



**ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA- GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO**

PARECER Nº 171/2015/CONJUR-MEC/CGU/AGU

PROCESSO: 23000.001909/2015-75

INTERESSADO: Secretaria Municipal de Educação de Florianópolis/SC e Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização, Diversidade e Inclusão - SECADI

ASSUNTO: Consulta sobre efeito da recusa à matrícula de estudante com deficiência em instituição de ensino municipal privada e competência para aplicação de sanção.

- I- Direito Administrativo e Educacional.
- II- Consulta. Transtorno do Espectro Autista. Recusa de matrícula por estabelecimento de ensino estadual privado. Competência para o exercício de poder de polícia e aplicação de multa.
- III- Direitos fundamentais das pessoas com deficiência. Dignidade e inclusão. Estado e sociedade. Obrigação solidária.
- IV- Processo administrativo sancionatório. Procedimento. Autonomia administrativa dos Sistemas de Ensino.
- V- Matéria disciplinada nos arts. 5º, §§ 1º a 3º, 205, caput e 209, inc. I, da Constituição Federal de 1988; arts. 16, 17 e 18 da Lei nº 9.394, de 1996; arts. 5º e 7º da Lei 12.764, de 2012; Decretos nºs 6.949, de 2009 e 8.368, de 2014.

I- DO RELATÓRIO

A Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização, Diversidade e Inclusão - SECADI, por meio da Nota Técnica nº 16/2015-MEC/SECADI/DPEE, de 4 de março de 2015, solicitou parecer desta Consultoria Jurídica sobre a determinação da competência para instaurar procedimento administrativo que resulte em aplicação de multa, e sua consequente execução, à instituição de

educação básica de sistema municipal ou estadual de ensino, que se recusa a matricular estudante com transtorno do espectro autista.

2. O pano de fundo da questão é o Ofício nº 0578/2014/25PJ/CAP, de 18 de novembro de 2014, da lavra da 25ª Promotoria de Justiça da Comarca de Florianópolis/CS, dirigido à Secretaria Municipal de Educação de Florianópolis, informando a instauração do Procedimento Preparatório nº 06.2014.00010445-8 (fls. 06/09), que tem por objeto a negativa de matrícula ao aluno João Victor da Silveira Albani, com 4 anos de idade, com transtorno de espectro autista, pelo Colégio Santa Terezinha, bem como requisita instauração de fiscalização, e decorrente autuação, em face do citado estabelecimento de ensino (fls. 06).

3. A Secretaria Municipal de Educação da Prefeitura de Florianópolis elaborou o Ofício nº 0070/2015/GS/SME/PMF, de 27 de janeiro de 2015 (fls. 01/02), em que encaminha a esta Pasta Ministerial para conhecimento e devidas providências a resposta apresentada a 25ª Promotoria de Justiça de Florianópolis na qual sustenta:

No tocante à atuação e aplicação de multa àquele estabelecimento de ensino privado, tem-se que esta Secretaria não tem Poder de Polícia, devendo ser feito diretamente pelo Ministério da Educação, conforme Disciplina o **parágrafo 1º, do Art. 5º, do Decreto nº 8.368, de 2 de Dezembro de 2014** (em anexo), que regulamenta a Lei 12.764, de 27 de Dezembro de 2012. (fls. 03/04)

4. Diante do quadro fático e visando assegurar aos estudantes o direito à matrícula em estabelecimento de ensino público ou privado, a SECADI apresenta os seguintes questionamentos (fls. 14/15):

- 1) Qual o órgão competente para instaurar processo administrativo, com o objetivo de aplicar multa ao gestor escolar, ou autoridade competente, que recusar matrícula de estudantes com deficiência em instituição de ensino pública e privada, respeitadas as atribuições cabíveis a cada ente federado?
- 2) Qual o procedimento a ser adotado para a correta instrução processual?
- 3) Após regular processo administrativo para aplicar multa ao gestor escolar, ou autoridade competente, qual o órgão competente para exigir o efetivo cumprimento das sanções nele previstas?

5. Instruem, ainda, os autos cópia do Ofício nº 404/DEI/GEAC/014 (f. 05), endereçado à Assessoria Jurídica da Secretaria Municipal de Educação, **sem resposta**; cópia do Decreto nº 8.368, de 2 de dezembro de 2014 (fls. 10/11); Mem./SE/GAB nº 107, de 11 de fevereiro, da lavra do Chefe de

Gabinete da Secretaria Executiva desta Pasta (f. 12) e Memorando nº 198/2015/MEC/SECADI/DPEE (f. 16), encaminhando os autos à Consultoria Jurídica, recebidos no dia 5 de março.

6. É o relatório.

II - FUNDAMENTAÇÃO

7. A consulta formulada pela SECADI tem por objeto definir de quem é a atribuição para o exercício do poder de polícia na esfera educacional quando se trata de instituição de ensino privada que atua no ensino básico, com a peculiaridade de que se trata de recusa de matrícula de estudante com transtorno de espectro autista, cujo regramento consta do Decreto nº 8.368, de 2 de dezembro de 2014 e da Lei nº 12.764, de 27 de dezembro de 2012.

A proteção das pessoas com deficiência e o caráter fundamental do direito à inclusão.

8. Simbolicamente, o primeiro tratado internacional de direitos humanos, recepcionado pelo nosso ordenamento jurídico com a qualidade de norma constitucional (cf. art. 5º, § 3º, da Constituição Federal de 1988) é o que promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007 e materializados internamente pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009.

9. Promovendo uma alteração de sentido ao termo deficiência, o Decreto nº 6.949, de 2009, estipula que “pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas”.

10. Nesse sentido exorta os países que ratificaram o compromisso a observar, como princípios fundamentais dessa rede de proteção, o respeito pela dignidade inerente, pela não discriminação perniciososa, pela efetiva participação e inclusão na sociedade das pessoas com deficiência; o respeito pela diferença e pela aceitação das pessoas com deficiência como parte da diversidade humana e da humanidade; a igualdade de oportunidades; a acessibilidade; e o respeito pelo desenvolvimento das capacidades das pessoas com deficiência e pelo direito das pessoas com deficiência de preservar sua identidade.

11. O decreto nº 6.949, de 2009, dispõe que os Estados Partes adotarão **todas as medidas necessárias** para assegurar às pessoas com deficiência o pleno exercício de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, garantindo o atendimento adequado, independentemente da idade, para que possam exercer tal direito.

12. Deverão, outrossim, adotar medidas efetivas e apropriadas para facilitar às pessoas com deficiência o pleno gozo desse direito e sua plena inclusão e participação na comunidade, inclusive

assegurando que as pessoas com deficiência tenham acesso a uma variedade de serviços de apoio em domicílio ou em instituições residenciais ou a outros serviços comunitários de apoio, inclusive os profissionais de apoio que forem necessários como apoio para que as pessoas com deficiência vivam e sejam incluídas na comunidade e para evitar que fiquem isoladas ou segregadas da comunidade.

13. E, finalmente, no capítulo dedicado à Educação, a Convenção em vários preceitos atesta a necessidade de construção de políticas inclusivas e práticas administrativas e privadas consentâneas com o direito fundamental de respeito à dignidade e identidade das pessoas com deficiência, expressando o dever de os Estados partes **assegurarem um sistema educacional inclusivo em todos os níveis, especialmente combatendo a exclusão do sistema educacional geral e das crianças com deficiência do ensino primário gratuito e compulsório ou do ensino secundário**, sob alegação de deficiência.

14. Não fosse suficiente a promulgação da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007, cujo descumprimento pode ensejar a responsabilização internacional da República Federativa do Brasil, tendo em vista a recusa de validade da chamada *cláusula federal*,¹ a legislação pátria é pródiga em instrumentos que visam coibir a discriminação das pessoas com deficiência.

15. A Constituição Federal de 1988 no art. 208, *caput* e III, erigiu a inclusão das pessoas com deficiência em direito fundamental, asseverando ser dever do Estado o atendimento educacional especializado das pessoas com deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino e, no art. 227, *caput* e inciso II, ser dever do Estado, **da sociedade** e da família assegurar à criança, 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.

16. O cumprimento desse dever dar-se-á pela criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas com deficiência física, sensorial ou intelectual, bem como de integração social do adolescente e do jovem com deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação.

¹ Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992 - Convenção Americana de Direitos Humanos:

Artigo 28 - Cláusula federal

1. *Quando se tratar de um Estado-parte constituído como Estado federal, o governo nacional do aludido Estado-parte cumprirá todas as disposições da presente Convenção, relacionadas com as matérias sobre as quais exerce competência legislativa e judicial.*

2. *No tocante às disposições relativas às matérias que correspondem à competência das entidades componentes da federação, o governo nacional deve tomar imediatamente as medidas pertinentes, em conformidade com sua Constituição e com suas leis, a fim de que as autoridades competentes das referidas entidades possam adotar as disposições cabíveis para o cumprimento desta Convenção.*

3. *Quando dois ou mais Estados-partes decidirem constituir entre eles uma federação ou outro tipo de associação, diligenciarão no sentido de que o pacto comunitário respectivo contenha as disposições necessárias para que continuem sendo efetivas no novo Estado, assim organizado, as normas da presente Convenção.*

17. Na Lei de Diretrizes e Bases da Educação – LDB – Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, novamente a sociedade brasileira reafirma o dever do Estado (e da sociedade) de fornecer atendimento educacional especializado gratuito aos estudantes com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades/superdotação, transversal a todos os níveis, etapas e modalidades, preferencialmente na rede regular de ensino (art. 4º, III).

18. Nos arts. 59 e 60 a LDB dispõe que **os sistemas de ensino assegurarão aos estudantes com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades/superdotação** currículos, métodos, técnicas, recursos educativos e organização específicos, para atender às suas necessidades; professores com especialização adequada em nível médio ou superior, para atendimento educacional especializado, bem como professores do ensino regular capacitados para a inclusão desses educandos nas classes comuns; e acesso igualitário aos benefícios dos programas sociais suplementares disponíveis para o respectivo nível do ensino regular; e que os órgãos normativos dos sistemas de ensino estabelecerão critérios de caracterização das instituições privadas sem fins lucrativos, especializadas e com atuação exclusiva em educação especial, para fins de apoio técnico e financeiro pelo Poder Público.

19. Especificamente à pessoa com transtorno do espectro autista, a Lei nº 12.764, que criou a Política Nacional de Proteção dos Direitos das Pessoas com Transtorno do Espectro Autista, traz como diretriz **a participação da comunidade na formulação de políticas públicas voltadas para as pessoas com transtorno do espectro autista e o controle social da sua implantação, acompanhamento e avaliação.**

20. E para assegurar o direito a não-discriminação e a educação, entendido este direito como fator de promoção da dignidade, da inclusão social e do desenvolvimento como cidadão e ser humano, o art. 7º traz sanção ao gestor escolar, ou autoridade competente, que recusar a matrícula de aluno com transtorno do espectro autista, ou qualquer outro tipo de deficiência, punindo-o com multa de 3 (três) a 20 (vinte) salários-mínimos.

Poder de polícia administrativa na área educacional

21. Pois bem. Evidenciado o caráter anticonvencional, inconstitucional e ilegal da postura da instituição de ensino básico, resta-nos dirimir a dúvida objeto da consulta: de quem é a atribuição de fazer valer o art. 7º da Lei nº 12.764, de 2012? Do Ministério da Educação ou do sistema de ensino titular do poder regulatório?

22. No âmbito do direito educacional, as disposições normativas obedecem à competência legislativa concorrente prevista no art. 24 da Carta Magna. A disposição geral é complementada pelo art. 211, dos quais se extraem as competências dos entes federativos:

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

§ 1º A União organizará o sistema federal de ensino e o dos Territórios, financiará as instituições de ensino públicas federais e exercerá, em matéria educacional, função redistributiva e supletiva, de forma a garantir equalização de oportunidades educacionais e padrão mínimo de qualidade do ensino mediante assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios;

§ 2º Os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil.

§ 3º Os Estados e o Distrito Federal atuarão prioritariamente no ensino fundamental e médio.

§ 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.

23. A LDB destrincha o tema com maior detalhe, nos seguintes termos:

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

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

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

(...)

Art. 10. Os Estados incumbir-se-ão de:

I - organizar, manter e desenvolver os órgãos e instituições oficiais dos seus sistemas de ensino;

II - definir, com os Municípios, formas de colaboração na oferta do ensino fundamental, as quais devem assegurar a distribuição proporcional das responsabilidades, de acordo com a população a ser atendida e os recursos financeiros disponíveis em cada uma dessas esferas do Poder Público;

III - elaborar e executar políticas e planos educacionais, em consonância com as diretrizes e planos nacionais de educação, integrando e coordenando as suas ações e as dos seus Municípios;

IV - autorizar, reconhecer, credenciar, supervisionar e avaliar, respectivamente, os cursos das instituições de educação superior e os estabelecimentos do seu sistema de ensino;

V - baixar normas complementares para o seu sistema de ensino;

(...)

Art. 11. Os Municípios incumbir-se-ão de:

(...)

IV - autorizar, credenciar e supervisionar os estabelecimentos do seu sistema de ensino;

V - oferecer a educação infantil em creches e pré-escolas, e, com prioridade, o ensino fundamental, permitida a atuação em outros níveis de ensino somente quando estiverem atendidas plenamente as necessidades de sua área de competência e com recursos acima dos percentuais mínimos vinculados pela Constituição Federal de 1988 à manutenção e desenvolvimento do ensino.

Parágrafo único. Os Municípios poderão optar, ainda, por se integrar ao sistema estadual de ensino ou compor com ele um sistema único de educação básica.

24. Do que se lê, à luz da Constituição Federal de 1988 e da LDB, cada ente federativo possui competências e atribuições, distintas segundo o nível do ensino, cabendo aos Estados e à União, além de suas competências próprias, coordenar a atuação dos níveis regionais e locais. Cada ente federativo possui um poder regulatório de ensino, que compreende atividades de normatização, fomento, tolerância, fiscalização e punição, exercidas em face dos estabelecimentos que compõe o seu sistema.

25. Traduzindo isso na política de proteção da pessoa com transtorno do Espectro Autista, a Lei nº 12.764, de 2012 e o Decreto nº 8.368, de 2014, trouxeram normas que **permitem concluir sem maiores dificuldades ser do Município de Florianópolis**, a atribuição para coibir a prática discriminatória de recusa à matrícula de aluno com deficiência, posto que à União compete o exercício do poder de supervisão de seu próprio sistema de ensino – superior – e o dever de, quando informada, instar ao respectivo sistema de ensino a adoção de providências que impeçam condutas atentatórias ao Plano Nacional de Proteção da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista.

26. De fato, no poder de polícia que foi atribuído ao sistema municipal de ensino para fiscalizar encontra-se incluso o poder-dever de sancionar. Nesse sentido, ilustrativa a lição de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, quanto ao conteúdo da Polícia Administrativa, que consiste em quatro

modos de atuação: a ordem de polícia, o consentimento de polícia, a fiscalização de polícia e a sanção de polícia².

27. A ordem de polícia seria a instituição de lei limitadora de direitos em prol de um valor comunitário – segurança, urbanidade, qualidade do serviço, ordem etc. – expresso nos diversos enunciados referidos ao longo dessa manifestação, que evidenciam a necessidade de respeito aos direitos fundamentais da pessoa com transtorno do espectro autista.

28. O consentimento de polícia *é o ato administrativo de anuência que possibilita a utilização da propriedade particular ou o exercício da atividade privada*³, materializado no Direito Educacional nos diversos atos de autorização necessários para que as entidades educacionais ingressem no sistema e possam ofertar serviços educacionais (observando o cumprimento das normas gerais de educação, conforme art. 209, *caput* e I, da Constituição Federal de 1988), os quais devem assegurar igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; pluralismo de ideais e de concepções pedagógicas e garantia de padrão de qualidade.

29. A fiscalização de polícia, segundo o festejado Autor, *serve para a verificação do cumprimento das ordens de polícia, revelando dupla funcionalidade: realiza a prevenção das infrações pela observação do cumprimento, pelos administrados, das ordens e dos consentimentos de polícia; e, em segundo lugar, prepara a repressão das infrações pela constatação formal dos atos infratores*.⁴

30. Por fim, a sanção de polícia *é a submissão coercitiva do infrator a medidas inibidoras (compulsivas) ou dissuasoras (suasivas) impostas pela Administração, travestindo-se em ato unilateral, extroverso e interventivo, que visa a assegurar, por sua aplicação, a repressão da infração e a restabelecer o atendimento do interesse público, compelindo o infrator à prática de ato corretivo, dissuadindo-o ou de iniciar ou de continuar a cometer uma transgressão administrativa*.⁵

31. Logo, consoante o robusto entendimento doutrinário, percebe-se que tendo a Secretaria Municipal de Florianópolis competência para regular o sistema de ensino municipal e fiscalizar as instituições de ensino componentes do respectivo sistema de ensino, é evidente que também possui competência sancionatória para aplicar o art. 7º da Lei nº 12.764, de 2012. Tal conclusão dessume tanto dessa lei quanto da LDB e da Constituição Federal de 1988.

² NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Curso de Direito Administrativo. Parte introdutória, parte geral e parte especial*.15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, pp. 444-7

³ Op. cit., p. 445.

⁴ Idem, pp. 446-7.

⁵ Idem, p. 447.

Do procedimento para apuração e aplicação da sanção prevista no art. 7º da Lei nº 12.764, de 2012.

32. Por fim, o procedimento para apuração e aplicação da sanção prevista no art. 7º da Lei nº 12.764, de 2012 deve ser formatado, segundo as leis estaduais e municipais do respectivo sistema de ensino, em face da autonomia administrativa de que gozam.

33. Nada obstante, a União (MEC, SECADI e SASE⁶) em seu papel de cooperação e coordenação dos sistemas de ensino, em conjunto com as Secretarias Estaduais de Educação pode disseminar o **know how** existente, auxiliando as autoridades legais na construção de um procedimento em que seja assegurado o devido processo legal, à luz dos princípios e regras que regem o processo administrativo no âmbito federal (Lei nº 9.784, de 1999).

III - CONCLUSÃO

Da resposta à consulta

34. Em resposta à consulta formulada pela SECADI, respondo, salvo melhor juízo:

Qual o órgão competente para instaurar processo administrativo, com o objetivo de aplicar multa ao gestor escolar, ou autoridade competente, que recusar matrícula de estudantes com deficiência em instituição de ensino pública e privada, respeitadas as atribuições cabíveis a cada ente federado?

35. A competência para instaurar processo administrativo com vistas ao exame de conduta subsumível ao art. 7º da Lei nº 12.764, de 2012 é do sistema de ensino que credenciou a instituição de ensino.

Qual o procedimento a ser adotado para a correta instrução processual?

36. Cada ente federativo possui competência para dispor sobre o seu próprio processo administrativo (art. 24 da Constituição Federal de 1988), porém o procedimento deve se iniciar com a denúncia ou representação da infração, seguindo-se a coleta de informações administrativas sobre a instituição de ensino (eventual reincidência, dados administrativos, nome do gestor e da entidade mantenedora etc.) e posterior notificação para apresentação de defesa e indicação de provas, em prazo razoável, seguindo-se uma etapa de diligências eventuais e julgamento por instância administrativa responsável pela supervisão das entidades, prevendo-se, ainda, uma instância recursal ao menos.

⁶ Secretaria de Articulação com os Sistemas de Ensino (SASE)

37. A SECADI, por intermédio da SASE, pode disseminar o procedimento que já utiliza, como forma de cooperação e uniformizar a matéria nos demais sistemas de ensino.

Após regular processo administrativo para aplicar multa ao gestor escolar, ou autoridade competente, qual o órgão competente para exigir o efetivo cumprimento das sanções nele previstas?

38. O próprio órgão regulatório que instaurou procedimento contra a Instituição de ensino é, por seu dirigente máximo, competente para a aplicação da sanção prevista no art. 7º da Lei nº 12.764, de 2012.

39. Com essas considerações, determino o envio dos autos à SECADI, órgão consultente, para que informe à Secretaria de Ensino de Florianópolis e a 25ª Promotoria de Justiça da Comarca da Capital o entendimento adotado no presente parecer.

40. Ao Setor de Apoio administrativo para os registros, arquivamentos e providências pertinentes.

Brasília, 9 de março de 2015

HENRIQUE TRÓCCOLI JÚNIOR

Procurador Federal

Consultor Jurídico Adjunto na Matéria Educacional

Coordenador-Geral de Assuntos Educacionais