrizes constitucionais, portanto, não permitem se excluir a União de demandas a envolver procedimentos e condutas educacionais, destinadas aos infantes, adotadas por algumas instituições estaduais ou municipais de ensino. No mais, verifico ser legítimo o interesse processual da União para discutir as questões atinentes à presente demanda judicial, pois eventual sentença a ser proferida nos autos poderá ser de molde a criar obrigação cujo ônus de cumprimento será imposto à União, dado o caráter supletivo de atuação dos demais entes públicos. Não vislumbro incompetência do Juízo Federal. (fls. 1369/1372).

Superadas, assim, as preliminares, pois estão presentes os pressupostos de desenvolvimento válido e regular do processo bem como as condições da ação, é preciso passar à análise do mérito.

II.b. Mérito

O Ministério Público Federal fundamenta o pleito deduzido em sua petição inicial na necessidade de observância do direito à educação, qualificado pela Constituição da República como direito social, pelos comandos de seu artigo 6º, bem como considerado um direito público subjetivo, conforme as regras esculpidas nos artigos 205 a 217 e 227 do texto constitucional.

O pedido insere-se na hipótese do artigo 330, inciso I, do Código de Processo Civil razão pela qual é imperioso passar ao julgamento antecipado da lide.

Pondera o Autor, forte nas premissas dos enunciados constitucionais citados, que a submissão das crianças à realização de



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO
10ª VARA FEDERAL CÍVEL DE SÃO PAULO

avaliações para ingresso no primeiro ano do ensino fundamental, também conhecidas como “vestibulinhos”, fere diretamente o direito ao acesso à educação, cuja proteção está a buscar por meio da presente ação civil pública.

Evidentemente, o tema educação está a merecer toda a atenção de uma sociedade comprometida com as gerações vindouras, até porque acaba por atingir outros temas do Pacto Social. Não obstante, a prestação judicial está limitada à lide, para a qual deve ser enunciada a norma jurídica aplicável, cabendo ao Poder Legislativo a honorável tarefa de legislar.

Há que se iniciar pelo registro de alguns “*Standards*” que serão observados para a adequada prestação do serviço judicial, de modo a não deixar margem às disputas acerca da possibilidade de interferência de posições sociológicas e ideológicas, que acabam por dar ensejo à insinuação apressada de ativismo judicial.

Registre-se, portanto, que os juízos de valor que direcionam esta sentença estão norteados pela consideração, observância e aplicação prática dos comandos constitucionais. Essa premissa é, de fato, condição para a prestação do serviço judicial. Entretanto, há que se enfatizar que serão observados especialmente os comandos do artigo 3º da Carta da República, de forma que a prestação jurisdicional não se apresente indolente à realidade nacional ou, muito pior, desprovida de validade em face do ordenamento jurídico como um todo coeso.

Não seria razoável, praticar o ofício de julgar em descompasso com os objetivos do País, ignorando que o exercício das respectivas funções pelo Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário deve estar comprometido com objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito que foram previamente definidos, emanados dos cidadãos, indicados e sacramentados em texto expreso no bojo da Constituição da República pela Assembléia Nacional Constituinte. São eles:

“Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO
10ª VARA FEDERAL CÍVEL DE SÃO PAULO

Passemos pois a desenvolver a fundamentação do dispositivo da sentença propriamente dito.

Discute-se no presente feito a abrangência do conceito de acesso à educação, especialmente no que diz respeito ao ensino fundamental, com o fito de verificar a possibilidade de ocorrência de dano ou restrição ao acesso à educação ou violação ao respeito, à dignidade ou à inviolabilidade psíquica e moral das crianças em razão da realização dos chamados vestibulinhos.

Assim, é necessário aferir a validade dos vestibulinhos para acesso à primeira série do ensino fundamental, cuja abordagem deve ser inserida no bojo das premissas da educação tal como delineadas no ordenamento jurídico nacional a partir da interpretação sistemática, teleológica e conforme a Constituição.

O Ministério Público Federal pede, em síntese, efetividade ao Parecer nº 23/2006 emanado do Conselho Nacional de Educação e homologado pelo Ministro da Educação, com a seguinte conclusão:

II – VOTO DA RELATORA

Nos termos da resposta enviada ao MEC e à vista do exposto neste Parecer, a avaliação para acesso à Educação Infantil e à primeira série do Ensino Fundamental não pode ter efeito classificatório, não se admitindo a reprovação ou os chamados “vestibulinhos”. Essa avaliação das crianças pela escola, quando efetuada, só se justifica pela necessidade de decidir em que etapa da sua organização curricular o aluno poderá ser melhor atendido, nesse momento de sua vida.

Quando a escola particular tiver uma procura de vagas maior do que a sua capacidade de atendimento, é muito importante que as famílias estejam perfeitamente cientes dos critérios que serão adotados no preenchimento das vagas existentes e, sempre que possível, é recomendável que sejam utilizados sistemas de sorteio, ordem cronológica de inscrição e outros do mesmo tipo, de modo a se evitar que uma criança pequena seja submetida, ainda que com a concordância dos pais, a qualquer forma de ansiedade, pressão ou frustração.

Brasília(DF), 29 de setembro de 2003.
Conselheira Sylvania Figueiredo Gouvêa – Relatora

III – DECISÃO DA CÂMARA
A Câmara de Educação Básica aprova por unanimidade o voto do Relator.

Sala das Sessões, em 29 de setembro de 2003.
Conselheiro Francisco Aparecido Cordão – Presidente



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO
10ª VARA FEDERAL CÍVEL DE SÃO PAULO

Não obstante, o que se extrai de todas as contestações apresentadas é um apelo veemente à desformalização, deslegalização e desregulamentação, para utilizarmos as palavras de Celso Fernandes Campilongo⁴. Tudo com o propósito de apartar o Estado, no caso os governos federal e estadual, do jogo de interesses. Alicerçando-se o raciocínio na máxima de que não há norma expressa proibindo os vestibulinhos, haver-se-ia de concluir que estes seriam permitidos. Porém essa conclusão é desprovida de fundamento jurídico válido e não resiste sequer a uma análise superficial se confrontada com os princípios constitucionais, que, na verdade, vedam a aplicação dessa prática ao ensino fundamental.

É interessante transcrever a lição de Campilongo quando afirma que:

“Deregulation’, traverte-se, então, de fórmula mágica de invalidação do direito estatal e das conquistas da cidadania liberal e social. Os grupos privados com maior poder de barganha e negociação políticas – algumas vezes, os “novos atores”; geralmente os velhos beneficiários de uma estratificação social iníqua – “flexibilizam” os ordenamentos e atribuem às normas, não raras vezes, significados absolutamente diversos dos originais. Essa substituição dos “controles políticos” pelo “autocontrole” não pode passar despercebida pelo Judiciário.”⁵

O conceito de vestibulinho é aberto, desprovido de significado, depende de interpretação que deverá ser realizada de forma sistemática e conforme a Constituição. Esse é o procedimento adequado para seja afastada a vagueza e a ambigüidade do termo, no sentido de se investigar se a prática pode ou não obter o seu ingresso válido no ordenamento jurídico, se observados os valores constitucionais.

Inicialmente, pode-se afirmar, no sentido literal e de acordo com os dicionários Aurélio, Houaiss, Michaelis e Aulete, que o adjetivo “vestibular” consiste em exame de admissão às escolas superiores, que dá acesso a cursos universitários e, ainda, configura concurso que compreende diversas provas para admissão em curso universitário ou ao primeiro ciclo de graduação. Segundo Aurélio Buarque de Holanda: “o concurso de admissão ao primeiro ciclo de graduação de um curso superior,

⁴. **“Os Desafios do Judiciário: Um Enquadramento Teórico”, in Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça**, organizador José Eduardo Faria. São Paulo. Malheiros, 1994, p. 47.

⁵. Idem. Ibidem, p. 37.



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO
10ª VARA FEDERAL CÍVEL DE SÃO PAULO

aberto aos candidatos que houverem concluído o curso do segundo grau, e destinado a avaliar o preparo de tais candidatos e sua aptidão intelectual”⁶.

Esse termo vem de “vestíbulo”, do latim “*vestibulu*”, que configura o átrio, o espaço entre a rua e a entrada do edifício ou, ainda, na anatomia, uma das cavidades do ouvido interno.

Veja-se, entretanto, que essa definição, denominada real, não se presta a traçar os exatos limites jurídicos da referida avaliação de crianças no que se refere à aferição de seu desenvolvimento para fins de acesso ao ensino fundamental.

De outro lado, poder-se-ia tentar uma definição analítica que forneça algum conteúdo, mediante a identificação das características dos vestibulinhos, porém também não seria apropriada. Isso porque, enquanto o vestibular se presta à avaliação de jovens e adultos, o vestibulinho configura uma avaliação, uma prova aplicável às crianças que buscam acesso ao ensino fundamental, sendo que seu objetivo é o mesmo: mensurar os conhecimentos dos candidatos. Todavia, ao traçar esse paralelo não se atribui validade à prática dos vestibulinhos, pois, embora seja legalmente possível aplicar provas aos jovens e aos adultos para ascenderem ao ensino superior, a mesma prática aplicada às crianças não encontra amparo legal.

Há que se partir, destarte, para uma tentativa de definição lingüística para se aferir a juridicidade dos vestibulinhos. Essa técnica de definição lingüística admite três espécies. Há que se afastar, desde logo, as duas primeiras espécies do gênero. A primeira, lexical, que na mesma vereda da definição real, peca por limitar-se à análise lexicológica do termo, que no caso teria de ser feita por meio da aplicação do grau diminutivo ao termo vestibular. A segunda espécie, estipulativa, da mesma forma, também não serviria ao Poder Judiciário para afirmar a validade dos vestibulinhos, pois por meio da qual se fixa, aprioristicamente, um uso novo para o termo. Ter-se-ia a aplicação derivada do termo vestibulinho às provas aplicáveis às crianças, por mera dedução, já que seria necessário partir do termo vestibular.

Passemos então à terceira espécie de definição lingüística na tentativa de avaliar o vestibulinho, por meio da chamada redefinição, conforme ensina Tércio Sampaio Ferraz Júnior⁷. Essa técnica

⁶. **Dicionário Aurélio**. Verbetes “vestibular”.

⁷. **Introdução ao Estudo do Direito**. São Paulo. Atlas, 1993, p. 37.



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO
10ª VARA FEDERAL CÍVEL DE SÃO PAULO

busca estabelecer um uso comum para termo vestibulinho dentro do sistema de normas à luz dos princípios constitucionais, impondo-se uma linguagem técnica jurídica sob o enfoque dogmático e não zetético.

Evidente que ao Poder Judiciário não seria adequado guiar-se pela linguagem conduzida pelo enfoque zetético, qual seja, aquele utilizado pelo Poder Legislativo. Isto porque o legislador, cuja função precípua é a inovação do ordenamento jurídico nacional, pode valer-se dos princípios e leis de todas as ciências e todas as nacionalidades, sem se comprometer com o arcabouço jurídico vigente, ainda que atento às limitações formais e materiais impostas pela Constituição.

Assim, ao Poder Judiciário resta avaliar apenas segundo o enfoque dogmático da definição lingüística, já que sua função é extrair a norma aplicável ao caso concreto do próprio ordenamento jurídico, preenchendo as lacunas, se existentes, segundo o sistema normativo aplicável, previamente estabelecido pelo Poder Legislativo. Assim procedendo será inevitável para a presente sentença enfrentar a vagueza e a ambigüidade do termo vestibulinho, o que se fará adiante.

Para obter a constatação de sua validade, como técnica de aferição de desenvolvimento e conhecimento das crianças que buscam acesso ao ensino fundamental, os vestibulinhos deveriam, imprescindivelmente, ser expressos por uma definição jurídica acomodável dentro do ordenamento jurídico nacional, dando forma a um modelo jurídico.

Entretanto, a lei contemplou apenas o conceito de vestibular, referido expressamente pelo artigo 44, inciso II, da Lei nº 9.394, de 20.12.1996, como “processo seletivo” imposto aos candidatos ao ensino superior. De conseguinte, há que se afastar a premissa, por absurda, de que se o processo seletivo vestibular aplica-se ao ensino superior, então, o processo seletivo “vestibulinho” seria aplicável às crianças em fase do ensino fundamental, para concluir-se que a prática de aplicação de avaliações, conhecidas por vestibulinho, não vale para o ordenamento jurídico brasileiro, pois seu substrato material não se coaduna com os princípios vetores e basilares da Constituição, razão por que o termo vestibulinho não encontra definição legítima no sistema jurídico nacional.

Por outro ângulo, não se vislumbra a possibilidade de esmiuçar o fenômeno dos vestibulinhos para acesso ao ensino fundamental dentro do ordenamento brasileiro, sem causar dano aos valores e princípios



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO
10ª VARA FEDERAL CÍVEL DE SÃO PAULO

constitucionais. Não existe espaço para a prática de aplicação de provas para acesso ao ensino fundamental pelo que a aplicação da definição dos vestibulinhos para essa finalidade não encontra amparo no texto da Constituição da República nem tampouco na legislação.

E isso se dá em razão desse procedimento contrariar os princípios constitucionais aplicáveis à educação. Insista-se que as demais técnicas de definição poderiam até mesmo explicitar o conteúdo e as características dos denominados vestibulinhos. Entretanto, a definição jurídica sob um enfoque dogmático não prescinde da demonstração do cerne jurídico do instituto sob análise, o qual, no presente caso, não se apresenta contido no sistema jurídico nacional. Daí a prática apresentar-se avessa ao tratamento sistemático e, por isso, desprovida de validade, até porque a Constituição federal, de fato, repele a prática dos vestibulinhos.

A análise da validade da aplicação de avaliações para a aferição do desenvolvimento de crianças que objetivam o ensino fundamental envolve a verificação, como ensina Norberto Bobbio, de sua pertinência ao ordenamento.

Esse crivo é realizado perante o binômio: segurança jurídica e justiça, valores cuja efetividade se busca pela observância dos princípios da legalidade e, de outra parte, da igualdade.

O valor segurança jurídica e o princípio da legalidade

A educação mereceu diversos destaques do constituinte. Inicialmente, a Constituição da República estabelece desde a redação original de seu artigo 6º, Título II - Dos Direitos e Garantias Fundamentais, Capítulo II - Dos Direitos Sociais, a educação como direito fundamental social, *verbis*:

Redação original Constituição da República 05.10.1998

“Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

Redação dada pela Emenda Constitucional nº 26, de 2000

“Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

Redação dada pela Emenda Constitucional nº 64, de 2010 (atual)



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO
10ª VARA FEDERAL CÍVEL DE SÃO PAULO

“Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

Já no Título VII – Da Ordem Social, Capítulo III - Da Educação, da Cultura e do Desporto, Seção I – Da Educação, foram fixadas as premissas do direito à educação nos termos dos artigos 205 a 214. Veja-se, que além de se tratar de direito fundamental foi reconhecida como “direito de todos” nos termos do artigo 205 da Constituição da República, *verbis*:

“Art. 205. 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”.

Há que se considerar, portanto, que a educação é informada pelo princípio da universalidade e configura obrigação do Poder Público destinada a todos. A sua prestação dar-se-á na forma de serviço público, o qual, não obstante configura dever do Estado, foi franqueado à iniciativa privada, na forma preconizada pelo artigo 209, da Constituição da República, *verbis*:

“Art. 209. O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições:

- I – cumprimento das normas gerais da educação nacional;
- II - autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público.”

Desse enunciado surge um conceito basilar da presente sentença, qual seja: o fato irrefutável de que as escolas privadas devem guiar-se pelo cumprimento das normas gerais da educação nacional e, além disso, submeterem-se à autorização, bem como à avaliação de qualidade pelo Poder Público.

Nem se diga, como quer a terceira Ré, que a atuação da rede particular tem caráter supletivo, com o fito de caracterizar uma situação excepcional apartada do regramento jurídico constitucional. Até porque a autorização de funcionamento concedida pelo Poder Público há que aferir se a escola está a observar estritamente as normas gerais da educação nacional, que, a partir da interpretação sistemática e teleológica evidencia norma que veda a realização de provas para acesso ao ensino fundamental.

Logo, considerando-se que a educação configura um direito fundamental dos cidadãos, verdadeiro direito público subjetivo a ser



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO
10ª VARA FEDERAL CÍVEL DE SÃO PAULO

evocado por todos, guiada pelo princípio da universalidade e, ainda, que se caracteriza como serviço público, obrigação do Estado, o qual deverá aparelhar-se para oferecer a sua prestação, que foi franqueada à iniciativa privada, na forma do artigo 209 da Constituição da República, há que se aferir se a realização dos vestibulinhos vai ao encontro dos preceitos constitucionais e legais que concedem suporte ao valor segurança jurídica e certeza do direito, na medida em que estão a evidenciar uma limitação ao direito de acesso ao ensino fundamental, sem suporte jurídico.

É indiscutível que tanto as escolas públicas quanto as privadas, bem como os Poderes constituídos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios deverão seguir estreitamente os princípios fixados pelo artigo 206 que estabelecem como deve ser ministrada a educação, *verbis*:

“Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;

II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber;

III - pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino;

IV - gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais;

V - valorização dos profissionais da educação escolar, garantidos, na forma da lei, planos de carreira, com ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, aos das redes públicas; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006)

VI - gestão democrática do ensino público, na forma da lei;

VII - garantia de padrão de qualidade.

VIII - piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública, nos termos de lei federal. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006)

Parágrafo único. A lei disporá sobre as categorias de trabalhadores considerados profissionais da educação básica e sobre a fixação de prazo para a elaboração ou adequação de seus planos de carreira, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. (Incluído pela EC nº 53, de 2006)

Interessa para o deslinde do feito aferir o alcance da diretriz constitucional estabelecida pelo referido inciso I do artigo 206 que impõe a observância da “*igualdade de condições para o acesso e permanência na escola*”.



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO
10ª VARA FEDERAL CÍVEL DE SÃO PAULO

Essa premissa da educação fixada pela Constituição da República conduz a atuação das pessoas públicas e privadas, pois configura a imposição de tarefas e comportamentos em face do cidadão no sentido de preservar o valor segurança no âmbito da educação. Conforme ensina Konrad Hesse, a ciência do direito constitucional configura ciência normativa, diferenciando-se da Sociologia e da Ciência Política, de forma que deve ser concretizada, assim, segundo Hesse:

*“a força normativa da Constituição não reside, tão-somente, na adaptação inteligente a uma dada realidade. A Constituição jurídica logra converter-se, ela mesma, em força ativa, que se assenta na natureza singular do presente (...) Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. **A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem**”⁸*
(destacamos)

É também indiscutível que a sistematização das regras da educação, por meio de lei nacional, elaborada pelo Congresso Nacional, deve ser observada pelas escolas públicas e privadas. Assim, considerando-se que o Poder Legislativo tem sua produção normativa limitada pela Constituição quanto à forma e ao conteúdo, a legislação sobre a educação há que obter o seu ingresso válido no ordenamento jurídico sem com ele conflitar.

O Legislador da União foi incumbido de fixar as “normas gerais da educação nacional”. Essas regras pertencem à esfera de competência da União em observância aos preceitos do artigo 24 da Constituição da República. Estão imbricadas, sob o aspecto hierárquico, imediatamente após os princípios constitucionais da educação e, nessa condição, insista-se, deverão ser observadas por todos os prestadores do serviço de ensino.

Pontue-se que é a União que possui a competência privativa para editar as normas gerais da educação nacional, restando aos Estados e ao Distrito Federal tão-somente a competência concorrente não-cumulativa ou suplementar, conforme expressamente consta do artigo 22, inciso XXIV, e 24, parágrafos 1º a 4º, da Constituição da República, *verbis*:

⁸. **A Força Normativa da Constituição**. Trad. Gilmar F. Mendes, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1991, p. 19.



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO
10ª VARA FEDERAL CÍVEL DE SÃO PAULO

**“Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:
(...)**

XXIV - diretrizes e bases da educação nacional;

.....
**Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar
concorrentemente sobre:**

(...)

**§ 1º - No âmbito da legislação concorrente, a competência da União
limitar-se-á a estabelecer normas gerais.**

§ 2º - A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui
a **competência suplementar dos Estados.**

§ 3º - Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a
competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.

§ 4º - A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a
eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.” (destacaos)

Anote-se que o exercício de competência suplementar pelos Estados e Distrito Federal autoriza, apenas, o atendimento de peculiaridades regionais, por meio da produção de normas emanadas da competência suplementar, que solucionem problemas e situações específicas, não previstas pelas normas gerais editadas pela União. Excluídas as peculiaridades regionais, no mais, é imperioso que se observe nos quatro cantos do País os termos das normas gerais de caráter nacional.

Neste ponto, não há que se considerar os vestibulinhos como problema local ou regional capaz de autorizar a edição de norma específica pela Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo.

Uma vez editadas as normas gerais, nenhum Estado, Município ou o Distrito Federal poderia desbordar de sua competência dispondo diferentemente do que foi estabelecido pela União.

Ora, o Congresso Nacional desincumbiu-se de sua função legislativa ao editar as normas gerais da educação nos termos da Lei nº 9.394, de 20.12.1996, que estabelece as Diretrizes e Bases da Educação Nacional, dispõe em seu artigo 1º, *verbis*:

“Art. 1º A educação abrange os processos formativos que se desenvolvem na vida familiar, na convivência humana, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos movimentos sociais e organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais.



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO
10ª VARA FEDERAL CÍVEL DE SÃO PAULO

§ 1º Esta Lei disciplina a educação escolar, que se desenvolve, predominantemente, por meio do ensino, em instituições próprias”.
(destacamos)

Os comandos estabelecidos pela Lei nº 9.394, de 20.12.1996, devem ser observados por todos os estabelecimentos de ensino, quer públicos quer privados, os quais deverão ministrar o ensino fundamental seguindo as máximas estabelecidas pelo Poder Legislativo da União.

O artigo 8º, parágrafos 1º e 2º, da Lei nº 9.394, de 20.12.1996, garantiu a liberdade de organização dos sistemas de ensino da seguinte forma, *verbis*:

“Art. 8º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão, em regime de colaboração, os respectivos sistemas de ensino.

Par. 1º - Caberá à União a coordenação da política nacional de educação, articulando os diferentes níveis e sistemas e exercendo a função normativa, redistributiva e supletiva em relação às demais instâncias educacionais.

Par. 2º - Os sistemas de ensino terão liberdade de organização nos termos desta Lei.

Ora, a referida liberdade de organização dos respectivos sistemas de ensino não significa que os Estados poderiam criar e realizar provas de acesso ao primeiro ano do ensino fundamental. O direito de organizar o seu próprio sistema de ensino vai ao encontro da exigência de observância aos princípios da eficiência e publicidade administrativas, insculpidos no artigo 37 do Texto Magno. São as duas faces da mesma moeda: eficiência e capacidade de organização, a qual não configura um direito relacionado à liberdade de alteração da forma de acesso no ensino fundamental, o qual caracteriza-se pela total ausência de obstáculos.

A divisão das tarefas, assim, foi estabelecida pelos artigos 9º a 11 da Lei nº 9.394, de 20.12.1996, cabendo à União a elaboração do Plano Nacional de Educação em colaboração com os Estados, o Distrito federal e os Municípios (art. 9º), restando a cada pessoa jurídica de direito público o dever de organizar, manter e desenvolver o seu sistema de ensino.



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO
10ª VARA FEDERAL CÍVEL DE SÃO PAULO

Por sua vez, os artigos 16 a 18 da mesma lei fixaram a divisão entre os sistemas de ensino. Interessa para o deslinde do feito destacar que o inciso III do artigo 17 incluiu “as instituições de ensino fundamental e médio criadas e mantidas pela iniciativa privada” no âmbito dos “sistemas de ensino dos Estados e do Distrito Federal”

Enfatize-se, mais uma vez, que daí não decorre que os Estados e o Distrito Federal poderão legislar plenamente sobre os seus sistemas, especialmente sobre o ensino fundamental, mas, isto sim, poderão apenas “baixar normas complementares para o seu sistema de ensino”, conforme estabelece o inciso V do artigo 10 da Lei nº 9.394, de 20.12.1996.

Evidentemente, devem prevalecer as normas gerais da União sobre a educação e os princípios da Lei nº 9.394, de 20.12.1996 e da Constituição da República, não restando aos Estados competência para legislarem autorizando expressamente a aplicação de avaliações às crianças para acesso à primeira série do ensino fundamental, sob pena de a prática causar prejuízo à coesão do sistema jurídico nacional.

A Lei nº 9.394, de 20.12.1996, denominada Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, em observância ao artigo 206 da Constituição estabeleceu os seguintes princípios aplicáveis à educação:

Art. 3º O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;

II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar a cultura, o pensamento, a arte e o saber;

III - pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas;

IV - respeito à liberdade e apreço à tolerância;

V - coexistência de instituições públicas e privadas de ensino;

VI - gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais;

VII - valorização do profissional da educação escolar;

VIII - gestão democrática do ensino público, na forma desta Lei e da legislação dos sistemas de ensino;

IX - garantia de padrão de qualidade;



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO
10ª VARA FEDERAL CÍVEL DE SÃO PAULO

X - valorização da experiência extra-escolar;

XI - vinculação entre a educação escolar, o trabalho e as práticas sociais”.

Nessa senda, as avaliações que condicionam o acesso das crianças ao ensino fundamental afiguram-se contrárias ao ordenamento pois acabam por maltratar a máxima da igualdade de acesso, na forma do artigo 206, inciso I do Texto Magno, e do artigo 3º, inciso I, da Lei nº 9.394, de 20.12.1996.

Além do mais, não se afigura plausível que a necessidade de aplicação de prova para acesso ao ensino fundamental possa ser considerada uma peculiaridade do Estado de São Paulo, pois, ainda que se fale em ausência de vagas suficientes, a solução nunca seria conduzida validamente pela prática de aplicação de provas às crianças, o que é vedado. Poder-se-iam criar outros mecanismos que não violassem o princípio da igualdade. Acrescentando-se que o suprimento de vagas para todas as crianças é atribuição conferida ao Poder Público.

Essas premissas foram confirmadas pela manifestação do Egrégio Plenário do Colendo Supremo Tribunal Federal, nos termos do voto da Insigne Ministro CARLOS VELLOSO, *verbis*:

“CONSTITUCIONAL. EDUCAÇÃO. LEI DE DIRETRIZES E BASES DA EDUCAÇÃO. LEI 9.394, DE 1996. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA CONCORRENTE: CF, ART. 24. COMPETÊNCIA ESTADUAL CONCORRENTE NÃO-CUMULATIVA OU SUPLEMENTAR E COMPETÊNCIA CONCORRENTE ESTADUAL CUMULATIVA.

I. - O art. 24 da CF compreende competência estadual concorrente não-cumulativa ou suplementar (art. 24, § 2º) e competência estadual concorrente cumulativa (art. 24, § 3º). Na primeira hipótese, existente a lei federal de normas gerais (art. 24, § 1º), poderão os Estados e o DF, no uso da competência suplementar, preencher os vazios da lei federal de normas gerais, a fim de afeiçoá-la às peculiaridades locais (art. 24, § 2º); na segunda hipótese, poderão os Estados e o DF, inexistente a lei federal de normas gerais, exercer a competência legislativa plena "para atender a suas peculiaridades" (art. 24, § 3º). Sobrevindo a lei federal de normas gerais, suspende esta a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário (art. 24, § 4º).

II. - A Lei 10.860, de 31.8.2001, do Estado de São Paulo foi além da competência estadual concorrente não-cumulativa e cumulativa, pelo que afrontou a Constituição Federal, art. 22, XXIV, e art. 24, IX, § 2º e § 3º.

III. - Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente, declarada a inconstitucionalidade da Lei 10.860/2001 do Estado de São Paulo”.

(Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3098, por maioria, 24.11.2005)



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO
10ª VARA FEDERAL CÍVEL DE SÃO PAULO

Registre-se, ainda, o mesmo entendimento pacificado pela manifestação do Egrégio Plenário do Colendo Supremo Tribunal Federal, nos termos do voto da Insigne Ministra CARMEN LÚCIA, *verbis*:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DISTRITAL N. 3.694, DE 8 DE NOVEMBRO DE 2005, QUE REGULAMENTA O § 1º DO ART. 235 DA LEI ORGÂNICA DO DISTRITO FEDERAL QUANTO À OFERTA DE ENSINO DA LÍNGUA ESPANHOLA AOS ALUNOS DA REDE PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL. AUSÊNCIA DE AFRONTA À CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.

1. Competência concorrente entre a União, que define as normas gerais e os entes estaduais e Distrito Federal, que fixam as especificidades, os modos e meios de cumprir o quanto estabelecido no art. 24, inc. IX, da Constituição da República, ou seja, para legislar sobre educação.

2. O art. 22, inc. XXIV, da Constituição da República enfatiza a competência privativa do legislador nacional para definir as diretrizes e bases da educação nacional, deixando as singularidades no âmbito de competência dos Estados e do Distrito Federal.

3. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente”.

(Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3669, Plenário, à unanimidade, 18.06.2007)

Logo, cabe aos Estados e ao Distrito Federal observar as limitações à sua competência normativa, sob pena de restar caracterizada ofensa ao princípio federativo e, ainda, desvio de poder das atividades normativas do Estado, cuja teoria foi aplicada pelo Plenário do Colendo Supremo Tribunal Federal, ao decidir a Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.667, por meio da qual acolheu a tese de que teria havido usurpação normativa por parte do Poder Legislativo do Estado de São Paulo ao estabelecer regramento que usurpou a competência da União para fixar as normas gerais da educação nacional.

A ementa do referido acórdão cai como luva ao presente caso, conforme redação do voto da Insigne Ministro CELSO DE MELLO, *verbis*:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEI DISTRITAL QUE DISPÕE SOBRE A EMISSÃO DE CERTIFICADO DE CONCLUSÃO DO CURSO E QUE AUTORIZA O FORNECIMENTO DE HISTÓRICO ESCOLAR PARA ALUNOS DA TERCEIRA SÉRIE DO ENSINO MÉDIO QUE COMPROVAREM APROVAÇÃO EM VESTIBULAR PARA INGRESSO EM CURSO DE NÍVEL SUPERIOR - LEI DISTRITAL QUE USURPA COMPETÊNCIA



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO
10ª VARA FEDERAL CÍVEL DE SÃO PAULO

LEGISLATIVA OUTORGADA À UNIÃO FEDERAL PELA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA - CONSIDERAÇÕES EM TORNO DAS LACUNAS PREENCHÍVEIS - NORMA DESTITUÍDA DO NECESSÁRIO COEFICIENTE DE RAZOABILIDADE - OFENSA AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE - ATIVIDADE LEGISLATIVA EXERCIDA COM DESVIO DE PODER - PLAUSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO - DEFERIMENTO DA MEDIDA CAUTELAR COM EFICÁCIA "EX TUNC". A USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA, QUANDO PRATICADA POR QUALQUER DAS PESSOAS ESTATAIS, QUALIFICA-SE COMO ATO DE TRANSGRESSÃO CONSTITUCIONAL.

- A Constituição da República, nas hipóteses de competência concorrente (CF, art. 24), estabeleceu verdadeira situação de condomínio legislativo entre a União Federal, os Estados-membros e o Distrito Federal (RAUL MACHADO HORTA, "Estudos de Direito Constitucional", p. 366, item n. 2, 1995, Del Rey), daí resultando clara repartição vertical de competências normativas entre essas pessoas estatais, cabendo, à União, estabelecer normas gerais (CF, art. 24, § 1º), e, aos Estados-membros e ao Distrito Federal, exercer competência suplementar (CF, art. 24, § 2º).

- A Carta Política, por sua vez, ao instituir um sistema de condomínio legislativo nas matérias taxativamente indicadas no seu art. 24 - dentre as quais avulta, por sua importância, aquela concernente ao ensino (art. 24, IX) -, deferiu ao Estado-membro e ao Distrito Federal, em "inexistindo lei federal sobre normas gerais", a possibilidade de exercer a competência legislativa plena, desde que "para atender a suas peculiaridades" (art. 24, § 3º). - Os Estados-membros e o Distrito Federal não podem, mediante legislação autônoma, agindo "ultra vires", transgredir a legislação fundamental ou de princípios que a União Federal fez editar no desempenho legítimo de sua competência constitucional e de cujo exercício deriva o poder de fixar, validamente, diretrizes e bases gerais pertinentes a determinada matéria (educação e ensino, na espécie).

- Considerações doutrinárias em torno da questão pertinente às lacunas preenchíveis. **TODOS OS ATOS EMANADOS DO PODER PÚBLICO ESTÃO NECESSARIAMENTE SUJEITOS, PARA EFEITO DE SUA VALIDADE MATERIAL, À INDECLINÁVEL OBSERVÂNCIA DE PADRÕES MÍNIMOS DE RAZOABILIDADE.** - As normas legais devem observar, no processo de sua formulação, critérios de razoabilidade que guardem estrita consonância com os padrões fundados no princípio da proporcionalidade, pois todos os atos emanados do Poder Público devem ajustar-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do "substantive due process of law". Lei Distrital que, no caso, não observa padrões mínimos de razoabilidade. **A EXIGÊNCIA DE RAZOABILIDADE QUALIFICA-SE COMO PARÂMETRO DE AFERIÇÃO DA CONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DOS ATOS ESTATAIS.**

- A exigência de razoabilidade - que visa a inibir e a neutralizar eventuais abusos do Poder Público, notadamente no desempenho de suas funções normativas - atua, enquanto categoria fundamental de limitação dos excessos emanados do Estado, como verdadeiro parâmetro de aferição da constitucionalidade material dos atos estatais. **APLICABILIDADE DA TEORIA DO DESVIO DE PODER AO PLANO DAS ATIVIDADES NORMATIVAS DO ESTADO.**



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO
10ª VARA FEDERAL CÍVEL DE SÃO PAULO

- A teoria do desvio de poder, quando aplicada ao plano das atividades legislativas, permite que se contenham eventuais excessos decorrentes do exercício imoderado e arbitrário da competência institucional outorgada ao Poder Público, pois o Estado não pode, no desempenho de suas atribuições, dar causa à instauração de situações normativas que comprometam e afetem os fins que regem a prática da função de legislar. A EFICÁCIA EX TUNC DA MEDIDA CAUTELAR NÃO SE PRESUME, POIS DEPENDE DE EXPRESSA DETERMINAÇÃO CONSTANTE DA DECISÃO QUE A DEFERE, EM SEDE DE CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO.

- A medida cautelar, em sede de fiscalização normativa abstrata, reveste-se, ordinariamente, de eficácia "ex nunc", "operando, portanto, a partir do momento em que o Supremo Tribunal Federal a defere" (RTJ 124/80). Excepcionalmente, no entanto, e para que não se frustrem os seus objetivos, a medida cautelar poderá projetar-se com eficácia "ex tunc", com conseqüente repercussão sobre situações pretéritas (RTJ 138/86), retroagindo os seus efeitos ao próprio momento em que editado o ato normativo por ela alcançado. Para que se outorgue eficácia "ex tunc" ao provimento cautelar, em sede de fiscalização concentrada de constitucionalidade, impõe-se que o Supremo Tribunal Federal expressamente assim o determine, na decisão que conceder essa medida extraordinária (RTJ 164/506-509, 508, Rel. Min. CELSO DE MELLO). Situação excepcional que se verifica no caso ora em exame, apta a justificar a outorga de provimento cautelar com eficácia "ex tunc".

(Medida Cautelar Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2667, por maioria, 19.06.2002, destaques no original)

As restrições práticas têm por objetivo conceder estabilidade ao ordenamento jurídico e, por conseguinte, ao Estado Democrático de Direito. Decorrem da noção de sistema visto como um conjunto de normas coordenadas e relacionadas entre si que se limitam reciprocamente. Assim, nas palavras de Tércio Sampaio Ferraz Junior: *“não é possível deixar de reconhecer, no complexo normativo, a presença do cerne fixo material representado pelos direitos fundamentais e sua prevalência sobre as demais normas, bem como a diferença entre normas”*.⁹

Esse esboço demonstra que é de rigor a observância do Parecer nº 26/2003, editado pelo Conselho Nacional de Educação e homologado pelo Ministro da Educação, que trata de dispor sobre o caráter inapropriado da aplicação dos vestibulinhos para acesso ao primeiro ano do ensino fundamental.

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional estabeleceu em seu artigo 8º, parágrafo 1º, que cabe à UNIÃO a

⁹. *“A Constituição, Sua Unidade e Aparente Conflito Interno”*, in *Direitos Tributário Atual Vol. 10*. São Paulo. IBDT e Resenha Tributária. 1990, p.2573/4.



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO
10ª VARA FEDERAL CÍVEL DE SÃO PAULO

coordenação da política nacional da educação. Além disso, previu a função normativa do Conselho Nacional da Educação. Assim, essas funções normativas e de fiscalização são da UNIÃO e não deixam de sê-lo em face à delegação estadual ou municipal.

E não poderia ser diferente, exatamente porque a vedação à realização dos vestibulinhos decorre do sistema e das escolhas principiológicas da Constituição da República e, por isso, deve ser observada para o ensino fundamental como um todo, já que se destina ao direito constitucional de pleno acesso à escola das crianças, cujo exercício não pode sofrer limitações.

É intransponível, nesse sentido, a regra expressa do artigo 24 da Lei nº 9.394, de 20.12.1996, ao estabelecer que não haverá avaliação classificatória na primeira série do ensino fundamental, *verbis*:

“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;

(...)”. (destacamos)

A regra é expressa e deve ser interpretada de forma sistemática em homenagem ao princípio da segurança jurídica. Daí não ser possível a estipulação de critérios de classificação para o ingresso no ensino fundamental, exatamente por contrariar a referida norma de lei expressa, que embora permita os processos classificatórios das crianças no ensino fundamental, proíbe-os para a primeira série.

Lembre-se, inclusive, que a Constituição da República dispõe em seu artigo 214 que será estabelecido por lei um plano nacional de educação objetivando, dentre outros princípios, a universalização do atendimento escolar, *verbis*:



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO
10ª VARA FEDERAL CÍVEL DE SÃO PAULO

“Art. 214. A lei estabelecerá o plano nacional de educação, de duração decenal, com o objetivo de articular o sistema nacional de educação em regime de colaboração e definir diretrizes, objetivos, metas e estratégias de implementação para assegurar a manutenção e desenvolvimento do ensino em seus diversos níveis, etapas e modalidades por meio de ações integradas dos poderes públicos das diferentes esferas federativas que conduzam a: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 59, de 2009)

I - erradicação do analfabetismo;

II - universalização do atendimento escolar;

III - melhoria da qualidade do ensino;

IV - formação para o trabalho;

V - promoção humanística, científica e tecnológica do País.

VI - estabelecimento de meta de aplicação de recursos públicos em educação como proporção do produto interno bruto. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 59, de 2009)”

Observando essa diretriz constitucional o Congresso Nacional editou a Lei nº 10.172, de 09.19.2001, para fixar Diretrizes do Ensino Fundamental, estabelecendo o Plano Nacional de Educação, que contem em seu item 2.2, a seguinte regra:

“O direito ao ensino fundamental não se refere apenas à matrícula, mas ao ensino de qualidade, até a conclusão”.

Assim, ao editar o Parecer nº 23/2006, homologado pelo Ministro da Educação, o Conselho Nacional de Educação, bem como as Câmaras de Educação Básica exerceram os seus misteres, até porque a discussão tem sede constitucional, posto que os princípios que delineiam a educação foram elevados à categoria de princípios constitucionais. Ademais, a lei nacional, editada pelo Poder Legislativo da União, atendeu estritamente aos comandos do Texto Magno.

De outra parte, também não se diga que os pareceres do Conselho Nacional de Educação teriam força vinculante somente em face das escolas do sistema de ensino federal, não havendo necessidade de as escolas, públicas e privadas dos sistemas estadual e municipal de ensino observarem os seus preceitos. Não se trata disso, pois a produção normativa atribuída Conselho Nacional de Educação tem âmbito e alcance nacional, conforme se apreende do teor da anterior Lei de Diretrizes Básicas da Educação, Lei nº 4.024, de 20.12.1961, que foi alterada pela Lei nº 9.131, de 1995, tendo sido revogada pela Lei nº 9.394, de 20.12.1996, permanecendo, porém, em vigor os seus artigos 6º a 9º.



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO
10ª VARA FEDERAL CÍVEL DE SÃO PAULO

Anote-se que dentre as competências atribuídas ao Conselho Nacional de Educação, estabelecidas pelo artigo 7º, *caput* e parágrafo 1º, da Lei nº 4.024, de 20.12.1961, incluem-se, especialmente, a possibilidade de exercer atribuições normativas, *verbis*:

“Art. 7º O Conselho Nacional de Educação, composto pelas Câmaras de Educação Básica e de Educação Superior, terá atribuições normativas, deliberativas e de assessoramento ao Ministro de Estado da Educação e do Desporto, de forma a assegurar a participação da sociedade no aperfeiçoamento da educação nacional. (Redação dada pela Lei nº 9.131, de 1995)

§ 1º Ao Conselho Nacional de Educação, além de outras atribuições que lhe forem conferidas por lei, compete:(Incluído pela Lei nº 9.131, de 1995)

a) subsidiar a elaboração e acompanhar a execução do Plano Nacional de Educação;(Incluída pela Lei nº 9.131, de 1995)

b) manifestar-se sobre questões que abrangem mais de um nível ou modalidade de ensino;(Incluída pela Lei nº 9.131, de 1995)

c) assessorar o Ministério da Educação e do Desporto no diagnóstico dos problemas e deliberar sobre medidas para aperfeiçoar os sistemas de ensino, especialmente no que diz respeito à integração dos seus diferentes níveis e modalidades;(Incluída pela Lei nº 9.131, de 1995)

d) emitir parecer sobre assuntos da área educacional, por iniciativa de seus conselheiros ou quando solicitado pelo Ministro de Estado da Educação e do Desporto;(Incluída pela Lei nº 9.131, de 1995)

e) manter intercâmbio com os sistemas de ensino dos Estados e do Distrito Federal;(Incluída pela Lei nº 9.131, de 1995)

f) analisar e emitir parecer sobre questões relativas à aplicação da legislação educacional, no que diz respeito à integração entre os diferentes níveis e modalidade de ensino;(Incluída pela Lei nº 9.131, de 1995)

g) elaborar o seu regimento, a ser aprovado pelo Ministro de Estado da Educação e do Desporto.(Incluída pela Lei nº 9.131, de 1995)”.

Como já destacado, muito embora o artigo 211 da Constituição da República assegure às pessoas políticas a organização de seus sistemas de educação, incluindo-se o ensino fundamental nos sistemas dos Estados e do Distrito Federal, daí não poderia decorrer norma limitadora da abrangência das normas gerais e nem tampouco da competência da União para legislar sobre elas, com força vinculante a todas as pessoas jurídicas de direito público

De outro ângulo, resta caracterizada a omissão da UNIÃO porque deixou de exercer suas atribuições para preservar a efetividade do Parecer nº 26/2003, e, ainda, porque silenciou e tem reiteradamente silenciado ao se deparar com o descumprimento reiterado da Constituição da República e da Lei nº 9.394, de 20.12.1996, na esfera da educação nacional.



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO
10ª VARA FEDERAL CÍVEL DE SÃO PAULO

Além disso, a legalidade é princípio basilar da atividade administrativa, consagrado no *caput* do artigo 37 do texto constitucional. Conforme enfatiza Celso Antonio Bandeira de Mello, o princípio da legalidade é fruto da submissão do Estado à lei, assim:

“Pretende-se através da norma geral, abstrata e por isso mesmo impessoal, a lei, editada, pois, pelo Poder Legislativo – que é o colégio representativo de todas as tendências (inclusive minoritárias) do corpo social -, garantir que a atuação do Executivo nada mais seja senão a concretização desta vontade geral”¹⁰

Dessa forma, se dá a completa e indiscutível submissão da Administração ao teor da lei, até porque é assegurado expressamente a todo o cidadão, nos termos do princípio da legalidade genérica, previsto no artigo 5º, inciso II da Constituição da República, que “ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Não se diga que vem da Administração a imposição ou proibição de comportamentos específicos às escolas particulares, mas, apenas e tão-somente, da lei. De modo que a proibição aos vestibulinhos decorre da lei e da Constituição da República tendo em vista a necessária eficácia de seu texto e seus preceitos.

Lembre-se que o artigo 209 da Constituição determina que as escolas privadas estão submetidas aos regramentos estabelecidos pelas normas gerais da educação. A atividade dessas instituições de ensino envolve a prestação de serviço público essencial. Ao comentar esse artigo, José Afonso da Silva esclarece que a educação foi elevada à categoria de serviço público essencial, tendo sido facultado à iniciativa privada sob condições e em posição secundária, já que a Constituição privilegia o ensino público, e acrescenta:

“o dispositivo declara livre o ensino à iniciativa privada, atendidas as condições ali indicadas. (...) Isso é assim porque o **ensino é um serviço público** que, por princípio, deve ser prestado pelo poder Público, mas se abre a possibilidade de sua prestação por estabelecimentos particulares, aliás, disseminados pelo território nacional. Mas o funcionamento desses estabelecimentos de ensino privado depende de autorização e de avaliação periódica de qualidade. Isso sequer é novidade, porque sempre foi assim, sempre houve inspetores de ensino junto às escolas privadas, para verificar

¹⁰ **Curso de Direito Administrativo.** São Paulo. Malheiros Editores, 2007, p.97.



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO
10ª VARA FEDERAL CÍVEL DE SÃO PAULO

se o ensino prestado correspondia às exigências da legislação do ensino”.¹¹
(destacamos)

É possível afirmar, portanto, que as escolas particulares que optaram por realizar provas de avaliação para limitar o acesso aos seus quadros de estudantes iniciantes do ensino fundamental, entendendo que estariam exercendo o legítimo direito de recusar crianças que não estivessem enquadradas em sua proposta pedagógica agiram de encontro ao ordenamento jurídico nacional, pois que deixaram de seguir o valor da segurança jurídica e certeza do direito que, por via obliqua, assegura às crianças o acesso e a permanência na escola.

Como mencionado acima, a educação deve ser oferecida a todos, caracterizando-se como serviço público a ser obrigatoriamente prestado pelo Estado e facultado aos particulares que poderão oferecê-lo mediante condições.

Ora, ao se considerar a educação como serviço público há que se considerá-la como atividade voltada ao interesse público, de tal forma que a sua prestação será norteadas pelos interesses sociais, ainda que exercida como atividade econômica pelos particulares com o intuito de lucro. Na verdade, a prestação do serviço de educação tem disciplina jurídica própria à qual estão vinculados todos os estabelecimentos de ensino privado.

Veja-se que, de certa forma, os argumentos dos Réus vão ao encontro desse raciocínio quando admitem tratar-se de relação contratual com os pais e alunos. Entretanto, pecam ao insistir na defesa de uma relação jurídica de direito privado, que pressupõe a não interferência do Estado, daí até mesmo chegam a pugnar pela ilegitimidade da União e do Estado de São Paulo para figurar no feito.

Destaque-se também que a afirmação da Ré no sentido de que “Não existe obrigação de oferecer vagas para todas as crianças.” é em parte verdadeira, porque a educação é dever do Estado, de modo que se existir uma só criança fora da escola, há que se responsabilizar o Estado e a família por isso. Não obstante, quando os particulares decidem optar pelo exercício do direito à prestação do

¹¹. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo. Malheiros Editores, p.794.



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO
10ª VARA FEDERAL CÍVEL DE SÃO PAULO

serviço de educação, não de fazê-lo em consonância com as regras do ordenamento jurídico, pois as escolas privadas são prestadoras do serviço público de educação, de forma supletiva, é verdade, mas não discriminatória.

De modo que, ao abrirem suas portas na condição de estabelecimento de ensino fundamental, as escolas privadas devem se nortear pelo ordenamento jurídico vigente o que implica a vedação aos atos discriminatórios, que em última análise caracterizam violação direta ao princípio constitucional da igualdade de acesso ao ensino fundamental.

Ainda sobre a caracterização da atividade como serviço público afirma Celso Antonio Bandeira de Mello:

“Certas atividades (consistentes na prestação de utilidade ou comodidade material) destinadas a satisfazer a coletividade em geral, são qualificadas como serviços públicos quando, em dado tempo e lugar, o Estado reputa que não convém relegá-las simplesmente à livre iniciativa; ou seja, que não é socialmente desejável fiquem tão só assujeitadas à fiscalização e controles que exerce sobre a generalidade das atividades privadas (fiscalização e controles estes que se constituem no chamado “poder de polícia”)”. (destaques no original)¹²

Ao classificar os serviços públicos segundo o Texto Magno, o professor Bandeira de Mello inclui a educação dentre aqueles serviços “de prestação obrigatória pelo Estado, mas sem exclusividade” e esclarece:

*“Há cinco espécies de serviços que o Estado não pode permitir que sejam prestados exclusivamente por terceiros, seja a título de atividade privada livre, seja a título de concessão, autorização ou permissão. São os serviços: 1) de educação; 2) de saúde; 3) de previdência social; 4) de assistência social e de 5) radiodifusão sonora e de sons e imagens, tudo conforme fundamentos constitucionais já indicados.”*¹³

Cuida-se, portanto a educação de atividade típica de interesse público exercida por particulares no interesse dos cidadãos. Disso decorre que o ato do dirigente da escola se sujeita à impetração de mandado de segurança, na forma do artigo 5º, inciso LXIX da Constituição da República, posto que estaria a proferir ato de

¹². **Curso de Direito Administrativo**. 23ª edição, São Paulo, Malheiros Editores, p. 651.

¹³. **Idem**. Ibidem, p. . 670.



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO
10ª VARA FEDERAL CÍVEL DE SÃO PAULO

autoridade, autorizado que fora pelo Estado a manusear funções públicas.

Por essa razão, assim decidiu o Egrégio Plenário do Colendo Supremo Tribunal Federal, conforme o voto do Eminentíssimo Ministro EROS GRAU, *verbis*:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 7.844/92, DO ESTADO DE SÃO PAULO. MEIA ENTRADA ASSEGURADA AOS ESTUDANTES REGULARMENTE MATRICULADOS EM ESTABELECIMENTOS DE ENSINO. INGRESSO EM CASAS DE DIVERSÃO, ESPORTE, CULTURA E LAZER. COMPETÊNCIA CONCORRENTE ENTRE A UNIÃO, ESTADOS-MEMBROS E O DISTRITO FEDERAL PARA LEGISLAR SOBRE DIREITO ECONÔMICO. CONSTITUCIONALIDADE. LIVRE INICIATIVA E ORDEM ECONÔMICA. MERCADO. INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA. ARTIGOS 1º, 3º, 170, 205, 208, 215 e 217, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.

1. É certo que a ordem econômica na Constituição de 1.988 define opção por um sistema no qual joga um papel primordial a livre iniciativa. Essa circunstância não legitima, no entanto, a assertiva de que o Estado só intervirá na economia em situações excepcionais.

2. Mais do que simples instrumento de governo, a nossa Constituição enuncia diretrizes, programas e fins a serem realizados pelo Estado e pela sociedade. Postula um plano de ação global normativo para o Estado e para a sociedade, informado pelos preceitos veiculados pelos seus artigos 1º, 3º e 170.

3. A livre iniciativa é expressão de liberdade titulada não apenas pela empresa, mas também pelo trabalho. Por isso a Constituição, ao contemplá-la, cogita também da "iniciativa do Estado"; não a privilegia, portanto, como bem pertinente apenas à empresa.

4. Se de um lado a Constituição assegura a livre iniciativa, de outro determina ao Estado a adoção de todas as providências tendentes a garantir o efetivo exercício do direito à educação, à cultura e ao desporto [artigos 23, inciso V, 205, 208, 215 e 217 § 3º, da Constituição]. Na composição entre esses princípios e regras há de ser preservado o interesse da coletividade, interesse público primário.

5. O direito ao acesso à cultura, ao esporte e ao lazer, são meios de complementar a formação dos estudantes.

6. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente.

(Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1950, por maioria, 03.11.2005)

A norma legal do vestibular para o ensino superior

A ausência de normas que disciplinam os vestibulinhos ou provas para acesso ao ensino fundamental não podem ser interpretadas como uma possibilidade de realização, como querem as Escolas rés.



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO
10ª VARA FEDERAL CÍVEL DE SÃO PAULO

Não se trata aqui de aplicar a máxima de que se não é proibido é permitido, por ausência de vedação legal, pois, na hipótese dos autos, a prática de aplicação de provas para o ensino fundamental alcança a esfera de direitos das crianças, limitando a garantia constitucional que lhes foi ofertada pelo legislador constituinte, bem como reduzindo o alcance da proteção legal do Estatuto da criança e do Adolescente e da Lei nº 9.394, de 20.12.1996.

Note-se que a aplicação dos concursos conhecidos como “vestibular” foi permitida no ordenamento nacional vigente anteriormente a partir de previsão legal expressa. Do contrário, estar-se-ia vedando acesso ao ensino.

Para tanto o legislador nacional editou Lei nº 5.540, de 28.11.1968, que estabeleceu em seus artigos 17 e 21, já revogados pela Lei nº 9.394, de 20.12.1996, a regulamentação da possibilidade de aplicação da referida prova de admissão nos cursos universitários nos seguintes termos:

(Artigos da Lei nº 5.540, de 28.11.1968 revogados pela Lei nº 9.394, de 20.12.1996)

“Art. 17. Nas universidades e nos estabelecimentos isolados de ensino superior poderão ser ministradas as seguintes modalidades de cursos:
(Revogado pela Lei nº 9.394, de 1996)

a) de graduação, abertos à matrícula de candidatos que hajam concluído o ciclo colegial ou equivalente e tenham sido classificados em concurso vestibular; (Regulamento) (Revogado pela Lei nº 9.394, de 1996)

b) de pós-graduação, abertos à matrícula de candidatos diplomados em curso de graduação que preencham as condições prescritas em cada caso;
(Revogado pela Lei nº 9.394, de 1996)

c) de especialização e aperfeiçoamento, abertos à matrícula de candidatos diplomados em cursos de graduação ou que apresentem títulos equivalentes; (Revogado pela Lei nº 9.394, de 1996)

d) de extensão e outros, abertos a candidatos que satisfaçam os requisitos exigidos. (Revogado pela Lei nº 9.394, de 1996)

.....
Art. 21. O **concurso vestibular**, referido na letra a do artigo 17, abrangerá os conhecimentos comuns às diversas formas de educação do segundo grau sem ultrapassar este nível de complexidade para avaliar a formação recebida pelos candidatos e sua aptidão intelectual para estudos superiores.
(Regulamento) (Revogado pela Lei nº 9.394, de 1996)



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO
10ª VARA FEDERAL CÍVEL DE SÃO PAULO

Parágrafo único. Dentro do prazo de três anos a contar da vigência desta Lei o concurso vestibular será idêntico em seu conteúdo para todos os cursos ou áreas de conhecimentos afins e unificado em sua execução, na mesma universidade ou federação de escolas ou no mesmo estabelecimento isolado de organização pluricurricular de acordo com os estatutos e regimentos. (Revogado pela Lei nº 9.394, de 1996)". (destacamos)

Entretanto, o mesmo não se dá com os chamados vestibulinhos para acesso ao ensino fundamental, pois não existe qualquer menção ou esboço de regulamentação para a sua aplicação nessa etapa da vida escolar.

Ora, o legislador nacional não descurou dos vestibulares para o ingresso no ensino superior, o que continuou a ser expressamente previsto pela Lei de Diretrizes Básicas da Educação em seu artigo 44. Isso porque a aplicação de tais concursos de ingresso foi considerada possível pelo Congresso Nacional, levando-se em conta especialmente a idade e o grau de instrução já alcançado pelos candidatos.

O mesmo não se dá, contudo, no que se refere ao acesso ensino fundamental, eis que o princípio constitucional do artigo 206, inciso I, do Texto Magno, seguido e materializado pelo legislador no artigo da Lei nº 9.394, de 20.12.1996, conduz à obrigatoriedade de oferecimento livre do ensino fundamental a todos os que dele necessitarem.

Assim, o fato de a escola ser privada não lhe retira o ônus de cumprir as diretrizes básicas da educação, ao contrário, deverá observar estritamente os preceitos nacionais da educação, sob pena de lhe ser retirada a licença de funcionamento.

De outra parte, resta evidenciado o despropósito dos vestibulinhos para acesso ao ensino fundamental, também no que se refere a ausência de qualquer disciplina quanto aos requisitos mínimos de sua aplicação, tais como: publicidade de datas de inscrição e oferecimento de resultados; disciplinas e áreas de conhecimento a serem perguntadas ou aferidas; tipos de provas, tais como: entrevista com Psicólogos, recreação coletiva ou isolada, dentre outras possibilidades que deveriam, se os vestibulinhos fossem possíveis para o ensino fundamental, ser delineadas pela lei nacional,



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO
10ª VARA FEDERAL CÍVEL DE SÃO PAULO

assim como o foram expressamente as diretrizes dos vestibulares para o ensino superior.

Financiamento da educação

Acrescente-se outra questão que também merece atenção para fins de padronização da prestação do serviço de educação pelas instituições privadas, qual seja: o financiamento da educação.

É de rigor considerar, para fins do julgamento da presente demanda que as escolas privadas podem receber recursos públicos decorrentes de repasse dos orçamentos das pessoas jurídicas de direito público, na forma preconizada pelo artigo 213 da Constituição da República, *verbis*:

“Art. 213. Os recursos públicos serão destinados às escolas públicas, podendo ser dirigidos a escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, definidas em lei, que:

I - comprovem finalidade não-lucrativa e apliquem seus excedentes financeiros em educação;

II - assegurem a destinação de seu patrimônio a outra escola comunitária, filantrópica ou confessional, ou ao Poder Público, no caso de encerramento de suas atividades.

§ 1º - Os recursos de que trata este artigo poderão ser destinados a bolsas de estudo para o ensino fundamental e médio, na forma da lei, para os que demonstrarem insuficiência de recursos, quando houver falta de vagas e cursos regulares da rede pública na localidade da residência do educando, ficando o Poder Público obrigado a investir prioritariamente na expansão de sua rede na localidade.”

A regulamentar essa regra a Lei de Diretrizes Básicas da Educação estabeleceu em seu artigo 77 o recebimento de recursos públicos será viabilizado às escolas que comprovem finalidade não lucrativa, *verbis*:

“Art. 77. Os recursos públicos serão destinados às escolas públicas, podendo ser dirigidos a escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas que:

I - comprovem finalidade não-lucrativa e não distribuam resultados, dividendos, bonificações, participações ou parcela de seu patrimônio sob nenhuma forma ou pretexto;” (destacamos)



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO
10ª VARA FEDERAL CÍVEL DE SÃO PAULO

O busfalis aqui recai sobre a possibilidade de recebimento de recursos públicos, os quais podem ser oferecidos às escolas privadas, muitas vezes em detrimento das públicas, cuja situação pelo Brasil afora não convém mencionar aqui, bastando para tanto que essas escolas comprovem os termos do inciso I do artigo 77, acima transcrito, ou seja, finalidade não lucrativa e a não distribuição de lucros, o que as colocaria na qualidade de escolas privadas comunitárias, confessionais ou mesmo filantrópicas.

Isso reforça ainda mais a necessidade de uma interpretação padronizada com os valores e princípios constitucionais, sob pena de o Poder Público financiar escolas privadas, com dinheiro público, as quais se recusam a observar os preceitos e normas da educação nacional, posto que estão a escolher as crianças que querem atender.

É interessante considerar ainda a regra da imunidade tributária das instituições de ensino, verdadeiro direito constitucional de não se ver alcançada pela tributação, na forma preconizada pelo artigo 150, inciso VI, letra “c” e parágrafo 4º, *verbis*:

“Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

.....
VI - instituir impostos sobre:

.....
c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei;

.....
§ 4º - As vedações expressas no inciso VI, alíneas "b" e "c", compreendem somente o patrimônio, a renda e os serviços, relacionados com as finalidades essenciais das entidades nelas mencionadas.” (destacamos)

A lei de normas gerais tributárias, denominada Código Tributário Nacional, Lei nº 5.172, de 25.10.1966, regulamenta a garantia constitucional da imunidade tributária das instituições de ensino nos termos de seu artigo 14, *verbis*:

“Art. 14. O disposto na alínea c do inciso IV do artigo 9º é subordinado à observância dos seguintes requisitos pelas entidades nele referidas:

I – não distribuírem qualquer parcela de seu patrimônio ou de suas rendas, a qualquer título; (Redação dada pela Lcp nº 104, de 10.1.2001)

II - aplicarem integralmente, no País, os seus recursos na manutenção dos seus objetivos institucionais;



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO
10ª VARA FEDERAL CÍVEL DE SÃO PAULO

III - manterem escrituração de suas receitas e despesas em livros revestidos de formalidades capazes de assegurar sua exatidão.

§ 1º Na falta de cumprimento do disposto neste artigo, ou no § 1º do artigo 9º, a autoridade competente pode suspender a aplicação do benefício.

§ 2º Os serviços a que se refere a alínea c do inciso IV do artigo 9º são exclusivamente, os diretamente relacionados com os objetivos institucionais das entidades de que trata este artigo, previstos nos respectivos estatutos ou atos constitutivos.

Veja-se, portanto, que as escolas privadas que se compatibilizarem com a regra do artigo 14 do Código Tributário Nacional, gozam da garantia constitucional de imunidade tributária e, ainda, poderão receber recursos públicos orçamentários, na forma do artigo 77 da Lei nº 9.394, de 20.12.1996.

Tudo isso demonstra mais uma vez a necessidade de se adequarem aos parâmetros estabelecidos pela Constituição da República e pelas normas gerais da educação nacional.

O valor justiça e o princípio da igualdade no âmbito da educação

Sob a abordagem do princípio da igualdade, com o fito de conceder efetividade ao valor justiça, a aplicação de provas para a avaliação de crianças que pretendem acesso ao ensino fundamental também maltrata seriamente as máximas constitucionais.

Essa constatação exsurge da simples interpretação das normas jurídicas vigentes no ordenamento nacional, cuja finalidade visa a evitar discrepâncias e idiosincrasias no trato do direito posto.

A importância da interpretação foi destacada pelo Colendo Supremo Tribunal Federal nos termos do voto do Eminentíssimo Ministro Marco Aurélio, conforme o excerto da ementa que ora transcrevemos:

“Interpretação. Carga Construtiva. Extensão. Se é certo que toda a interpretação traz em si carga construtiva, não menos correta exsurge a vinculação à ordem jurídico-constitucional. O fenômeno ocorre a partir das normas em vigor, variando de acordo com a formação profissional e humanística do intérprete. No exercício gratificante da arte de interpretar, descabe ‘inserir na regra de direito o próprio juízo - por mais sensato que seja - sobre a finalidade que “conviria” fosse por ela



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO
10ª VARA FEDERAL CÍVEL DE SÃO PAULO

perseguida - Celso Antônio Bandeira de Mello - em parecer inédito. Sendo o Direito uma ciência, o meio justifica o fim, mas não este àquele. Constituição. Alcance político. Sentido dos vocábulos. Interpretação. O conteúdo político de uma Constituição não é conducente ao desprezo do sentido vernacular das palavras, muito menos ao técnico, considerados institutos consagrados pelo Direito. Toda a ciência pressupõe a adoção de escorreita linguagem, possuindo os institutos, as expressões e os vocábulos que a revelam conceito estabelecido com a passagem do tempo, quer por força de estudos acadêmicos, quer, no caso do Direito, pela atuação dos Pretórios".
(Recurso Extraordinário no 166.772-9/RS, in Revista de Direito Tributário, volume 65, São Paulo, Malheiros Editores, grifamos)

Assim a aferição do tratamento igualitário, imprescindível à efetividade do valor justiça, dar-se-á necessariamente a partir da fixação de um critério legal de discriminação pelo legislador federal, o qual, no exercício de sua função, submete-se à competência que lhe foi constitucionalmente atribuída para criar normas gerais de educação nacional, por meio de lei.

Entenda-se que o referido “critério de discriminação” tem por objetivo a máxima de Rui Barbosa ao referir que a igualdade significa dispensar tratamento igualitário aos iguais e diferenciado aos demais, na medida de suas desigualdades.

Ora, o constituinte não autorizou desigualar as crianças que estão pleiteando uma vaga no primeiro ano do ensino fundamental. Portanto, não cabe nenhum tipo de critério discriminatório, muito menos criado à revelia do legislador.

De fato, elevado à categoria de cláusula pétrea o princípio da igualdade previsto no artigo 5º, inciso II, da Constituição da República seria suficiente para a regência do tratamento educacional isonômico.

Entretanto, o Poder Constituinte originário entendeu necessário expressar a regra da igualdade na educação para dissipar eventuais dúvidas no trato do ensino, de modo que inseriu o princípio da igualdade no artigo 206, inciso I, da Constituição da República, cujo alcance abarca todas as *relações jurídicas na área da educação* entre o Estado, as escolas privadas e os estudantes.

A interpretação sistemática permite extrair do princípio da igualdade a regra que veda a existência de discriminação



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO
10ª VARA FEDERAL CÍVEL DE SÃO PAULO

que acarrete, direta ou indiretamente, a violação do tratamento equânime. Nesse sentido, sob o ponto de vista constitucional há que se resguardar a garantia de igualdade de oportunidades.

A abordagem do princípio da igualdade sob o aspecto subjetivo conduz ao princípio da generalidade, o qual justamente repele quaisquer privilégios oferecidos de forma subjetiva, ou seja, privilegiando-se a pessoa, no caso das crianças, posto que a Constituição da República considera que se encontram em situação idêntica, qual seja, mesma idade e/ou mesmo ciclo de aprendizado.

Em síntese, é possível conceber o princípio da igualdade como regra intransponível imposta ao legislador ordinário que deverá, no exercício de seu mister, tratar com isonomia crianças em situações iguais, afastado, portanto, o critério discriminatório que afere o desenvolvimento e a adequação das crianças ao projeto pedagógico.

Daí resulta o critério objetivo a ser observado pelo legislador para cumprir a regra do tratamento isonômico, é dizer, a lei da educação, de uma parte, alcançará de modo igual a todos, porque essa é a face subjetiva da igualdade, regida pelo princípio da generalidade, e, de outra parte, resta como único critério objetivo de discriminação a idade das crianças.

Acrescente-se que no Título – Da Ordem Social - o Capítulo VII - Da Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso inclui o direito à educação nos seguintes termos:

Redação original Constituição da República 05.10.1998

“Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.”

**Redação dada pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010
(atual)**

“Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.”



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO
10ª VARA FEDERAL CÍVEL DE SÃO PAULO

O que se deve entender por dever de todos de assegurar educação à criança? Trata-se de garantir o seu acesso à escola no ensino fundamental, na medida em que essa fase de aprendizado é dedicada a uma das primeiras fases da formação escolar do ser humano, por essa razão não se afigura plausível perante a Constituição da República e a Lei nº 9.394, de 20.12.1996, estabelecer critério discriminatório nessa primeira etapa.

Entretanto, basta que se faça uma pesquisa rápida no sítio da Internet www.google.com.br para que se verifique que os vestibulinhos ainda têm sido utilizados como prática corriqueira em muitos Estados.

E, o pior, é possível encontrar fotos de crianças com seus pais e as explicações utilizadas para contornar o trauma do vestibulinhos. O dano é admitido por todos, mas, como alguns dos pais entrevistados afirmam, não haveria outro jeito. Sim, porque não há garantia de ingresso na escola escolhida para que seu filho curse o ensino fundamental. E não se trata ausência de vagas. O que os pais enfrentam e são obrigados a se submeter é todo um esquema para esconder de seus filhos que estes estão sendo submetidos a uma prova eliminatória, desclassificatória, que pode considerá-los não aptos, não classificados, não desenvolvidos, ou como afirma a Escola-ré, não adequados ao plano pedagógico. Veja-se o trecho da reportagem realizada pelo Portal WWW.g1.globo.com.br, no final de 2010:

“Escolas particulares do Rio e de São Paulo iniciaram a temporada de processo seletivo para que crianças entre 5 e 6 anos consigam uma vaga no ensino fundamental para o próximo ano. Conhecida como vestibulinho, a inscrição para as provas em instituições tradicionais pode passar de R\$ 200.

Depois de gastar mais de R\$ 300 nas inscrições de três escolas, a advogada “///” está preparando seu filho “///”, de seis anos, para fazer as provas.

“Acho que é necessário orientar a criança, trabalhar a parte emocional. Até porque essas provas são para eliminar mesmo. Eu gostaria que ele não precisasse fazer essa prova, mas não tem outro jeito”, contou ela.

“///” vai ser avaliado por três escolas tradicionais do Rio. “Apesar de ser caro, preferi garantir a inscrição em mais de uma escola. Porque



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO
10ª VARA FEDERAL CÍVEL DE SÃO PAULO

é muita pressão e não deixa de ser um processo seletivo”, acredita.”¹⁴.

Ora, não convém discutir se esse tipo de avaliação traz dano à criança, simplesmente porque, a Constituição da República proibiu enfaticamente o tratamento discriminatório àqueles que buscam o ensino fundamental. Da mesma forma, a Lei nº 9.394, de 20.12.1996, seguindo os ditames constitucionais, assegura, expressamente, a igualdade de acesso ao ensino fundamental, de modo que vedou, por via obliqua, a realização dos vestibulinhos.

A realização das provas de ingresso, muitíssimo conhecidas dos alunos que finalizam o ensino médio, o antigo colegial ou segundo grau, tem por objetivo não o tratamento equânime, mas, isto sim, o tratamento diferenciado, posto que as avaliações visam apontar aqueles dotados de maior conhecimento, seja por natureza ou seja porque foram agraciados com maiores oportunidades de desenvolvimento.

O que não se pode perder de vista é que os chamados vestibulares aplicados pelas universidades aos candidatos que finalizaram o ensino médio não vão de encontro aos princípios constitucionais, uma vez que lhes é garantida a autonomia na forma do artigo 207 do texto constitucional, *verbis*:

“Art. 207. As universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão.”

Além disso, as universidades obtiveram autorização expressa da Constituição e da lei para a realização dos chamados vestibulares, pois o Texto Magno prevê no inciso V de seu artigo 208 a garantia de aferição da capacidade de cada um para a ascensão aos níveis mais elevados do ensino. Veja-se:

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

(...)

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

¹⁴ <http://g1.globo.com/especiais/dia-das-criancas/noticia/2010/10/criancas-de-6-anos-comecam-se-preparar-para-o-vestibulinho.html>



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO
10ª VARA FEDERAL CÍVEL DE SÃO PAULO

Em atendimento a esse comando o legislador federal fez constar das normas gerais da educação, expressamente, a realização de processo seletivo, no artigo 44, inciso II e parágrafo único, da Lei nº 9.394, de 20.12.1996, *verbis*:

“Art. 44 – A educação superior abrangerá os seguintes cursos e programas:

(...)

II – de graduação, abertos a candidatos que tenham concluído o ensino médio ou equivalente e **tenham sido classificados em processo seletivo**;

(...)

Parágrafo único. Os resultados do processo seletivo referido no inciso II do caput deste artigo serão tornados públicos pelas instituições de ensino superior, sendo obrigatória a divulgação da relação nominal dos classificados, a respectiva ordem de classificação, bem como o cronograma das chamadas para matrícula, de acordo com os critérios para preenchimento das vagas constantes do respectivo edital.”
(destacamos)

Ora, o legislador autorizou expressamente a realização de provas de seleção para aferir os candidatos ao ensino superior. Procedeu com riqueza de detalhes, privilegiando, como não poderia deixar de ser, o princípio da publicidade. Sim, porque de outra forma a realização de provas de conhecimentos secretas, desprovidas de ampla divulgação pública dos resultados desafiaria, imediatamente, a impetração de *habeas data*, na forma do artigo 5º, inciso, da Constituição da República.

Daí a questão que se evidencia está relacionada à busca dos porquês de a lei geral não ter previsto a realização de avaliação de admissão para o ensino fundamental. E a resposta decorre exatamente do arcabouço de princípios constitucionais que visam à proteção das crianças, totalmente indefesas e desprovidas de desenvolvimento suficiente para compreender a concorrência, a competição. E, ainda que se considere a autorização dos pais, por eventualmente considerarem adequado ou até mesmo necessário submetê-las desde muito cedo a essa espécie de situação, a Constituição da República veda a exposição das crianças para fins de acesso ao ensino fundamental, materializando expressamente a máxima de que todos têm direito ao acesso, independentemente de provas prévias.

Voltando-se ao artigo 208, inciso V da Constituição da República, resta evidenciado que apenas e tão-



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO
10ª VARA FEDERAL CÍVEL DE SÃO PAULO

somente o acesso aos níveis mais elevados de ensino poderá ser precedido de avaliação a ser definida pelo legislador com o objetivo de aferir a capacidade de cada um, cuja mensuração poderá servir de instrumento jurídico para diferenciar os alunos, configurando verdadeiro *discrímén*, constitucionalmente estabelecido. Entretanto, o mesmo não se aplica ao acesso ao primeiro ano do ensino fundamental, pela simples razão de o constituinte ter considerado, de antemão, que a idade das crianças que ingressam no ensino fundamental, a saber: 06 (seis), em média, na maioria dos casos, como um impeditivo ao tratamento discriminatório, não podendo ser utilizado tampouco o grau de desenvolvimento ou conhecimento, pois ainda não lhes foi oferecido um conjunto mínimo de saber suficiente para que lhes seja exigido participar de competições eliminatórias para um fim garantido amplamente pelo texto magno: estudar.

Some-se a isso a regra do artigo 31 da Lei nº 9.394, de 20.12.1996, que proíbe sequer a utilização dos registros de desenvolvimento colhidos mediante avaliações aplicadas na educação infantil para fins de acesso ao ensino fundamental, *verbis*:

“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.”

Evidencia-se que o legislador nacional vedou o uso de quaisquer registros de desenvolvimento da criança, inclusive aqueles obtidos durante a educação infantil, para fins de acesso ao ensino fundamental, exatamente em atendimento a máxima da igualdade, afastado qualquer *discrímén*.

Ora, se é assim, a afirmação da Escola ré no sentido de que é possível rejeitar uma criança que não se amolde ao seu projeto pedagógico é discriminatória, pois vai de encontro à Constituição da República e à Lei nº 9.394, de 20.12.1996, que estão a vedar a eleição de critério de *discrímén* na hipótese.

Por conseguinte, a avaliação de que trata o artigo 31 tem como objetivo específico o auxílio ao desenvolvimento da criança e, conforme vedação expressa do Poder legislativo Federal, não deverá ter objetivo promocional “mesmo para o acesso ao ensino fundamental”.



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO
10ª VARA FEDERAL CÍVEL DE SÃO PAULO

Essa norma encontra-se em perfeita consonância com os princípios aplicáveis ao ensino, estabelecidos pelos incisos I e X do artigo 3º da Lei nº 9.394, de 20.12.1996, que vedam a discriminação de qualquer espécie no acesso ao ensino, inclusive, evidentemente, sob a forma de tratamento diferenciado àqueles que têm maior desenvolvimento intelectual ou social, simplesmente porque o ensino fundamental visa essencialmente à primeira formação do cidadão e, acrescente-se, deve ser pautado também pelo princípio do “respeito à liberdade e apreço à tolerância” indicado no inciso IV do mesmo artigo.

Assim, ao se deparar com o pedido de matrícula das crianças com diferentes níveis de desenvolvimento, tanto a escola pública quanto a privada, ao invés de fecharem as suas portas para aqueles desprovidos de condições de aprendizado anterior, deverão, isto sim, na forma do comando do inciso X, valorizar a experiência extra-escolar daqueles que revelaram ter tido essa oportunidade. Atendendo, assim, a todos, sem exceção, nos limites do número de vagas disponíveis.

Tudo isso, porque o processo avaliatório tem características próprias previamente definidas pela Ciência da Pedagogia. Nesse sentido, esclarece João do Rosário Lima:

“A avaliação escolar é um processo pelo qual se observa, se verifica, se analisa, se interpreta um determinado fenômeno (construção do conhecimento), situando-o concretamente quanto aos dados relevantes, objetivando uma tomada de decisão em busca da produção humana. Segundo Luckesi (1995).

O ato de avaliar tem, basicamente, três passos: Conhecer o nível de desempenho do aluno em forma de constatação da realidade. Comparar essa informação com aquilo que é considerado importante no processo educativo. (qualificação). Tomar as decisões que possibilitem atingir os resultados esperados. (p, 148).

(...)

Uma grande questão é que avaliar envolve valor, e valor envolve pessoas. Quando se avalia uma pessoa, se envolve por inteiro: o que se sabe, o que sente, o que se conhece desta pessoa, a relação que se tem com ela. E é esta relação que o professor acaba criando com seu aluno. Então, para que ele transforme essa sua prática, algumas concepções são extremamente necessárias.

*O sentimento de compromisso em relação àquela pessoa com quem está se relacionando e reconhecê-la como uma pessoa digna de respeito e de interesse.*¹⁵

¹⁵ <http://www.webartigos.com/artigos/a-importancia-da-avaliacao-no-ensino-fundamental/2952/>. Ver LUCKEZI, Cipriano G. **Avaliação da aprendizagem escolar**: SP. Cortez, 1.995



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO
10ª VARA FEDERAL CÍVEL DE SÃO PAULO

Conforme destaca Lima, avaliar conhecimentos em última análise envolve a mensuração da importância que se atribui às pessoas. Daí porque se destaca o caráter valorativo da avaliação prévia realizada pelas escolas.

Veja-se que a tarefa de avaliar tem objetivos predeterminados pela Ciência da Pedagogia. Por isso, a Constituição da República vedou a aplicação de provas no âmbito do ensino fundamental para fins de acesso. É que o legislador constituinte, já de posse dos conhecimentos desenvolvidos pela Pedagogia, cujo acesso lhe é permitido por meio da abordagem lingüística com enfoque zetético, limitado tão-somente aos contornos constitucionais, apreendeu a abrangência da carga psicológica valorativa que representa uma avaliação, em qualquer etapa da vida do ser humano, razão por que vedou a sua aplicação aos pequeninos, quando o objetivo contemplar finalidades classificatórias ou eliminatórias para acesso no ensino fundamental.

Ora, se não estão autorizadas as coletas de dados relativos à vida escolar dos pequeninos, oficialmente registrados, quanto mais a criação de dados, desprovidos de qualquer tipo de padronização que ofereça um mínimo de equanimidade. Porém é exatamente isso o que ocorre quando as escolas privadas resolvem instituir avaliações segundo as suas propostas pedagógicas, como se fosse tempo de a criança escolher o que aprender, considerando-se, como admitido pelas Rés que é a União que estabelece um currículo mínimo a ser seguido por todas as escolas.

Em síntese, a Constituição da República garantiu a exposição daqueles que pretendem ascender a níveis mais elevados de ensino às avaliações que aferem a capacidade de cada um, como verdadeiro critério constitucional de discrimen, que conduz ao tratamento equânime.

No que se refere, porém, ao ingresso ao primeiro ano do ensino fundamental, não há que se falar em critério constitucional de discrimen, uma vez que é garantido o acesso amplo e irrestrito, mediante a comprovação da idade e das séries já cursadas.



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO
10ª VARA FEDERAL CÍVEL DE SÃO PAULO

Esses fatores não configuram discriminação, mas simplesmente condição para o acesso.

Assim, considerando-se a expressa ausência de critério de discriminação e a garantia positivada no Texto Magno de igualdade de acesso, evidencia-se a regra de estatura constitucional de que as escolas privadas não podem criar um critério tendente a diferenciar as crianças.

Também não se aproveita, em razão do que foi já exposto, o argumento no sentido de que o parecer 26/2003 do Conselho Nacional de Educação só estaria a vedar as avaliações que tivessem caráter nitidamente punitivo. Ora, é difícil até mesmo imaginar qual seria o caráter punitivo de uma avaliação aplicada a uma criança, cujos pais a levaram àquela determinada escola com o sonho de vê-la ali estudando, sabendo que possuem condições de honrar o valor do contrato de prestação de serviço de ensino. Ora, não haveria razão para a negativa, que tem, por si só, um caráter punitivo.

Parece suficientemente danoso o fato de a escola recusar-se a admitir a criança, apoiada em critérios de discriminação não previstos na Constituição da República ou na lei.

Poder-se-ia, evidentemente, questionar se a criança tem condições de acompanhar o projeto pedagógico da escola escolhida pelos pais, seja pública ou privada. Porém esse problema coloca-se num segundo momento. Havendo sempre a possibilidade de realização de aulas de reforço ou quaisquer tipos de suporte para que a criança se adapte ao projeto pedagógico.

Da mesma forma, a escola poderia até mesmo realizar as tais provas para aferir o desenvolvimento da criança após a sua matrícula, com a finalidade de organizar as suas classes e quadros de aulas, identificar aqueles que de antemão precisarão de maior cuidado e acompanhamento. Enfim, o que não se pode admitir é a realização da prova com o objetivo de excluir, é dizer, com o fito de deixar do lado de fora aqueles considerados inadequados, pois a Constituição da República estabeleceu, com fundamento no princípio da igualdade, que nenhuma criança pode ser considerada inadequada



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO
10ª VARA FEDERAL CÍVEL DE SÃO PAULO

para o acesso ao ensino fundamental com base em seu desenvolvimento curricular.

Dito de outra forma, a prova acaba por escolher uma casta de alunos. Os melhores, evidentemente, segundo os padrões de cada escola que aplica as provas. Daí a afirmação das Escolas-rés no sentido de que as crianças devem estar aptas ao conteúdo programático oferecido. Acrescente-se, previamente aptas, o que configura um contra-senso sob o aspecto da igualdade de acesso imposta pelo Constituinte.

Por essa razão, destaca Regina Maria Fonseca Muniz ao tratar do direito à educação:

*“Do mesmo modo, respondem civilmente as escolas que recusam alunos injustificadamente, quando discriminam a entrada em seus estabelecimentos de portadores do vírus HIV, ou quando abusam das mensalidades escolares, dificultando, sobremaneira, a continuação do processo educativo, por descumprirem um dever constitucional”.*¹⁶

Veja-se que sob esse aspecto seria carente de suporte jurídico a prática dos conhecidos vestibulinhos para aferir as condições de desenvolvimento das crianças que pretendem cursar o ensino fundamental, pois qualquer espécie de prova nesse sentido iria de encontro ao princípio constitucional aplicável a educação segundo o qual é de ser assegurado a “*igualdade de condições para o acesso e permanência na escola*”, segundo os termos do artigo 206, inciso I, do Texto Magno.

É que a Constituição não autorizou nenhum critério discriminatório com base na capacidade de a criança adequar-se ao projeto pedagógico. Aliás, a premissa contrária é verdadeira. São as escolas, públicas e privadas, que devem oferecer “*pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas...*”. Todos têm o mesmo direito de acesso ao ensino fundamental, ninguém, nenhuma criança pode ser excluída.

¹⁶. **O Direito à Educação**. São Paulo. Renovar, 2002, p.191.



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO
10ª VARA FEDERAL CÍVEL DE SÃO PAULO

Como é possível coadunar-se a “*igualdade de condições para o acesso*” e a realização de provas totalmente desprovidas de padronização, preparadas de acordo com os respectivos projetos pedagógicos de cada escola. Estar-se-ia autorizando a desigualdade de condições para acesso fundamentada no conteúdo de cada projeto pedagógico. Isso é totalmente inconstitucional.

Outra questão, pontuada pela defesa, diz respeito ao fato de o processo avaliatório não causar ansiedade, daí porque não haveria razão para se considerá-lo uma prática danosa à criança como afirma o Ministério Público Federal.

A função da avaliação estaria voltada para a compreensão do desenvolvimento da criança. Entretanto, repita-se, a Constituição federal não autoriza quaisquer tipos de avaliação que visem oferecer tratamento diferenciado à criança, é dizer, não há suporte jurídico válido para o *discrímen* fundado no resultado do desenvolvimento infantil. Como já foi ressaltado, o espaço da criança e a sua condição perante as demais poderá ser objeto de aferição a posteriori, de forma a permitir que a escola enquadre o aluno recém matriculado na melhor sala de aula possível para o seu grau de desenvolvimento.

Também não se diga que a ansiedade está afastada do certame. Todos nós, operadores do direito, sabemos que as provas geram ansiedade, ainda que em grau mínimos. Exames finais, concursos públicos, vestibulares, enfim, é inerente a todo o tipo de prova certo nível de ansiedade, ainda que os familiares tentem auxiliar oferecendo apoio.

Por isso, não se afigura razoável deixar que a observância de um princípio constitucional de primeira grandeza, como a igualdade, fique submetido a uma correta condução psicológica da situação pelas famílias, de tal forma que, se os pais souberem como guiar e orientar a criança o estresse do tratamento discriminatório impingido poderia até mesmo ser minimizado. A contrário senso, seria o mesmo que atribuir o desrespeito ao princípio da igualdade aos pais, que supostamente teriam desencadeado o



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO
10ª VARA FEDERAL CÍVEL DE SÃO PAULO

problema pela sua conduta psicológica inapropriada, por exemplo, porque não teriam logrado esconder dos filhos o verdadeiro sentido eliminatório das provas de admissão no ensino fundamental. Essa interpretação esbarra no absurdo.

Não é por essa via que se dá a efetividade das normas constitucionais.

Qualquer violação a um princípio constitucional pressupõe dano ao cidadão. Portanto, a conclusão é simples quando se trata de aferir a possibilidade de dano às crianças por desrespeito ao princípio da igualdade de acesso ao ensino fundamental. A resposta só pode ser afirmativa.

Insista-se que o dano não está imbricado com o grau de vulnerabilidade de cada criança, nem tampouco depende dos esclarecimentos prestados aos pais e aos pequeninos. Por essa razão deu-se o indeferimento da realização de prova técnica de caráter psicológico, pela simples impossibilidade prática de o Juízo aferir a extensão do dano, cuja existência foi previamente pressuposta pela Constituição da República, o qual se caracteriza em dois momentos.

Inicialmente, deriva da imposição de submissão às regras da escola privada que não têm respaldo constitucional pois que estão a exigir, como condição de ingresso no ensino fundamental, a realização de prova. Num segundo momento, o dano decorre do sentimento de ver negada a condição de cidadão ao deparar-se com uma total incapacidade de reagir face ao resultado da avaliação, por meio da qual a escola privada qualifica uma criança e atribui a ela a razão de seu próprio insucesso, ou seja, a sua própria falta de capacidade para o ensino fundamental ou ausência de conhecimento prévio, excluindo-a por considerá-la incompatível com projeto pedagógico.

Por conseguinte, as manifestações da União e do Estado de São Paulo rogando pela própria ilegitimidade para figurar no presente feito hão de ser consideradas, no mínimo, não apropriadas, posto que estão a defender a sua própria omissão, negando o exercício do poder de polícia que lhes cabe por dever constitucional e, ainda, pedem para o Poder Judiciário federal esquecer



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO
10ª VARA FEDERAL CÍVEL DE SÃO PAULO

o caso por meio da rejeição liminar do pedido do Ministério Público Federal denegando-se o reconhecimento do exercício do direito à ação e, conseqüentemente, encerrando-se o processo sem manifestação de mérito, sem que se conceda oportunidade ao debate do assunto, reiterando décadas de descaso para com a responsabilidade do Estado-administração no trato da educação.

Trata-se de evidente omissão, especialmente se confrontada com os objetivos da República Federativa do Brasil, que tem por meta a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e a garantia do desenvolvimento nacional. Essas tarefas demandam o exercício das funções atribuídas ao Poder Público segundo as máximas constitucionais. Nesse contexto, o cuidado a ser dispensado à educação é determinante para o cumprimento de quaisquer objetivos nacionais.

Por conseguinte, a recusa, expressa, por parte do Poder Executivo da União, por seu Ministério da Educação, e do Estado de São Paulo, pela sua Secretaria Estadual de Educação, em coibir práticas contrárias à Constituição da República e a Lei de Diretrizes Básicas da Educação criadas pelas escolas particulares para escolher as crianças para os seus cursos de ensino fundamental, deve reparada pelo Poder Judiciário, a quem cabe coibir a prática ilícita da omissão.

Na verdade a omissão das Administrações federal e estadual acaba por colocar crianças em situação de risco quanto ao seus direitos de acessar em condição de igualdade o ensino fundamental, não podendo, para tanto, sequer ser considerado o registro de seu desenvolvimento durante a educação infantil, conforme estabelece a norma do artigo 31 da Lei nº 9.394, de 20.12.1996.

Diante dessa vedação e do silêncio da UNIÃO e do ESTADO DE SÃO PAULO, as escolas particulares elegeram outros controles de desenvolvimento, de forma totalmente aleatória, pois as avaliações vão ao encontro dos interesses das próprias escolas, que acabam por alardear que são as crianças que devem estar preparadas para as suas propostas pedagógicas e não o contrário.



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO
10ª VARA FEDERAL CÍVEL DE SÃO PAULO

Todas as crianças têm o direito de acesso ao ensino fundamental, não somente aquelas crianças que as escolas privadas entendem que têm direito após submetê-las a uma sabatina de qualquer espécie.

Além disso, a permanência na escola também é garantia constitucional, de modo que o sistema de avaliação regular do ensino fundamental poderá demonstrar, caso a caso, o desenvolvimento de cada criança, suas dificuldades, necessidades de reforço ou até mesmo interesse em transferência de escola, em função de outra proposta pedagógica.

Veja, é a criança que escolhe a escola para cursar o ensino fundamental e não a escola que escolhe a criança.

Até porque, a distinção gritante entre as camadas sócio-econômicas neste País já é, por si só e naturalmente, motivo de lamento, discriminação e negação dos objetivos fundamentais de igualdade e justiça.

Uma última palavra, acerca do necessário tratamento igualitário a ser dispensado às crianças, pode ser colhida dos idos de 1657 nas escritas por João Amós Comênio, na “Didactica Magna”, ao tratar do Capítulo XII – “As Escolas Podem ser Reformadas”, pontuando:

“18. Eis que nos oferece a ocasião para fazer algumas advertências acerca das diferenças das inteligências: umas são penetrantes e outras obtusas, umas são maleáveis e dóceis, e outras duras e obstinadas; umas são, de si mesmas inclinadas para as letras, e outras deleitam-se em ocupações mecânicas. Destes três grupos de dois, resulta que há seis espécies de inteligências. (...)”

25. O resumo do que foi dito encontra-se na seguinte sentença de Plutarco: “Não está nas mãos de ninguém que os seus filhos nasçam com estas ou aquelas qualidades; mas, que se tornem bons por meio de uma boa educação, está em nosso poder”. (...)”

26. Que seja possível instruir, educar e formar todos os jovens, de índole tão diversa, com um só e o mesmo método, demonstram-no estas quatro razões: 27. Primeira: todos os homens devem ser dirigidos para os mesmos fins – a sabedoria, a moral e a perfeição. 28. Segunda: embora dotados de inteligências diversas, todos os homens têm a mesma natureza humana (...)”



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO
10ª VARA FEDERAL CÍVEL DE SÃO PAULO

(...) Por fim, digo que o melhor momento para remediar as deficiências e os excessos das inteligências, é quando elas são novas...”.¹⁷

Por essa razão, para que todas as crianças tenham oportunidade, após quase quatrocentos anos, a Constituição federal houve por bem continuar garantindo a igualdade de acesso e permanência na escola aos pequeninos, às crianças, as quais têm direito constitucional a receber um mínimo de conhecimento para que alcancem um estágio básico de desenvolvimento.

Ao não controlar a atuação discriminatória das escolas privadas, restou caracterizada a omissão da Administração federal e do Estado de São Paulo.

1) Declaração de existência de eficácia nacional das normas e deliberações do Conselho Nacional de Educação

A anterior Lei de Diretrizes Básicas da Educação, Lei nº 4.024, de 20.12.1961, foi alterada pela Lei nº 9.131, de 1995, tendo sido revogada pela Lei nº 9.394, de 20.12.1996, permanecendo, porém, em vigor os seus artigos 6º a 9º.

De seu artigo 6º extrai-se que o Ministério da Educação exerce as atribuições gerais em matéria de educação e será auxiliado pelo Conselho Nacional de Educação, *verbis*:

“Art. 6º O Ministério da Educação e do Desporto exerce as atribuições do poder público federal em matéria de educação, cabendo-lhe formular e avaliar a política nacional de educação, zelar pela qualidade do ensino e velar pelo cumprimento das leis que o regem. (Redação dada pela Lei nº 9.131, de 1995)

§ 1º No desempenho de suas funções, o Ministério da Educação e do Desporto contará com a colaboração do Conselho Nacional de Educação e das Câmaras que o compõem. (Incluído pela Lei nº 9.131, de 1995)”

Logo, se o legislador nacional estabeleceu a competência do Ministério da Educação e do Conselho Nacional de Educação em caráter nacional, seria de pouca valia a manifestação do

¹⁷ *Didáctica Magna. Original 1627 a 1657. Fundação Calouste Gulbenkian. 3ª edição, Lisboa, 1957, p. 173, 176 a 178.*



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO
10ª VARA FEDERAL CÍVEL DE SÃO PAULO

Poder Judiciário federal sobre o assunto, a não ser que, como se verifica na prática, esteja havendo desrespeito aos regramentos pelo órgão de Administração Nacional da Educação.

Não se afigura plausível que regramentos de nível inferior se coloquem contra a Constituição da República ou em face da lei nacional, como a Lei nº 9.394, de 20.12.1996.

Além disso, também não seria caso de sequer cogitar a atuação discricionária da Administração Pública, posto que o Texto Magno estabelece, expressamente, que o ensino pode ser facultado á iniciativa privada mediante controle e avaliação.

Destaque-se a manifestação da Egrégia Primeira Turma do Colendo tribunal Superior de Justiça, nos termos do voto do Insigne Ministro Luiz Fux, atual membro da Colenda Suprema Corte, *verbis*:

“ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. LEGITIMATIO AD CAUSAM DO PARQUET. ART. 127 DA CF/88. ARTS. 7.º, 200, e 201 DO DA LEI N.º 8.069/90. DIREITO À CRECHE EXTENSIVO AOS MENORES DE ZERO A SEIS ANOS. NORMA CONSTITUCIONAL REPRODUZIDA NO ART. 54 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. NORMA DEFINIDORA DE DIREITOS NÃO PROGRAMÁTICA. EXIGIBILIDADE EM JUÍZO. INTERESSE TRANSINDIVIDUAL ATINENTE ÀS CRIANÇAS SITUADAS NESSA FAIXA ETÁRIA. CABIMENTO E PROCEDÊNCIA.

1. O Ministério Público está legitimado a defender os interesses transindividuais, quais sejam os difusos, os coletivos e os individuais homogêneos.

(...)

9. O direito constitucional à creche extensivo aos menores de zero a seis anos é consagrado em norma constitucional reproduzida no art. 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8.069/90): "Art. 54. É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente: I - ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria; II - progressiva extensão da obrigatoriedade e gratuidade ao ensino médio; III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência preferencialmente na rede regular de ensino; IV - atendimento em creche e pré-escola às crianças de (zero) a 6 (seis) anos de idade."

10. Releva notar que uma Constituição Federal é fruto da vontade política nacional, erigida mediante consulta das expectativas e das possibilidades do que se vai consagrar, por isso que cogentes e eficazes suas promessas, sob pena de restarem vãs e frias enquanto letras mortas no papel. 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



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO
10ª VARA FEDERAL CÍVEL DE SÃO PAULO

da nação sejam relegados a segundo plano. Prometendo o Estado o direito à creche, cumpre adimpli-lo, porquanto a vontade política e constitucional, para utilizarmos a expressão de Konrad Hesse, foi no sentido da erradicação da miséria intelectual que assola o país. O direito à creche é consagrado em regra com normatividade mais do que suficiente, porquanto se define pelo dever, indicando o sujeito passivo, in casu, o Estado.

11. Consagrado por um lado o dever do Estado, revela-se, pelo outro ângulo, o direito subjetivo da criança. Conseqüentemente, em **função** do princípio da inafastabilidade da jurisdição consagrado constitucionalmente, a todo direito corresponde uma ação que o assegura, sendo certo que todas as crianças nas condições estipuladas pela lei encartam-se na esfera desse direito e podem exigí-lo em juízo. A homogeneidade e transindividualidade do direito em foco enseja a propositura da ação civil pública.

12. A determinação judicial desse dever pelo Estado, não encerra suposta ingerência do judiciário na esfera da administração. Deveras, não há discricionariedade do administrador frente aos direitos consagrados, quiçá constitucionalmente. Nesse campo a atividade é vinculada sem admissão de qualquer exegese que vise afastar a garantia pética.

13. Um país cujo preâmbulo constitucional promete a disseminação das desigualdades e a proteção à dignidade humana, alçadas ao mesmo patamar da defesa da Federação e da República, não pode relegar o direito à **educação** das crianças a um plano diverso daquele que o coloca, como uma das mais belas e justas garantias constitucionais.

14. Afastada a tese descabida da discricionariedade, a única dúvida que se poderia suscitar resvalaria na natureza da norma ora sob enfoque, se programática ou definidora de direitos. Muito embora a matéria seja, somente nesse particular, constitucional, porém sem importância revela-se essa categorização, tendo em vista a explicitude do ECA, inequívoca se revela a normatividade suficiente à promessa constitucional, a ensejar a acionabilidade do direito consagrado no preceito educacional.

15. As meras diretrizes traçadas pelas políticas públicas não são ainda direitos senão promessas de *lege ferenda*, encartando-se na esfera insindicável pelo Poder Judiciário, qual a da oportunidade de sua implementação.

16. Diversa é a hipótese segundo a qual a Constituição Federal consagra um direito e a norma infraconstitucional o explicita, impondo-se ao judiciário torná-lo realidade, ainda que para isso, resulte obrigação de fazer, com repercussão na esfera orçamentária.

17. Ressoa evidente que toda imposição jurisdicional à Fazenda Pública implica em dispêndio e atuar, sem que isso infrinja a harmonia dos poderes, porquanto no regime democrático e no estado de direito o Estado soberano submete-se à própria justiça que instituiu. Afastada, assim, a ingerência entre os poderes, o judiciário, alegado o malferimento da lei, nada mais fez do que cumpri-la ao determinar a realização prática da promessa constitucional.

18. O direito do menor à freqüência em creche, insta o Estado a desincumbir-se do mesmo através da sua rede própria. Deveras, colocar um menor na fila de espera e atender a outros, é o mesmo que tentar legalizar a mais violenta afronta ao princípio da isonomia, pilar não só da sociedade democrática anunciada pela Carta Magna, mercê de ferir de morte a cláusula de defesa da dignidade humana.

(...)

21. Recurso especial provido.



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO
10ª VARA FEDERAL CÍVEL DE SÃO PAULO

(RECURSO ESPECIAL – 736524; à unanimidade, decisão em 21.03.2006, DJ DATA:03/04/2006 PG:00256, destacamos)

Dessa forma, há que ser assegurada a eficácia nacional das normas e deliberações do Conselho Nacional de Educação, especificamente do Parecer nº 23/2006, que concluiu pela impossibilidade de utilização dos vestibulinhos como critérios de admissão de crianças para o primeiro ano do ensino fundamental.

2) Condenação da União e dos Estados à obrigação de fazer

Evidentemente, o Estado-Administração nas esferas federal e estadual não lograram se desincumbir de suas funções.

Segundo a norma do artigo 211 da Constituição da República, foi imposta à União e aos Estados a obrigação de atuarem “em regime de colaboração” de forma a organizar os seus sistemas de ensino, *verbis*:

Art. 211. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão em regime de colaboração seus sistemas de ensino.

(Parágrafo acrescido pela Emenda Constitucional nº 14, de 1996)

§ 4º Na organização de seus sistemas de ensino, os Estados e os Municípios definirão formas de colaboração, de modo a assegurar a universalização do ensino obrigatório. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 14, de 1996)

(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 59, de 2009)

§ 4º Na organização de seus sistemas de ensino, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios definirão formas de colaboração, de modo a assegurar a universalização do ensino obrigatório. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 59, de 2009)

Por conseguinte, deverão, conjuntamente fazer valer o princípio da prevalência do interesse público sobre o interesse privado, especialmente no que diz respeito à atuação no sentido de fazer cumprir as suas normas, pois, em última análise, o interesse público no presente caso envolve o interesse das crianças. Observe-se que a regra do caput do artigo 214 do Texto Magno estabelece ações integradas dos poderes públicos, *verbis*:



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO
10ª VARA FEDERAL CÍVEL DE SÃO PAULO

“Art. 214. A lei estabelecerá o plano nacional de educação, de duração decenal, com o objetivo de articular o sistema nacional de educação em regime de colaboração e definir diretrizes, objetivos, metas e estratégias de implementação para assegurar a manutenção e desenvolvimento do ensino em seus diversos níveis, etapas e modalidades por meio de ações integradas dos poderes públicos das diferentes esferas federativas que conduzam a: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 59, de 2009)”

Entretanto, as manifestações da União e do Estado de São Paulo estão a demonstrar que, simplesmente, recusam o poder-dever que lhes foi atribuído pela Constituição e pela Lei nº 9.394, de 20.12.1996. Dessa forma, há que se determinar que cumpram o seu mister no sentido de fazerem cumprir o ordenamento jurídico nacional.

A União deverá proceder à divulgação, em caráter nacional, das normas que vedam a prática de avaliação por meio dos chamados vestibulinhos para acesso ao primeiro ano do ensino fundamental.

O Estado de São Paulo, por sua vez, deverá proceder à normatização que lhe cabe, sem contudo, desbordar dos limites que lhe foram estabelecidos pelos artigos 24 e 211 da Constituição da República. De modo que deverá observar os regramentos estabelecidos pelo Conselho Nacional de Educação, especificamente do Parecer nº 23/2006.

Nesse exato sentido, destaque-se a manifestação da Egrégia Primeira Turma do Colendo Superior Tribunal de Justiça, nos termos do voto-vista do Eminentíssimo Ministro LUIZ FUX, atual membro do Colendo Supremo Tribunal Federal, *verbis*:

“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. AFASTAMENTO DA IMPOSIÇÃO DA MULTA DIÁRIA. JULGAMENTO ULTRA PETITA. OCORRÊNCIA.

1. O Pedido de Obrigação de Fazer em face da Fazenda Pública deve vir acompanhado da medida de coerção cognominada de multa diária, cujo caráter patrimonial visa a vencer a obstinação do devedor no cumprimento da obrigação contraída intuitu personae, sob pena de inutilidade do acolhimento do pedido. Nesse sentido tivemos a oportunidade de discorrer: "A influência francesa, responsável também pela concepção 'liberal' do inadimplemento, remediou a sua pretérita condescendência com os devedores e instituiu a figura das 'astreintes' como meios de coerção capazes de vencer a obstinação do devedor ao não-cumprimento das obrigações, principalmente naquelas em que a colaboração do mesmo impunha-se pela natureza



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO
10ª VARA FEDERAL CÍVEL DE SÃO PAULO

personalíssima da prestação. A multa diária apresenta, assim, origem e fundamento nas obrigações em que o atuar do devedor é imperioso mercê de não se poder compeli-lo a cumprir aquilo que só ele pode fazer – nemo potest cogi ad factum". (In "Curso de Direito Processual Civil", Editora Forense, 3.ª Edição, 2005, págs. 194 e 195)

2. Consectariamente, a exclusão da multa independente de pedido viola o art. 515 do CPC e o efeito devolutivo, cuja profundidade refere-se aos motivos da decisão e não aos pedidos, mercê de inutilizar a eficácia prática da decisão judicial.

3. O direito à creche consagrado constitucionalmente é assente em diversos precedentes do E. STJ que preconizam: "ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. LEGITIMATIO AD CAUSAM DO PARQUET. ART. 127 DA CF/88. ARTS. 7.º, 200, e 201 DO DA LEI N.º 8.069/90. DIREITO À CRECHE EXTENSIVO AOS MENORES DE ZERO A SEIS ANOS. NORMA CONSTITUCIONAL REPRODUZIDA NO ART. 54 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. NORMA DEFINIDORA DE DIREITOS NÃO PROGRAMÁTICA. EXIGIBILIDADE EM JUÍZO. INTERESSE TRANSINDIVIDUAL ATINENTE ÀS CRIANÇAS SITUADAS NESSA FAIXA ETÁRIA. CABIMENTO E PROCEDÊNCIA. (...)

6. O direito à educação, insculpido na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente, 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.

(...)

12. A determinação judicial desse dever pelo Estado, não encerra suposta ingerência do judiciário na esfera da administração. Deveras, não há discricionariedade do administrador frente aos direitos consagrados, quiçá constitucionalmente. Nesse campo a atividade é vinculada sem admissão de qualquer exegese que vise afastar a garantia pética.

(...)

20. O Supremo Tribunal Federal, no exame de hipótese análoga, nos autos do RE 436.996-6/SP, Relator Ministro Celso de Mello, publicado no DJ de 07.11.2005, decidiu verbis: "CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE. ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA. EDUCAÇÃO INFANTIL. DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV). COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO. DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO(CF, ART. 211, § 2º). RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO. - A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas 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-escola (CF, art. 208, IV). – (...) 3. In casu, consoante se infere dos autos, trata-se obrigação de fazer, consubstanciada no fornecimento de medicamento ao paciente que em virtude de doença necessita de medicação especial para sobreviver, cuja imposição das astreintes objetiva assegurar o cumprimento da decisão judicial e conseqüentemente resguardar o direito à saúde. 4. "Consoante entendimento consolidado neste Tribunal, em se tratando de obrigação de fazer, é permitido ao juízo da execução, de ofício ou a requerimento da parte, a imposição de multa cominatória ao devedor, mesmo que seja contra a Fazenda Pública." (AGRGRESP 189.108/SP, Relator Ministro Gilson Dipp, DJ de 02.04.2001). 5. Precedentes



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO
10ª VARA FEDERAL CÍVEL DE SÃO PAULO

jurisprudenciais do STJ: REsp 775.567/RS, Relator Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ 17.10.2005; REsp 770.524/RS, Relatora Min. ELIANA CALMON, DJ 24.10.2005; REsp 770.951/RS, Relator Min. CASTRO MEIRA, DJ 03.10.2005; REsp 699.495/RS, Relator Min. LUIZ FUX, DJ 05.09.2005. 6. A Constituição não é ornamental, não se resume a um museu de princípios, não é meramente um ideário; reclama efetividade real de suas normas. Destarte, na aplicação das normas constitucionais, a exegese deve partir dos princípios fundamentais, para os princípios setoriais. E, sob esse ângulo, merece destaque o princípio fundante da República que destina especial proteção a dignidade da pessoa humana. 7. Outrossim, a tutela jurisdicional para ser efetiva deve dar ao lesado resultado prático equivalente ao que obteria se a prestação fosse cumprida voluntariamente. O meio de coerção tem validade quando capaz de subjugar a recalcitrância do devedor. O Poder Judiciário não deve compactuar com o proceder do Estado, que condenado pela urgência da situação a entregar medicamentos imprescindíveis proteção da saúde e da vida de cidadão necessitado, revela-se indiferente à tutela judicial deferida e aos valores fundamentais por ele eclipsados. 8. Recurso especial provido." (REsp 771.616/RJ, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJ 01.08.2006) 5. Recurso Especial provido, divergindo do E. Relator". (RECURSO ESPECIAL - 790175; por maioria; Egrégia Primeira Turma, Relator Eminentíssimo Ministro JOSÉ DELGADO, decisão em 05/12/2006; DJ DATA:12/02/2007 PG:00249, destacamos)

3) Condenação do Estado de São Paulo ao exercício de seu poder de polícia

O ensino fundamental é serviço público, o qual não perde esse caráter porque é exercido supletivamente por terceiros, particulares.

De outro, lado, a regra do artigo 209 da Constituição da República que estabelece que as escolas privadas podem prestar o serviço da educação contanto que cumpram as normas gerais de educação nacional, impõe também que essas Instituições de Ensino sejam autorizadas a funcionar e, além disso, submetam-se a avaliação.

Assim, deverá o Estado de São Paulo, que tem a competência para organizar o sistema de ensino fundamental, proceder à avaliação de cada Escola no sentido de saber se a prestação do serviço de educação está sendo oferecida segundo as normas gerais de educação, que não autorizam a aplicação de prova prévia para fins



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO
10ª VARA FEDERAL CÍVEL DE SÃO PAULO

de acesso ao ensino fundamental, também conhecida como vestibulinhos.

No presente caso há que se aplicar o conceito restrito de poder de polícia aplicável, segundo os ensinamentos de Bandeira de Mello, à atividade de polícia administrativa do Estado-administração que resulta de sua qualidade de executor das leis (fl. 793

É importante citar, para que faça parte integrante da presente fundamentação, a manifestação da Egrégia Segunda Turma do Colendo Supremo Tribunal Federal, nos termos do voto do Eminentíssimo Ministro CELSO DE MELLO, *verbis*:

“CRIANÇA DE ATÉ CINCO ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - SENTENÇA QUE OBRIGA O MUNICÍPIO DE SÃO PAULO A MATRICULAR CRIANÇAS EM UNIDADES DE ENSINO INFANTIL PRÓXIMAS DE SUA RESIDÊNCIA OU DO ENDEREÇO DE TRABALHO DE SEUS RESPONSÁVEIS LEGAIS, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA POR CRIANÇA NÃO ATENDIDA - LEGITIMIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DAS “ASTREINTES” CONTRA O PODER PÚBLICO - DOCTRINA - JURISPRUDÊNCIA - OBRIGAÇÃO ESTATAL DE RESPEITAR OS DIREITOS DAS CRIANÇAS - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV, NA REDAÇÃO DADA PELA EC Nº 53/2006) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM CASO DE OMISSÃO ESTATAL NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO - INOCORRÊNCIA DE TRANSGRESSÃO AO POSTULADO DA SEPARAÇÃO DE PODERES - PROTEÇÃO JUDICIAL DE DIREITOS SOCIAIS, ESCASSEZ DE RECURSOS E A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS” - RESERVA DO POSSÍVEL, MÍNIMO EXISTENCIAL, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL - PRETENDIDA EXONERAÇÃO DO ENCARGO CONSTITUCIONAL POR EFEITO DE SUPERVENIÊNCIA DE NOVA REALIDADE FÁTICA - QUESTÃO QUE SEQUER FOI SUSCITADA NAS RAZÕES DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO -PRINCÍPIO “JURA NOVIT CURIA” - INVOCAÇÃO EM SEDE DE APELO EXTREMO - IMPOSSIBILIDADE - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. POLÍTICAS PÚBLICAS, OMISSÃO ESTATAL INJUSTIFICÁVEL E INTERVENÇÃO CONCRETIZADORA DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE EDUCAÇÃO INFANTIL: POSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL.

- A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas 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-escola (CF, art. 208, IV).



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO
10ª VARA FEDERAL CÍVEL DE SÃO PAULO

- Essa prerrogativa jurídica, em conseqüência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das “crianças até 5 (cinco) anos de idade” (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal.

- A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental.

- 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 Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (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.

- Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter impositivo, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional.

DESCUMPRIMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DEFINIDAS EM SEDE CONSTITUCIONAL: HIPÓTESE LEGITIMADORA DE INTERVENÇÃO JURISDICIONAL. - O Poder Público - quando se abstém de cumprir, total ou parcialmente, o dever de implementar políticas públicas definidas no próprio texto constitucional - transgride, com esse comportamento negativo, a própria integridade da Lei Fundamental, estimulando, no âmbito do Estado, o preocupante fenômeno da erosão da consciência constitucional. Precedentes: ADI 1.484/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g..

- A inércia estatal em adimplir as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição e configura, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado. É que nada se revela mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem ajustados à conveniência e aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos.

- A intervenção do Poder Judiciário, em tema de implementação de políticas governamentais previstas e determinadas no texto constitucional, notadamente na área da educação infantil (RTJ 199/1219-1220), objetiva neutralizar os efeitos lesivos e perversos, que, provocados pela omissão estatal, nada mais traduzem senão



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO
10ª VARA FEDERAL CÍVEL DE SÃO PAULO

inaceitável insulto a direitos básicos que a própria Constituição da República assegura à generalidade das pessoas. Precedentes.

A CONTROVÉRSIA PERTINENTE À “RESERVA DO POSSÍVEL” E A INTANGIBILIDADE DO MÍNIMO EXISTENCIAL: A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS”.

- A destinação de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassos, faz instaurar situações de conflito, quer com a execução de políticas públicas definidas no texto constitucional, quer, também, com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição da República, daí resultando contextos de antagonismo que impõem, ao Estado, o encargo de superá-los mediante opções por determinados valores, em detrimento de outros igualmente relevantes, compelindo, o Poder Público, em face dessa relação dilemática, causada pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, a proceder a verdadeiras “escolhas trágicas”, em decisão governamental cujo parâmetro, fundado na dignidade da pessoa humana, deverá ter em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial, em ordem a conferir real efetividade às normas programáticas positivadas na própria Lei Fundamental. Magistério da doutrina.

- A cláusula da reserva do possível - que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição - encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanação direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. Doutrina. Precedentes.

- A noção de “mínimo existencial”, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948 (Artigo XXV).

A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTRAÇÃO E AO INADIMPLEMENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS. - O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive.

- A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstando-se de frustrar - mediante supressão total ou parcial - os direitos sociais já concretizados.



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO
10ª VARA FEDERAL CÍVEL DE SÃO PAULO

LEGITIMIDADE JURÍDICA DA IMPOSIÇÃO, AO PODER PÚBLICO, DAS "ASTREINTES". - Inexiste obstáculo jurídico-processual à utilização, contra entidades de direito público, da multa cominatória prevista no § 5º do art. 461 do CPC. A "astreinte" - que se reveste de função coercitiva - tem por finalidade específica compelir, legitimamente, o devedor, mesmo que se cuide do Poder Público, a cumprir o preceito, tal como definido no ato sentencial. Doutrina. Jurisprudência."

(AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 639337; à unanimidade; Egrégia Segunda Turma, decisão em 23.08.2011, destacamos)

4) Condenação da União e dos Estados ao pagamento de indenização

Pede o Autor a condenação ao pagamento de indenização no valor de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) por danos morais coletivos causados pela União e pelo Estado, cujos valores deverão ser revertidos ao Fundo Federal dos Direitos Difusos Lesados.

Segundo Celso Antonio Bandeira de Mello:

"Quando o dano foi possível em decorrência de uma omissão do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente) é de aplicar-se a teoria da responsabilidade subjetiva. Com efeito, se o Estado não agiu, não pode, logicamente, ser ele o autor do dano. E, se não foi o autor, só cabe responsabilizá-lo caso esteja obrigado a impedir o dano. Isto é: só faz sentido responsabilizá-lo se descumpriu dever legal que lhe impunha obstar evento lesivo".¹⁸

No caso, a Administração Pública responde de acordo com a responsabilidade subjetiva. Sua atuação reprovável seria proveniente de negligência, imprudência ou imperícia diante de uma obrigação legal expressa de impedir certo evento danoso; e, ainda, do dano e do nexos causal entre ambos.

A atribuição da responsabilidade à União e ao Estado de São Paulo pressupõe uma análise acerca da existência da omissão e da sua relação causal com o evento danoso.

À primeira vista, poder-se-ia indagar acerca do rigor da interpretação que conduz à condenação da União por omissão, posto que não estaria na sua esfera de atribuições proceder à fiscalização das escolas privadas que prestam o serviço de ensino

¹⁸ *Curso de Direito Administrativo. Idem. P. 980/981.*



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO
10ª VARA FEDERAL CÍVEL DE SÃO PAULO

fundamental, o que compete aos Estados, segundo a Lei nº 9.394, de 20.12.1996.

Não obstante, afastada essa conclusão apressada, evidencia-se sim a prática omissiva na medida em que a União deve zelar pela aplicação das normas nacionais de educação. E nem se diga que o Conselho Nacional de Educação não teria atribuições para tanto. Veja-se que a questão envolve a postura do governo federal perante a educação.

A partir do momento que foi informado pelo Ministério Público Federal da prática de irregularidades ocorridas no âmbito do serviço de ensino fundamental no Estado de São Paulo, a União por seu Ministério da Educação poderia, aliás, deveria ter agido eficazmente, como determina o princípio da eficiência da Administração, esculpido no caput do artigo 37 da Constituição da República .

A União preferiu omitir-se, sabendo que poderia, até mesmo, valer-se da intervenção no Estado de São Paulo para fazer cumprir a Lei nº 9.394, de 20.12.1996, conforme prevê o artigo 34, incisos VI e VII, letra “b”:

“Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para:

-
VI - prover a execução de lei federal, ordem ou decisão judicial;
VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais:
a) (...)
b) direitos da pessoa humana;”

Conforme já repisado, evidencia-se no ordenamento jurídico nacional a proteção das crianças, vedando-se a prática de tratamento discriminatório. Desse modo, a União deveria ter atuado para fazer valer a Constituição da República e as normas gerais da educação nacional estabelecidas pela Lei nº 9.394, de 20.12.1996, a Lei de Diretrizes Básicas da Educação Nacional.

Portanto, verifica-se que ocorreu o nexos causal entre a omissão e o evento danoso, qual seja: crianças alijadas da prestação do serviço de educação, de modo que é de rigor a condenação da União ao pagamento de danos morais coletivos.



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO
10ª VARA FEDERAL CÍVEL DE SÃO PAULO

No que se refere à atuação do Estado de São Paulo o nexo de causalidade entre a omissão da administração e o evento danoso é evidente. Pois, embora tenha recebido da Constituição e da Lei nº 9.394, de 20.12.1996, a atribuição de organizar e fiscalizar a prestação de serviço do ensino fundamental preferiu silenciar. Deixou de exercer o seu poder de polícia para fazer cessar as práticas contrárias aos direitos e garantias fundamentais das crianças. Não esboçou reação ao se deparar com escolas privadas em todo o Estado divulgando, nos mais variados sítios da Rede Mundial de Computadores, a *Internet*, a realização de provas de admissão ao ensino fundamental.

Resultou dessa prática omissiva que as crianças que poderiam ingressar em determinadas escolas privadas foram rejeitadas sem saber o porquê, já que lhes é garantido pela Constituição da República o acesso ao ensino fundamental, direito esse que, por certo, saberão entender no futuro.

Veja-se que não cabe aqui analisar se a rejeição lhes causou dor, pesar, choro ou tristeza. O dano é evidenciado pelo simples descumprimento aos ditames constitucionais, pois o Brasil é um Estado Democrático de Direito. Assim, é dispensável a prova objetiva do prejuízo moral, bastando a demonstração da circunstância que revele a situação à honra e reputação da pessoa.

Neste ponto, verifica-se a ocorrência de atuação negligente decorrente de omissão normativa e da omissão ao exercício do poder de polícia por parte do Estado de São Paulo, que autoriza a condenação ao pagamento de multa por danos morais coletivos

Frise-se, ainda, que o fundamento da condenação ao pagamento do dano moral não é apenas aquela idéia de compensação. Há, por certo, a imposição de um caráter punitivo. A omissão decorre diretamente da pouca importância que se dá ao tema da educação no País. Agir com rigor, eficiência, impessoalidade, moralidade na esfera da educação são providências sempre relegadas a segundo plano. As conseqüências para tais práticas administrativas reprováveis, no entanto, são inexoráveis, razão por que é de rigor a



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO
10ª VARA FEDERAL CÍVEL DE SÃO PAULO

condenação da União e do Estado de São Paulo ao pagamento de indenização por danos morais coletivos.

Destaque-se a jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça que cai como luva para fundamentar a presente decisão, conforme delineado pelo Eminentíssimo Ministro LUIZ FUX, atual membro do Colendo Supremo Tribunal Federal, *verbis*:

“PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ARTS. 127, 'CAPUT', E 129, II E III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. ART. 1º, IV, DA LEI 7347/85. ARTS. 74 E 75 DA LEI 10.741/03. DANOS MATERIAIS E MORAIS. BENEFICIÁRIOS NONAGENÁRIOS E CENTENÁRIOS DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. MEMORANDO/CIRCULAR/INSS/DIRBEN Nº 29, DE 28.10.2003. VIOLAÇÃO DO ART. 535, I E II, DO CPC. NÃO CONFIGURADA.

1. O Ministério Público ostenta legitimidade para a propositura de Ação Civil Pública em defesa dos direitos e interesses difusos e coletivos, individuais indisponíveis e individuais homogêneos do idoso, ante a ratio essendi dos arts. 127, 'caput'; e 129, II e III, da Constituição Federal de 1988; e arts. 74 e 75 da Lei 10.741/03 (Estatuto do Idoso). Precedentes do STJ: EREsp 695.665/RS, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe 12/05/2008; REsp 860.840/MG, PRIMEIRA TURMA, DJ 23/04/2007; e REsp 878.960/SP, SEGUNDA TURMA, DJ de 13/09/2007.

2. Os arts. 127, 'caput'; e 129, II e III, da Constituição Federal de 1988; e arts. 74 e 75 da Lei 10.741/03 (Estatuto do Idoso), dispõem que: CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988 Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. (...) 129. São funções institucionais do Ministério Público: (...) II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia; III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; LEI No 10.741, DE 1º DE OUTUBRO DE 2003 Art. 74. Compete ao Ministério Público: I – instaurar o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção dos direitos e interesses difusos ou coletivos, individuais indisponíveis e individuais homogêneos do idoso; II – promover e acompanhar as ações de alimentos, de interdição total ou parcial, de designação de curador especial, em circunstâncias que justifiquem a medida e oficiar em todos os feitos em que se discutam os direitos de idosos em condições de risco; III – atuar como substituto processual do idoso em situação de risco, conforme o disposto no art. 43 desta Lei; IV – promover a revogação de instrumento procuratório do idoso, nas hipóteses previstas no art. 43 desta Lei, quando necessário ou o interesse público justificar; (...) Art. 75. Nos processos e procedimentos em que não for parte, atuará obrigatoriamente o Ministério Público na defesa dos direitos e interesses de que cuida esta Lei, hipóteses em que terá vista dos autos depois das partes, podendo juntar documentos, requerer diligências e produção de outras provas, usando os recursos cabíveis.



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO
10ª VARA FEDERAL CÍVEL DE SÃO PAULO

3. In casu, a pretensão veiculada na Ação Civil Pública quanto à condenação dos demandados ao pagamento de indenização, por danos morais e materiais, em favor dos idosos, com mais de 90 (noventa) anos de idade, atingidos pelos efeitos do Memorando-Circular/INSS/DIRBEN 29, de 28.10.2003, o qual determinou a suspensão do pagamento dos benefícios previdenciários àqueles beneficiários, obrigando-os a comparecerem às agências do INSS para recadastramento, revela hipótese de proteção de interesse transindividual de pessoas idosas, portanto, legitimadora da atuação do Parquet (arts. 127, 'caput', e 129, II e III, da Constituição Federal de 1988; art. 1º, IV, da Lei 7347/85; e arts. 74 e 75 da Lei 10.741/03).

4. A nova ordem constitucional erigiu um autêntico 'concurso de ações' entre os instrumentos de tutela dos interesses transindividuais e, a fortiori, legitimou o Ministério Público para o manejo dos mesmos.

5. O novel art. 129, III, da Constituição Federal habilitou o Ministério Público à promoção de qualquer espécie de ação na defesa de direitos difusos e coletivos não se limitando à ação de reparação de danos.

6. O Parquet sob esse enfoque legitima-se a toda e qualquer demanda que vise à defesa dos interesses difusos, coletivos e sociais sob o ângulo material ou imaterial. Precedentes do STF: RE 554088 AgR/SC, Relator Min. EROS GRAU, julgamento: 03/06/2008, Segunda Turma, Publicação DJe-112 DIVULG 19-06-2008 PUBLIC 20-06-2008; e RE 470135 AgR-ED, Relator Min. CEZAR PELUSO, Segunda Turma, julgado em 22/05/2007, DJe-047 DIVULG 28-06-2007 PUBLIC 29-06-2007 DJ 29-06-2007.

7. As ações que versam interesses individuais homogêneos participam da ideologia das ações difusas, como sói ser a ação civil pública. A despersonalização desses interesses está na medida em que o Ministério Público não veicula pretensão pertencente a quem quer que seja individualmente, mas pretensão de natureza genérica, que, por via de prejudicialidade, resta por influir nas esferas individuais.

8. A ação em si não se dirige a interesses individuais, mercê de a coisa julgada in utilibus poder ser aproveitada pelo titular do direito individual homogêneo se não tiver promovido ação própria.

9. A ação civil pública, na sua essência, versa interesses individuais homogêneos e não pode ser caracterizada como uma ação gravitante em torno de direitos disponíveis. O simples fato de o interesse ser supra-individual, por si só já o torna indisponível, o que basta para legitimar o Ministério Público para a propositura dessas ações.

10. Os embargos de declaração que enfrentam explicitamente a questão embargada não ensejam recurso especial pela violação do artigo 535, II, do CPC.

11. Recurso Especial provido para reconhecer a legitimidade ativa do Ministério Público Federal.

(RESP 200702694500 RECURSO ESPECIAL – 1005587, Egrégia Primeira Turma, à unanimidade, decisão em 02.12.2010, DJE DATA:14/12/2010)

5) Condenação das Escolas rés à obrigação de não fazer

Evidentemente os Estabelecimentos de Ensino, ora Réus, assim como todas as demais escolas privadas que ofereçam o serviço público de ensino fundamental estão vinculadas à presente



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO
10ª VARA FEDERAL CÍVEL DE SÃO PAULO

sentença, por força da obrigação do réu, Estado de São Paulo, de divulgar a presente sentença e fiscalizar o seu estrito cumprimento.

Dessa forma, como restou demonstrado acima, a prática dos vestibulinhos como instrumento de avaliação do desenvolvimento das crianças para fins de acesso ao ensino fundamental deve ser banida, por ausência de supedâneo jurídico válido no atual ordenamento nacional.

Impõe-se, por essa razão, a observância por todos os estabelecimentos de Ensino do Estado de São Paulo, inclusive os ora Réus, no sentido de atentarem para a obrigação de não fazer, consistente na não aplicação de quaisquer provas que visem oferecer tratamento diferenciado a crianças com a mesma condição de aprendizado, assim consideradas aquelas que tenham finalizado a educação infantil ou que já tenham cursado previamente alguma série do ensino fundamental e pretendem mudar de escola.

6) Condenação das Escolas réas ao pagamento de indenização por dano moral coletivo

O Autor pede a condenação dos Estabelecimentos de Ensino indicados como réus no valor de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) para cada um, cujo valor deverá ser revertido ao Fundo Federal dos Direitos Difusos Lesados.

Entretanto, não se afigura possível a condenação ao cumprimento da obrigação de indenizar por danos morais visto que não se vislumbra a responsabilidade das Instituições de Ensino ora réas.

É que caberia à União e ao Estado de São Paulo estabelecer com rigor normativo a vedação à realização dos vestibulinhos, o que não se verificou, de tal forma que as Escolas ficaram desprovidas de norteamo eficaz sobre o assunto, vítimas da omissão conjunta das pessoas jurídicas de direito público.

Veja-se, nesse sentido, a manifestação do Colendo Tribunal Regional Federal da 3ª Região no termos do voto do Insigne Juiz federal convocado RUBENS CALIXTO, *verbis*:



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO
10ª VARA FEDERAL CÍVEL DE SÃO PAULO

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITOS SOCIAIS. DANO MORAL COLETIVO. DIREITO SUBJETIVO DOS PORTADORES DE DEFICIÊNCIA AO PASSE LIVRE NO TRANSPORTE RODOVIÁRIO INTERESTADUAL. LEI 8.899/94. DIREITO QUE DEPENDIA DE REGULAMENTAÇÃO PARA A DEFINIÇÃO DO SEU CONTEÚDO. INEXISTÊNCIA DO DIREITO SUBJETIVO ANTES DA REGULAMENTAÇÃO PELO PODER EXECUTIVO FEDERAL. PERDA PARCIAL DO OBJETO DA AÇÃO COM A SUPERVENIÊNCIA DA REGULAMENTAÇÃO. PERSISTÊNCIA DO INTERESSE NO JULGAMENTO DO PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS COLETIVOS. PEDIDO ADMISSÍVEL EM TESE. PRECEDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE DAS EMPRESAS PERMISSONÁRIAS DO TRANSPORTE RODOVIÁRIO POR DANOS MORAIS COLETIVOS. DANOS IMPUTÁVEIS À OMISSÃO DA UNIÃO FEDERAL. DEMORA EXCESSIVA EM REGULAMENTAR A LEI 8.899/94. CONDENAÇÃO DA UNIÃO AO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO.**

1. Apelação contra sentença que rejeitou apreciar o pedido de indenização por dano moral coletivo e, quanto ao mais, entendendo pela ausência de interesse de agir, extinguiu a ação civil pública com fundamento no art. 267, VI, do CPC.

(...)

5. A lide se instalou para discussão de direito coletivo em sentido estrito, qual seja, como direito transindividual de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas com a parte contrária por uma relação jurídica base (art. 81, II, da Lei 8.078/90). 6. A pretensão foi deduzida sob a perspectiva de direito coletivo, uma vez que não especificou ou delimitou o grupo de pessoas que seria destinatário do direito, restringindo o objeto da lide ao plano da validade e vigência das normas correlatas.

9. A pretensão à indenização por danos morais coletivos é hipótese que não pode ser excluída de antemão, pois a sua ocorrência é juridicamente admissível, em tese, como já reconheceu a Colenda Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça no julgamento de questão análoga.

10. Pertinente a anulação da sentença na parte em que entendeu incabível a apreciação do pedido de danos morais, passando-se ao julgamento do mérito, nesta parte, com fundamento no § 3º do art. 515 do CPC, visto que relação jurídico-processual está completa e a questão não demanda dilação probatória.

11. Na ausência de regulamentação da Lei 8.899/94, não estava configurado o direito subjetivo dos portadores de deficiência ao passe livre, porque o conteúdo do direito ainda dependia de detalhamento e delimitações por parte do Poder Executivo, o que veio a ser corroborado pelas disposições regulamentares (Decreto 3.691/2000 e pela Portaria Interministerial n. 03/2001).

12. Sem a devida regulamentação não se pode imputar às empresas permissionárias do transporte rodoviário interestadual qualquer responsabilidade por eventuais danos morais coletivos, decorrentes de obstáculos criados para o exercício daquele direito pelos portadores de deficiência.

13. É insofismável que o Poder Executivo federal extrapolou de forma gritante o comando legislativo para regulamentar em 90 dias o direito previsto no art. 1º da Lei 8.899/94, só vindo a fazê-lo cerca de seis anos depois da entrada em vigor deste diploma normativo.



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO
10ª VARA FEDERAL CÍVEL DE SÃO PAULO

14. Inexorável, destarte, a responsabilidade da União pela reparação destes danos de natureza coletiva, com fundamento no § 6º do art. 37 da Constituição Federal.

15. O arbitramento do valor deve obedecer a critérios distintos daqueles propostos na petição inicial e na apelação, para ser arbitrado em valor determinado, o que, em se tratando de processo de natureza coletiva, está compreendido nos poderes do juiz que Ada Pellegrini Grinover cita como "defining function".

16. Parcial provimento à apelação para anular parcialmente a sentença e, nos termos do § 3º do art. 515 do CPC, condenar a União Federal ao pagamento de indenização no valor de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), a ser destinada ao fundo previsto no art. 13 da Lei 7.347/85. Sem condenação em honorários advocatícios."

(AC - APELAÇÃO CÍVEL - 1099777, Egrégia Terceira Turma, à unanimidade, decisão em 10/02/2011, DJF3 CJ1 DATA:25/02/2011 PÁGINA: 811)

Com relação à possibilidade de antecipação da tutela, o artigo 273, do Código de Processo Civil, estabelece como requisitos a existência de prova inequívoca da verossimilhança da alegação e, alternativamente, fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou a caracterização de abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

Nesse sentido, tendo em vista a presença de ambos os requisitos, uma vez que restou evidenciada a verossimilhança da alegação quanto à vedação constitucional de realização de provas para ingresso no primeiro ano do ensino fundamental, bem como a iminência de imposição de dano irreparável aos pequeninos, há que se confirmar a tutela antecipada concedida durante o processamento no sentido de determinar ao ESTADO DE SÃO PAULO que observe os estritos limites do julgado divulgando, imediatamente, a todas as Instituições de Ensino do Estado de São Paulo a vedação à realização de avaliações para acesso ao primeiro ano do ensino fundamental, bem como proceda à sua fiscalização e, ainda, que as Instituições de Ensino rés se abstenham de realizar provas para o acesso de crianças ao primeiro ano do ensino fundamental.

III. Dispositivo

Posto isso, julgo **PARCIALMENTE PROCEDENTE** o pedido inicial pelo que **condeno**:



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO
10ª VARA FEDERAL CÍVEL DE SÃO PAULO

- a) a **UNIÃO FEDERAL** à **(1)** obrigação de fazer no sentido de divulgar a eficácia nacional das normas do Conselho Nacional de Educação vedando a prática de aplicação de avaliação, conhecida por vestibulinho, àqueles que pretendam acesso ao primeiro ano do ensino fundamental, especialmente Parecer nº 23/2006 emanado do Conselho Nacional de Educação e homologado pelo Ministro da Educação; **(2)**, à obrigação de pagar indenização por danos morais coletivos no valor de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), cujo valor deverá ser revertido ao Fundo Federal dos Direitos Difusos Lesados.
- b) o **ESTADO DE SÃO PAULO** à: **(1)** obrigação de fazer, no sentido de exercer a sua competência normativa em observância aos limites constitucionais, inclusive à vedação à prática dos vestibulinhos para acesso ao primeiro ano do ensino fundamental; **(2)** obrigação de fazer divulgar a todas as Instituições de Ensino do Estado de São Paulo a vedação à realização de avaliações para acesso ao primeiro ano do ensino fundamental, em observância à Constituição da República, à Lei nº 9.394, de 20.12.1996, e ao Parecer nº 23/2006 emanado do Conselho Nacional de Educação e homologado pelo Ministro da Educação; bem como **(3)** exercer o seu poder de polícia procedendo à fiscalização das licenças de todas as Escolas do Estado de São Paulo objetivando zelar pela efetividade da referida vedação, proibindo a aplicação das provas de acesso ao ensino fundamental; **(4)** à obrigação de pagar indenização por danos morais coletivos no valor de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), cujo valor deverá ser revertido ao Fundo Federal dos Direitos Difusos Lesados.
- c) as **Instituições de Ensino rés** à obrigação de não fazer consistente em não realizar provas de admissão, os chamados vestibulinhos, para acesso ao primeiro ano do ensino fundamental.

Por conseguinte, **ratifico, em parte,** a **antecipação de tutela**, para determinar: **(a)** que o ESTADO DE SÃO PAULO cumpra, imediatamente, a obrigação de fazer no sentido de divulgar a todas as Instituições de Ensino do Estado de São Paulo a vedação à realização de avaliações para acesso ao primeiro ano do ensino fundamental, bem como fiscalize quaisquer práticas em



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO
10ª VARA FEDERAL CÍVEL DE SÃO PAULO

contrário; e **(b)** que as Instituições de Ensino rés se abstenham da realização de vestibulinhos para o acesso de crianças ao primeiro ano do ensino fundamental.

Sem condenação em custas processuais na forma do artigo 18 da Lei nº 7.347, de 24.07.1985, com redação da Lei 8.078, de 11.09.1990, combinado com o artigo 4º, inciso IV, da Lei nº 9.289, de 04.07.1996.

Incabível a condenação em honorários advocatícios a favor do Ministério Público Federal, observada a vedação constante do artigo 128, parágrafo 5º, inciso II, letra "a", da Constituição da República.

Considerando que os agravos de instrumento nºs 0075623-75.2005.4.03.0000 e 0018139-29.2010.4.03.0000 estão pendentes de julgamento, encaminhe-se, por meio eletrônico, cópia da presente sentença a Excelentíssima Senhora Relatora dos referidos recursos.

Sentença sujeita à reexame necessário, consoante o artigo 475, inciso II, do Código de Processo Civil.

Publique-se. Registre-se. Intime-se.

São Paulo, 22 de fevereiro de 2012.

LEILA PAIVA MORRISON
Juíza Federal