

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS  
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO

SOFIA FERREIRA RABELO DE CARVALHO

**A CRECHE E O JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1008166: A  
EFETIVAÇÃO DO DIREITO À EDUCAÇÃO PARA CRIANÇAS DE 0 A 3 ANOS NO  
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Rio de Janeiro

2022

SOFIA FERREIRA RABELO DE CARVALHO

A CRECHE E O JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1008166: A  
EFETIVAÇÃO DO DIREITO À EDUCAÇÃO PARA CRIANÇAS DE 0 A 3 ANOS NO  
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Dr. Fábio Corrêa Souza de Oliveira.

Rio de Janeiro

2022

## CIP - Catalogação na Publicação

C331c Carvalho, Sofia Ferreira Rabelo de  
A CRECHE E O JULGAMENTO DO RECURSO  
EXTRAORDINÁRIO 1008166: A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À  
EDUCAÇÃO PARA CRIANÇAS DE 0 A 3 ANOS NO ORDENAMENTO  
JURÍDICO BRASILEIRO / Sofia Ferreira Rabelo de  
Carvalho. -- Rio de Janeiro, 2022.  
84 f.

Orientador: Fábio Corrêa Souza de Oliveira.  
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -  
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade  
Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2022.

1. infância. 2. direito à creche. 3.  
judicialização. 4. políticas públicas. I. Oliveira,  
Fábio Corrêa Souza de , orient. II. Título.

SOFIA FERREIRA RABELO DE CARVALHO

A CRECHE E O JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1008166:  
EFETIVAÇÃO DO DIREITO À EDUCAÇÃO PARA CRIANÇAS DE 0 A 3 ANOS NO  
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Dr. Fábio Corrêa Souza de Oliveira.

Data da Aprovação:

23/12/2022.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Fábio Corrêa Souza de Oliveira

Orientador

Prof. Dr. Emiliano Brunet

Membro da Banca

Profª. Ma. Sabrina Jiukoski da Silva

Membro da Banca

Rio de Janeiro

2022

## AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Marília e Romildo, pelo apoio e amor incondicionais. Vocês são a minha base e meu maior orgulho.

Aos meus familiares, no Rio, Ceará ou em qualquer lugar do mundo, que me acolhem e me fazem sentir parte de uma história muito maior.

Ao meu orientador Fábio Oliveira, pela confiança e disponibilidade durante todo o processo de construção deste trabalho.

À professora Patrícia Corsino, que me orienta há quatro anos como bolsista PIBIC na Faculdade de Educação e me deu todo o suporte para fazer essa ponte entre o direito e a educação. Sua voz está presente em todo este trabalho, muito obrigada pelo carinho e pela oportunidade de ter uma experiência tão rica e completa com a pesquisa.

A cada participante do Grupo de Estudos e Pesquisa em Infância, Linguagem e Educação, por me acolherem e ensinarem, a cada encontro, como é rico o conhecimento científico construído coletivamente, com afeto e arte.

Aos professores da banca examinadora, Sabrina Jiukoski e Emiliano Brunet, pela disponibilidade de participação na avaliação deste trabalho.

Aos professores e professoras que marcaram toda a minha trajetória, pelo comprometimento e paixão pela educação. Um especial agradecimento a Débora Marinho, Paulo Henrique Barbosa de Andrade, Valéria Baptista, Katiúscia Ribeiro, Aza Njeri, José Roberto Xavier, Phillipe Almeida Luciano Nuzzo e Alessandra Takche.

Às minhas amigas, das mais antigas às mais recentes, pelo apoio e leveza que trouxeram à minha vida durante a esses anos de graduação. Obrigada Amanda, Ana Clara, Carol, Clarice, Gabriel, Giovana, Goiano, Ícaro, Izabela, João Pedro, João Marcos, Júlia, Luah, Luiza, Mariana, Marina, Helena, Júlia, Rafael, Rafael Basílio e Renan.

À Marilene, pela escuta e torcida durante essa caminhada.

Aos colegas e funcionários da Faculdade de Direito, pelos encontros, sorrisos e momentos especiais que fizeram toda a diferença.

## RESUMO

A creche para crianças de 0 a 3 anos é prevista na Constituição de 1988 como um dever do Estado, etapa não obrigatória do ensino básico. Diante da realidade de muitas crianças sem vagas em creches públicas, muitas famílias, há anos, acessam o Judiciário para assegurar vagas em creches enquanto parte direito subjetivo das crianças à educação. Os Municípios, por sua vez, alegam insuficiência de recursos para ampliação da rede pública de creches e que esta modalidade no ensino não constitui direito subjetivo exigível. Recentemente, o Supremo Tribunal, no julgamento do Recurso Extraordinário 1008166, em repercussão geral, fixou a tese de que a oferta de educação básica (incluindo a creche) é um direito constitucional assegurado às crianças, com eficácia plena e imediata, sendo dever jurídico do Poder Público dar efetividade integral a esse direito, que pode ser exigido na justiça individualmente. O presente estudo, por meio da análise dos principais argumentos levantados no julgamento do RE 1008166 dentro de uma perspectiva histórica, busca de compreender a relevância da decisão para a efetivação do direito à creche no Brasil, assim como as diferentes concepções de infância que marcam os discursos presentes nos textos normativos e nas decisões judiciais relativas ao tema.

Palavras-chave: infância; direito à creche; judicialização; políticas públicas;

## RESUMEN

La guardería para niños de 0 a 3 años está prevista en la Constitución de 1988 como un deber del Estado, etapa no obligatoria de la educación básica. Ante la realidad de muchos niños sin plazas en las guarderías públicas, muchas familias, desde hace años, han accedido al Poder Judicial para asegurar plazas en las guarderías como parte del derecho subjetivo de los niños a la educación. Los Municipios, por su parte, alegan insuficiencia de recursos para ampliar la red pública de guarderías y que este tipo de educación no constituye un derecho subjetivo exigible. Recientemente, la Corte Suprema, en la sentencia del Recurso Extraordinario 1008166, con repercusiones generales, estableció la tesis de que la provisión de educación básica (incluida la guardería) es un derecho constitucional garantizado a los niños, con plena e inmediata efectividad, siendo el deber legal de el Poder Público dé plena efectividad a este derecho, que podrá ser exigido judicialmente de forma individual. El presente estudio, a través del análisis de los principales argumentos planteados en la sentencia del RE 1008166 en una perspectiva histórica, busca comprender la relevancia de la decisión para la realización del derecho a la guardería en Brasil, así como las diferentes concepciones de niñez que marcan los discursos presentes en los textos normativos y en las decisiones judiciales relacionadas con el tema.

Palabras clave: niñez; derecho a la guardería; judicialización; políticas públicas;

## **LISTA DE ABREVIATURAS**

CLT - Consolidação das Leis do Trabalho trabalhadora

EC – Emenda Constitucional

ECA - Estatuto da Criança e do Adolescente

FUNDEB – Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação

FUNDEF - Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério

LBA - Lei Brasileira de Assistência LDB - Lei de Diretrizes e Bases

PNE - Plano Nacional de Educação

RE – Recurso Extraordinário

SESC - Serviço Social do Comércio

SESI - Serviço Social da Indústria

STF – Supremo Tribunal Federal

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>12</b>
<b>2</b>	<b>A INFÂNCIA E A CRECHE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO</b> ..	<b>16</b>
<b>2.1</b>	<b>A Consolidação das Leis do Trabalho e a creche como direito da mulher trabalhadora</b> .....	<b>19</b>
<b>2.2</b>	<b>A Creche no regime militar</b> .....	<b>20</b>
<b>2.3</b>	<b>A criança cidadã</b> .....	<b>23</b>
<b>2.4</b>	<b>A criança e a educação na Constituição de 1988</b> .....	<b>23</b>
<b>2.5</b>	<b>O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)</b> .....	<b>25</b>
<b>2.6</b>	<b>A Lei de Diretrizes e Bases (LDB)</b> .....	<b>26</b>
<b>2.7</b>	<b>A Emenda Constitucional de 2006: inclusão da creche no FUNDEB</b> .....	<b>27</b>
<b>2.8</b>	<b>O Plano Nacional de Educação (PNE) e o regime de colaboração entre os entes federados</b> .....	<b>29</b>
<b>2.9</b>	<b>O Marco Legal da Primeira Infância</b> .....	<b>31</b>
<b>3</b>	<b>A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À CRECHE: POLÍTICAS PÚBLICAS E O JUDICIÁRIO</b> .....	<b>33</b>
<b>3.1</b>	<b>Eficácia jurídica e direitos públicos subjetivos</b> .....	<b>40</b>
<b>3.1.1</b>	<b>Tipos de eficácia jurídica</b> .....	<b>41</b>
<b>3.1.2</b>	<b>Juízo discricionário</b> .....	<b>44</b>
<b>3.1.3</b>	<b>A eficácia jurídica de normas programáticas e direitos sociais: desafios e perspectivas</b> .....	<b>46</b>
<b>3.2</b>	<b>A educação como direito fundamental social: um olhar voltado para a eficácia jurídica do segmento creche</b> .....	<b>49</b>
<b>3.2.1</b>	<b>Cobertura e atendimento à creche no plano nacional: separação de poderes, financiamento, políticas públicas</b> .....	<b>51</b>
<b>3.3</b>	<b>A judicialização de políticas públicas no acesso à creche</b> .....	<b>56</b>
<b>4</b>	<b>O RE 1008166</b> .....	<b>58</b>
<b>4.1</b>	<b>Exposição dos votos</b> .....	<b>59</b>
<b>4.1.1</b>	<b>Crerios e condicionantes ao acesso a vagas na educaço infantil: reduo do impacto da judicializao na organizao da poltica pblica ou formao de bolhas sociais?.....</b>	<b>60</b>
<b>4.1.2</b>	<b>Fixao da tese de repercusso geral: preocupaes com a inocuidade da deciso e definio do cerne da discusso.....</b>	<b>62</b>

<b>4.1.3 Educação como falsa prioridade: efetividade e orçamento .....</b>	<b>65</b>
<b>4.1.4 Educação infantil e o combate à desigualdade social e de gênero .....</b>	<b>69</b>
<b>5. CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>73</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>78</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988 estabeleceu a criança como prioridade absoluta, cuja responsabilidade na proteção e efetivação de seus direitos à vida, saúde, educação, lazer, dignidade, entre outros, é compartilhada entre família, Estado e sociedade<sup>1</sup>. Dessa forma, o serviço de atendimento à primeira infância, no Brasil, envolve toda uma rede de políticas, agentes e setores públicos.

O presente estudo entende a infância enquanto uma categoria geracional atravessada por questões de classe, gênero, etnia, raça e território. Portanto, ainda que o tempo histórico seja compartilhado e permita algumas aproximações geracionais, há desigualdades e diferenças intrageracionais que marcam a coexistência de diferentes infâncias (QVORTRUP, 2010), que necessitam ser visibilizadas nos textos legais e na formulação e efetivação de políticas públicas, sob o risco de violação da igualdade no alcance das políticas em sua fase de execução. (BARCELLOS, 2018, p. 257)

A concepção da criança como sujeito integral, social, histórico e cultural, cujo desenvolvimento se dá simultaneamente nos aspectos físico, emocional e cognitivo, deve conduzir todas as políticas públicas voltadas a esse segmento da população. A partir do momento que nasce, a criança é, portanto, sujeito de direitos, dentre os quais se encontra o direito à educação pública e de qualidade. Na Educação Infantil, o educar e o cuidar são indissociáveis, e a oferta de educação formal é uma forma de garantir que as crianças irão interagir com outras crianças, serão vistas, cuidadas e alimentadas. (NUNES, 2011, p. 13).

É dever do Estado garantir a educação básica formal e institucional, cuja primeira etapa é o segmento de 0 a 5 anos, a Educação Infantil. A obrigatoriedade escolar tem início aos 4 anos, mas como a educação é um direito social<sup>2</sup> da criança desde o momento em que nasce, a

---

<sup>1</sup> CF/88: “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.”

<sup>2</sup> CF/88: “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

oferta de creche para crianças de 0 a 3 anos deve ser garantida pelo Estado para aqueles que dela desejarem <sup>3</sup>.

A partir da compreensão da educação enquanto direito social, que nasce com a criança, a oferta de vagas em creches, que se dá por meio de políticas públicas, indica se este direito está sendo efetivado ou não.

Conforme estabelece a Constituição, a Educação Infantil é de competência do Município, ainda que compartilhada com os demais entes federativos.<sup>4</sup> A falta de oferta de vagas em creches na rede pública na localidade de residência do educando permite que os recursos públicos sejam destinados a uma instituição de ensino privada<sup>5</sup>, de padrão e custos similares aos da rede pública, até que o Município em questão tenha condições de expandir sua rede na localidade (BARCELLOS, 2011, pg. 310).

A capacidade limitada de vagas ofertadas nos municípios provoca um número significativo de crianças em fila de espera por vagas nas creches públicas<sup>6</sup>. Dessa forma, na ausência ou insuficiência da oferta de creches por meio de políticas públicas, muitas famílias recorrem ao judiciário em busca de alocar suas crianças neste segmento da Educação Infantil, para ter efetivado o direito social à educação, processo conhecido como judicialização. Ocorre que, conforme o modelo federativo de Estado brasileiro, a tripartição dos poderes estabelece que a esfera de atuação de um dos poderes não pode ultrapassar a do outro. Assim, o dilema que se estabeleceu por anos foi: não cabe ao Judiciário interferir em políticas públicas do Executivo, ao mesmo tempo em que não pode se manter inerte perante uma demanda por cumprimento de um direito subjetivo como a educação.

---

<sup>3</sup> CF/88: “Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezesete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria; IV - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade;

<sup>4</sup> Art. 211. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão em regime de colaboração seus sistemas de ensino § 2º Os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil.

<sup>5</sup> Art. 213. Os recursos públicos serão destinados às escolas públicas, podendo ser dirigidos a escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, definidas em lei, que: § 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.

<sup>6</sup> Em 2018, estimava-se que um terço das crianças de 0 a 3 anos mais pobres do Brasil estava fora da creche por falta de vaga (MORENO, 2018).

Com a decisão do Recurso Extraordinário 1008166, Tema 548 da repercussão geral, relativo ao dever estatal de assegurar o atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a 5 (cinco) anos de idade, o Supremo Tribunal Federal fixou a tese de que a oferta de educação básica (que inclui a creche) é um direito constitucional assegurado às crianças, com eficácia plena e imediata, sendo dever jurídico do Poder Público dar efetividade integral a esse direito, que pode ser exigido na justiça individualmente, conforme abaixo:

1. A educação básica em todas as suas fases - educação infantil, ensino fundamental e ensino médio - constitui direito fundamental de todas as crianças e jovens, assegurado por normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade direta e imediata. 2. A educação infantil compreende creche (de zero a 3 anos) e a pré-escola (de 4 a 5 anos). Sua oferta pelo Poder Público pode ser exigida individualmente, como no caso examinado neste processo. 3. O Poder Público tem o dever jurídico de dar efetividade integral às normas constitucionais sobre acesso à educação básica. (Presidência da Ministra Rosa Weber. Plenário, 22.9.2022.)

Os principais argumentos levantados pela parte contrária, o Município de Criciúma (SC), foram os de que o atendimento em creche é norma programática e não imperativa, não condicionando o Município de forma integral e imediata e que não cabe ao Judiciário impor despesas que não estavam previstas nos orçamentos dos Municípios (SANTA CATARINA, 2009).

A referida decisão é ainda muito recente para aferir seus efeitos, mas afeta, pelo menos, 28.826 processos que tratam do tema (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2022) e se insere numa ampla discussão que envolve questões relativas ao modelo federativo de Estado, direitos fundamentais e o movimento histórico de luta por creches perante o Poder Público.

Assim, sendo a criança considerada atualmente prioridade absoluta do ordenamento jurídico brasileiro, analisar (i) a concepção de criança e seu direito à educação nos principais marcos legais do ordenamento jurídico brasileiro, a partir do contexto histórico, político e social de cada época; (ii) como se dá o financiamento de políticas públicas voltadas para a oferta de creches no Brasil, assim como; (iii) o processo de judicialização envolvendo demandas por vagas em creches e; (iv) os principais argumentos levantados no julgamento do RE 1008166 é relevante para compreender a postura do Estado diante da necessidade de viabilizar a efetivação ao direito à educação no segmento de 0 a 3 anos.

O presente trabalho tem por objetivo geral compreender como o acesso à creche, enquanto efetivação do direito à educação, é viabilizado pelo Poder Público. Para tanto, desenvolveram-se os seguintes objetivos específicos: (i) compreender, a partir de uma perspectiva histórica, política e social, a alteração da concepção de infância e da educação como direito no ordenamento jurídico brasileiro, analisando questões como: quem são os sujeitos do direito à creche; os responsáveis pelo seu oferecimento e como se dá o financiamento desse serviço; (ii) compreender como ocorre o processo de judicialização envolvendo demandas por vagas em creches; (iii) compreender os principais argumentos levantados no julgamento do RE 1008166, dentro de uma perspectiva histórica, levando em consideração as diferentes forças atuantes no processo e seus possíveis desdobramentos.

Metodologicamente, o presente trabalho foi desenvolvido a partir da pesquisa bibliográfica e da análise documental dos textos normativos e da gravação do julgamento do Recurso Extraordinário 1008166 disponível no canal do STF da plataforma Youtube. O procedimento para a análise das gravações consistiu em assisti-las, resumindo os principais pontos levantados por cada Ministro e transcrevendo algumas falas, organizando-as em eventos discursivos, que por sua vez foram organizados em coleções para análise.

O trabalho faz primeiro movimento de procurar compreender como, no processo histórico, as concepções de criança e infância foram construídas e compreendidas para a formulação de leis e políticas públicas voltadas à educação, em especial o segmento da creche, até o presente, a partir da análise dos principais marcos legais relativos à infância, desde a Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), primeiro documento normativo que trouxe em seu texto o direito à creche, até as leis (atos normativos) mais atuais.

Após conhecer a noção de infância e criança consolidadas no ordenamento jurídico brasileiro que orientam a formulação de políticas públicas, incluindo o seu financiamento, a pesquisa busca explorar os conceitos de direitos sociais, políticas públicas, separação de poderes, eficácia jurídica e judicialização a partir da revisão bibliográfica dos autores selecionados.

Por fim, a pesquisa busca analisar o julgamento do RE 1008166 dentro de uma perspectiva interdisciplinar, com enfoque na construção histórica das diferentes concepções de infância que se mostram presentes nos discursos dos Ministros e nos textos legais mencionados,

fim de obter um panorama mais amplo sobre a oferta do serviço público da creche e sobre a efetivação do direito à educação para crianças de 0 a 3 anos no Brasil.

## **2 A INFÂNCIA E A CRECHE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Para compreender a concepção de infância no ordenamento jurídico brasileiro, inclusive nas políticas públicas voltadas à infância, não se pode perder de vista o contexto histórico, político e social brasileiro. Como já mencionado, a categoria geracional infância é atravessada por questões de classe, gênero, etnia, raça, território, o que possibilita a coexistência de diferentes infâncias em um mesmo tempo histórico (QVORTRUP, 2010). Assim, a cada marco legal desenvolvido a seguir, busca-se dar um panorama geral das discussões relativas à infância vigoravam na época.

É importante a ressalva de que as discussões trazidas não correspondem à totalidade de vozes que versaram ou refletiram sobre a infância em cada momento histórico, tanto pela impossibilidade de abarcar toda essa extensão e pluralidade, quanto pelo apagamento histórico de muitas dessas vozes, incluindo as vozes das próprias crianças, sobretudo as crianças negras provenientes de famílias pobres.

Até porque, concepções de infância distintas foram elaboradas por diferentes projetos societários, que correspondem a projetos de classe que “apresentam uma imagem de sociedade a ser construída, que reclamam determinados valores para justificá-la e que privilegiam certos meios (materiais e culturais) para concretizá-la” (NETTO, 2006, p.2). Assim, historicamente, “os projetos societários que respondem aos interesses das classes trabalhadoras e subalternas sempre dispõem de condições menos favoráveis para enfrentar os projetos das classes proprietárias e politicamente dominantes.” (NETTO, 2006, p.2)

O ponto de partida escolhido para dar início à presente análise foi a primeira aparição da obrigatoriedade da Instituição creche no ordenamento jurídico brasileiro, que foi no Decreto-Lei nº 5.452 de 1º de maio de 1943 (CLT), durante o Estado-Novo.

Contudo, cabe antes a contextualização de que a desigualdade marcou as políticas de atendimento à criança no Brasil, que remontam o início do século XIX, a partir de dois diferentes modelos de infância importados da Europa, que sofreram algumas variações em

território brasileiro: por um lado, as crianças de famílias pobres, negras, indígenas, órfãs, abandonadas e deficientes e, por outro, as crianças provenientes de famílias das classes média e alta, dos brancos e proprietários (NUNES, CORSINO, DIDONET, 2011, p. 17,18).

Essa divisão culminou, no século XX, em expressões com cargas altamente ideológicas que orientaram políticas até os debates em torno da Constituição de 1988: a “criança” e o “menor”. Enquanto a “criança” era o filho do proprietário, branco, com ascendência europeia, cujo futuro esperava-se o de desenvolvimento pessoal e profissional, o termo “menor” surgiu enquanto categoria para designar a infância pobre (RIZZINI, 2011b, pág.134), carente nos sentidos material e emocional, cuja projeção de futuro, se escapasse do alto índice da mortalidade infantil, era de marginalidade ou risco social (NUNES, CORSINO, DIDONET, 2011, p. 18).

A creche no Brasil também surgiu a partir da importação de modelos europeus de atendimento à criança, com caráter assistencial para crianças órfãs, abandonadas ou filhos de mulheres que exerciam trabalho extradomiciliar, visando o “cuidado físico, saúde, alimentação, formação de hábitos de higiene, comportamentos sociais” (NUNES, CORSINO, DIDONET, 2011, p. 18).

As creches das décadas de 1920 a 1950, quando oferecidas fora da indústria, eram escassas e oferecidas em caráter filantrópico, especialmente por entidades privadas de caridade ou religiosas (AGUIAR, 2011, pág. 31), com o atendimento voltado para crianças órfãs ou abandonadas pelas famílias, que não tinham condições de criá-las sozinhas.

Essas instituições, contudo, não tinham como dar assistência a tantas crianças abandonadas, situação que foi elevada a problema de Estado, alvo de políticas sociais e legislação específicas. (PASSETTI, 2021, pág. 347).

Começou a ganhar força o discurso de que a falta de família estruturada era a razão da criminalidade nas pessoas pobres e do ativismo político, e o Estado passou a assumir responsabilidade pelas questões relativas à educação, saúde e punição de crianças e adolescentes, defendendo a integração de crianças pobres e jovens pelo trabalho e a família monogâmica e estruturada (PASSETTI, 2021, pág. 348-349). Durante a ditadura do Estado Novo, em 1927, foi instituído o Código de Menores, a primeira codificação voltada para a

proteção de crianças e adolescentes. Foi essa a primeira legislação que vedou o trabalho para menores de 12 anos no Brasil, mas a realidade de muitas crianças e adolescentes continuou sendo marcada pela inserção no mercado de trabalho e exploração.

A partir da década de 1930, com a industrialização crescente dos centros urbanos sem o acompanhamento de devidas políticas de saneamento básico, moradia e planejamento urbano, as grandes cidades brasileiras viviam no risco iminente de epidemias, especialmente entre a população pobre, que ocupava cortiços, casas de aluguel, barracos em favelas ou construções clandestinas.

Diante desse contexto, médicos e sanitaristas começaram a advogar pela creche, e outros grupos politicamente influentes passaram a defender a creche como promotora de bem-estar social, um instrumento de prevenção da marginalidade e criminalidade de crianças e jovens pobres (AGUIAR, 2011, pág. 32).

Vale ressaltar que essas visões de infância características do modelo europeu são fortemente marcadas pela noção de desenvolvimentismo, perspectiva que moldou processos de subjetivação ao longo do século XIX sob dois principais eixos: o que diferencia a espécie humana como a mais evoluída das demais espécies e o que considera a trajetória humana como uma evolução do estágio inferior da infância até a maturidade (CASTRO 2013, pg. 90).

A natureza das crianças foi construída como incompleta cujo destino consistiu em trabalhar no presente para adquirir existência social no futuro. Por não estarem ainda preparadas para fazer parte das atividades políticas, as crianças ficaram aguardando seu momento de ingresso, geralmente, estipulado em torno dos dezoito anos. Construída como o outro do adulto, a identidade das crianças foi edificada a partir da negação do que era ser adulto. (CASTRO, 2013, p. 91)

Para a análise dos textos normativos, precisa-se ter em mente que interesses estavam em disputa, tanto pela luta e reivindicações de minorias sociais quanto às disputas políticas dentro de uma mesma elite letrada que vivia o paradoxo de procurar educar o povo para formar trabalhadores qualificados e sadios, ao mesmo passo em que desejavam manter seus privilégios,

prevalecendo sobre as políticas educacionais um contexto de vigilância e controle, sem muitas possibilidades de ascensão social (RIZZINI, 2011b, pág. 143).

## **2.1 A Consolidação das Leis do Trabalho e a creche como direito da mulher trabalhadora**

A década de 1930 foi marcada pelo surgimento de instituições voltadas à saúde e à educação que refletiam as mudanças políticas, econômicas e sociais da época, como a mudança no modelo econômico adotado (da monocultura latifundiária para a importação de uma produção mais diversificada), a expansão do setor industrial e dos centros urbanos, a ampliação da classe média e do proletariado industrial e a alteração e reorganização dos aparelhos estatais com traços centralizadores e, posteriormente, ditatoriais, no Estado-Novo (KRAMER, 1995, p. 56, 57).

A questão da infância começou a ganhar evidência dentro de um discurso oficial de reforço ao patriotismo e desenvolvimento da nação, que demonstrava uma visão única e abstrata de infância que implica na existência de uma “natureza infantil”, encarnada na criança burguesa, que deve ser cuidada e preparada para a vida adulta, sem desempenhar um papel de destaque nas relações sociais (KRAMER, 1995, p. 19, 21, 57). Dentro dessa perspectiva, há evidente apagamento da infância de crianças provenientes de famílias pobres que já faziam parte do processo produtivo, cujo trabalho era indispensável para a sua sobrevivência em razão de desigualdades sociais (KRAMER, 1995, p. 21). Há uma naturalização da desigualdade social e do encaminhamento da infância pobre para o trabalho precoce, marcando fortemente a visão de que “aos pobres e dominados caberia trabalhar, aos ricos e dominantes caberia dirigir a sociedade”(FALEIROS, 2011, p. 34).

Assim, a postura do Estado diante dessas crianças era a de procurar oferecer assistência "médico-higiênica" para evitar a mortalidade infantil e fortalecer a família, instituição que estaria em declínio pela inserção maior das mulheres no mercado de trabalho (KRAMER, 1995, p. 59, 65). Foram realizadas diversas ações estatais que tinham a criança pobre e sua família por objeto como forma de preparação de futuros cidadãos, dentro de uma lógica de política compensatória das insuficiências econômicas, sociais e culturais de suas famílias (RIZZINI, 2011a, p. 263)

O direito à creche teve sua primeira aparição no ordenamento jurídico brasileiro na CLT (1943),<sup>7</sup> onde se assegurou o direito à creche para as mães operárias. Trata-se de um direito atrelado, desde o seu surgimento, à luta e reivindicação de mulheres, em especial as mães trabalhadoras. No Brasil, a creche, antes mesmo de ser um direito da criança, era um direito da mãe operária.

É importante ressaltar que o estabelecimento de espaços reservados para a amamentação dos filhos nos locais de trabalho das mães, sem prejuízo do salário, era uma importante reivindicação anos antes da promulgação da CLT, sendo inclusive um dos objetos de discussão no I Congresso de Proteção à Infância, em 1922, que recomendou a promulgação de leis específicas relativas aos direitos das crianças (NUNES, CORSINO, DIDONET, 2011, p. 20).

Contudo, ainda que essa previsão legal constitua uma importante conquista, percebe-se a isenção, por parte do Estado, em assumir a responsabilidade pela construção e manutenção de creches para crianças em idade pré-escolar, cuja responsabilidade pela oferta recaía, inicialmente, sobre os empregadores das mães das crianças, para os quais trabalhassem pelo menos trinta mulheres, com mais de 16 anos de idade. Nessa proteção permanecia o caráter assistencialista e sanitário das creches, sem qualquer conotação educativa, que assegurava apenas o período de amamentação do bebê (NUNES, CORSINO, DIDONET, 2011, p. 22, 23).

## 2.2 A Creche no regime militar

O período do regime militar no Brasil foi fortemente marcado por continuidades e descontinuidades relacionadas à visão de infância e educação. Por um lado, os programas desenvolvidos para a primeira infância foram fortemente marcados por um caráter

---

<sup>7</sup> <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-5452-1-maio-1943-415500-publicacaooriginal-1-pe.html>

Art. 397. As instituições de Previdência Social construirão e manterão crèches nas vilas operárias de mais de cem casas e nos centros residenciais, de maior densidade, dos respectivos segurados.

Art. 398. As instituições de Previdência Social, de acordo com instruções expedidas pelo ministro do Trabalho, Indústria e Comércio, financiarão os serviços de manutenção das *crèches construídas pelos empregadores ou pelas instituições particulares idôneas*. (grifo nosso)

Art. 399. O Ministro da Trabalho, Indústria e Comércio conferirá diploma de benemerência aos empregadores que se distinguirem pela organização e manutenção das crèches e de instituições de proteção aos menores em idade pré-escolar, desde que tais serviços se recomendem por sua generosidade e pela eficiência das respectivas instalações.

Art. 400. *Os locais destinados à guarda dos filhos das operárias, durante o período da amamentação, deverão possuir, no mínimo, um berçário, uma saleta de amamentação, uma cozinha dietética e uma instalação sanitária* (grifo nosso)

compensatório, fundamentados na abordagem de privação cultural, que parte do princípio de que o fracasso escolar das crianças é reflexo do seu meio sociocultural, e não da estrutura do ensino escolar pautado nos padrões das classes médias (KRAMER, 1995, p. 11, 12). Por outro lado, importante ressaltar que esses projetos coexistiram com a circulação das ideias censuradas de Paulo Freire sobre a leitura de mundo e a importância do universo vocabular dos grupos populares para uma educação libertadora (FREIRE, 1989, p. 13).

A partir de 1967, com o Decreto-Lei nº 229, a exigência de oferta de creches poderia ser suprida por meio de creches distritais mantidas, diretamente ou mediante convênios, com outras entidades públicas ou privadas, pelas próprias empresas, em regime comunitário, ou a cargo do Serviço Social da Indústria (Sesi), do Serviço Social do Comércio (Sesc), da Legião Brasileira de Assistência (LBA) ou de entidades sindicais.<sup>8</sup> Esse dispositivo legal ampliou o tempo e objetivos definidos como local de guarda nas empresas, mas “não obteve grande aplicação no país e tornou-se inócua como política pública” (NUNES, CORSINO, DIDONET, p. 23).

A prática assistencialista das creches, em especial para as camadas pobres da sociedade, permanece ao longo do regime militar, o que só vem a mudar com a redemocratização. Ao longo da década de 1970, enquanto nas creches públicas prevalecia o caráter assistencial, nos jardins de infância, frequentados pelas crianças de classes abastadas, prevalecia o caráter educacional, com incentivo ao “desenvolvimento físico, social, afetivo e cognitivo, por meio de atividades lúdicas, do movimento e da autoexpressão”(NUNES, CORSINO, DIDONET, 2011, p. 18).

A creche oferecida pelo poder público, voltada para crianças pobres, esteve sob responsabilidade do Departamento de Segurança e Higiene do Trabalho, e ainda enfrentava o estigma de ser considerado um favor do Estado às mães trabalhadoras que não tinham condições de educar e cuidar de seus filhos durante a jornada de trabalho, como alternativa para evitar o

---

<sup>8</sup> Art. 389. Toda empresa é obrigada:

(...)

§ 1º Os estabelecimentos em que trabalharem pelo menos 30 (trinta) mulheres, com mais de 16 (dezesesseis) anos de idade, terão local apropriado onde seja permitido às empregadas guardar sob vigilância e assistência os seus filhos no período da amamentação.

§ 2º A exigência do § 1º poderá ser suprida por meio de creches distritais mantidas, diretamente ou mediante convênios, com outras entidades públicas ou privadas, pelas próprias empresas, em regime comunitário, ou a cargo do SESI, do SESC, da LBA ou de entidades sindicais." (BRASIL, 1943)

abandono dessas crianças (NUNES, CORSINO, DIDONET, 2011, p. 22). Apenas em 1974 a educação infantil passou a integrar o Ministério da Educação, ainda sem alterações legislativas em relação à concepção de infância (NUNES, CORSINO, DIDONET, 2011, p. 27).

Diante da falta de efetivação da previsão legal da oferta de creches e das constantes transformações sociais e econômicas que passaram a inserir, cada vez mais, as mulheres de classe média no mercado de trabalho, estas passaram a somar forças às reivindicações de mulheres-mães operárias, perante o poder público, por creches para seus filhos. Dentre os movimentos sociais que surgiram, um que alcançou grande visibilidade social foi o Movimento de Luta por Creche, fundado em 1979, no qual mulheres-mães dos principais centros urbanos demandaram perante o Estado não apenas um local para deixarem seus filhos durante seu expediente, mas que oferecesse um programa educacional de qualidade na creche (NUNES, CORSINO, DIDONET, 2011, p. 27).

No mesmo ano de 1979, foi aprovada a Lei nº 6.697/1979, que instituiu o novo Código de Menores. Em descompasso às reivindicações acima mencionadas, o novo código nada fez para alterar a visão assistencialista e de caridade da creche em direção a uma visão global do eixo cuidar e educar, pelo contrário, apenas reforçou a dicotomia criança/menor, da marginalização infância pobre enquanto questão de segurança pública presente no Código anterior. (NUNES, CORSINO, DIDONET, 2011, p. 26).

Em contrapartida, em 1981, o Ministério da Educação aprovou o Programa Nacional de Educação Pré-escolar, que reconhecia o papel da educação pré-escolar no desenvolvimento harmônico da criança, que demanda “uma ação integrada dos setores educação, saúde, alimentação e assistência social.” (NUNES, CORSINO, DIDONET, 2011, p. 27), o que não exclui as “necessárias medidas redistributivas de renda que elevem as condições das próprias famílias para proporcionarem os meios essenciais ao desenvolvimento de seus filhos.” (NUNES, CORSINO, DIDONET, 2011, p. 27).

No início da década de 1980, transcorridos vinte anos de ditadura militar, já era possível identificar uma transição da visão assistencialista da creche para uma visão articulada com as noções de cuidar e educar, que entendem a criança enquanto sujeito integral, detentor de direitos, presente na atual Constituição Federal (NUNES, CORSINO, DIDONET, 2011, p. 28).

### 2.3 A criança cidadã

O processo de redemocratização foi marcado pela mobilização de diversas organizações sociais para elaborarem projetos a serem apresentados e votados na Assembleia Nacional Constituinte. Em 1986, foi constituída, por iniciativa do Ministro da Educação e coordenado pelo coordenador da Coepre, a Comissão Nacional Criança Constituinte (CNCC), que reuniu representantes dos

ministérios da Educação, da Saúde, da Previdência e Assistência Social, da Cultura, do Trabalho, do Planejamento e das seguintes organizações sociais: Sociedade Brasileira de Pediatria (SBP), Organização Mundial para a Educação Pré-Escola/Brasil (Omeq), Pastoral da Criança e Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), Federação Nacional dos Jornalistas (Fenaj), Conselho Nacional dos Direitos da Mulher (CNDM), Movimento Nacional Meninos e Meninas de Rua (MNMMR) e Frente Nacional dos Direitos da Criança (FNDC). (NUNES, CORSINO, DIDONET, 2011, p. 29).

Foi uma mobilização nacional de dois anos no qual a criança foi o ponto central de debate em diferentes esferas e setores da sociedade, a nível federal e nos estados, com ampla divulgação midiática, envolvendo setores da educação da pré-escola às universidades, incluindo as próprias crianças e adolescentes - todos reivindicando a inclusão dos direitos da criança e do adolescente na nova Constituição. O amparo da lei para assegurar condições à vida e ao pleno desenvolvimento de crianças e adolescentes, a inimputabilidade penal até os 18 anos, a idade mínima para admissão no trabalho, o acesso universal e igualitário à saúde e à educação garantidos pelo Estado e a coibição de violência física, mental ou psicológica de adultos ou instituições sobre a criança foram algumas das propostas levadas por crianças e adolescentes à Assembleia Nacional Constituinte na época (CORREIO BRAZILIENSE, 1987).

### 2.4 A criança e a educação na Constituição de 1988

A Constituição de 1988 instaurou uma mudança na concepção de infância presente no ordenamento jurídico brasileiro ao estabelecer, em seu artigo 227, a criança como prioridade absoluta na sociedade, que como um todo compartilha, ao lado do Estado e da família, a responsabilidade pela proteção e garantia de seus direitos<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> 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

O artigo 208 da Constituição versa sobre a educação, e prevê o ensino obrigatório dos 4 aos 17 anos de idade, considerado direito público subjetivo, cujo não oferecimento pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente.<sup>10</sup>

Outro ponto relevante estabelecido na Constituição sobre a educação é a descentralização político-administrativa, na qual compete à esfera federal a coordenação e normas gerais, enquanto as esferas estadual e municipal, assim como entidades beneficentes e de assistência social, ficam responsáveis, concorrentemente, pela coordenação e execução dos seus respectivos programas, com previsão de participação popular na formulação e controle de políticas em todos os níveis<sup>11</sup>.

No sistema de colaboração entre os sistemas de ensino previsto na Constituição (artigo 211) foi estabelecido: para a União, a organização e financiamento do sistema federal de ensino, assim como a função redistributiva e supletiva para os demais entes que não alcançarem o padrão mínimo de qualidade, que tem como referência o Custo Aluno Qualidade (CAQ); para os Estados e o Distrito Federal, a atuação prioritariamente no ensino fundamental e médio e: para os Municípios, a atuação prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil.

---

forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

<sup>10</sup> Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

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

(...)

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

§ 2º O não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente. (BRASIL, 2016)

<sup>11</sup> Art. 204. As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes:

I - descentralização político-administrativa, cabendo a coordenação e as normas gerais à esfera federal e a coordenação e a execução dos respectivos programas às esferas estadual e municipal, bem como a entidades beneficentes e de assistência social;

II - participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis.

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.

§ 7º No atendimento dos direitos da criança e do adolescente levar-se-á em consideração o disposto no art. 204. (BRASIL, 2016)

Sobre o financiamento, a Constituição também prevê a porcentagem da receita de impostos que será destinada à manutenção e desenvolvimento do ensino (BRASIL, 2016).

O tópico da educação aparece diversas vezes no texto constitucional, revelando uma preocupação com a eficácia desse direito pela exigência expressa de políticas públicas para a sua concretização, como é possível observar (CAGGIANO, 2009, p.30):

Art. 5º, IV; e XIV;  
 Art. 6º, *caput*, (D. Sociais) - Cap. II do Tit. II;  
 Art. 7º, XXV - assistência a dependentes e filhos de 0 a 5 anos;  
 Art. 23, V - competência comum - promoção da educação;  
 Art. 24, IX e XV - competência concorrente. Normas gerais e específicas;  
 Art. 30, IV (competência comum envolvendo obrigação do município),  
 Art. 205 (Sec. I, Cap III, Tit, VIII - Da Ordem Social);  
 Art. 206 - princípios de regência do ensino;  
 Art. 207 - universidades - a autonomia universitária;  
 Art. 208 - educação como dever do Estado;  
 Art. 209 - ensino privado - regra de atendimento;  
 Art. 210 - formação básica comum e respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais; Ensino religioso e língua portuguesa (§ 1º);  
 Art. 211 - organização do sistema federal de ensino.  
 Art. 212 - 18% União e 25% Estados e municípios;  
 Art. 213 - direção dos recursos públicos

As previsões do direito à educação na Constituição de 1988 produzem consequências jurídicas e políticas significativas, perceptíveis a partir de dois aspectos principais: o primeiro relativo ao pacto federativo, pela crescente cooperação efetiva e eficaz entre os entes, e o segundo relativo à “afirmação da dimensão democrática do direito à educação” (RANIERI, 2009, p. 39).

## 2.5 O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)

Em 1990, foi promulgada a Lei nº 8.069/1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que consagrou a concepção de criança cidadã vista na Constituição de 1988, que goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana. É conferido às crianças o direito de brincar, se expressar e participar da vida familiar, comunitária e política.<sup>12</sup>

<sup>12</sup> Art. 16. O direito à liberdade compreende os seguintes aspectos:

- I - ir, vir e estar nos logradouros públicos e espaços comunitários, ressalvadas as restrições legais;
- II - opinião e expressão;
- III - crença e culto religioso;
- IV - brincar, praticar esportes e divertir-se;

Uma importante criação do ECA foi do Sistema de Garantias e Direitos da Criança e do Adolescente, que representa a articulação e integração entre os diversos atores do Estado e da sociedade civil, incluindo órgãos públicos do sistema judiciário, as polícias militar, civil e federal, os conselhos tutelares, as entidades de defesa de direitos humanos, os conselhos dos direitos de crianças e adolescentes e os diversos outros conselhos que atuam na discussão, formulação e controle de políticas públicas, todos voltados para a defesa e controle da efetivação dos direitos da infância e da adolescência previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente (Observatório da Criança e do Adolescente, 2022f)

## 2.6 A Lei de Diretrizes e Bases (LDB)

A Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, estabelece as diretrizes e bases da educação nacional e constitui um marco legislativo importante para a passagem definitiva da creche da creche assistencialista à creche educacional. Nela, a creche passou a ser considerada a primeira etapa da educação básica, cuja finalidade é o desenvolvimento integral da criança em seus aspectos físico, psicológico, intelectual e social, de forma complementar à ação da família e da comunidade<sup>13</sup>.

A competência da União para coordenar a política nacional de educação foi reforçada na LDB (artigo 8º), cabendo a ela articular os diferentes níveis e sistemas de ensino, exercendo função normativa, redistributiva e supletiva em relação às demais instâncias educacionais (RANIERI, 2009, p. 42).

Ainda, a LDB estabeleceu a exigência do ensino superior no curso de licenciatura na formação dos profissionais da educação básica que trabalham com crianças de 0 a 5 anos, com exceção da permissão para magistério de nível médio em regiões onde não existem profissionais do nível superior, garantindo assim a profissionalização da educação infantil. A exigência de curso superior demonstra uma preocupação do Estado com a qualidade do ensino realizado na

---

V - participar da vida familiar e comunitária, sem discriminação;

VI - participar da vida política, na forma da lei;

VII - buscar refúgio, auxílio e orientação. (BRASIL, 1990)

<sup>13</sup> Art. 29. A educação infantil, primeira etapa da educação básica, tem como finalidade o desenvolvimento integral da criança de até 5 (cinco) anos, em seus aspectos físico, psicológico, intelectual e social, complementando a ação da família e da comunidade. (Redação dada pela Lei nº 12.796, de 2013)

Educação Infantil, que também se manifesta por meio i) da previsão de uma articulação entre os entes federativos para promover a formação inicial, a continuada e a capacitação dos profissionais de magistério (art. 62, § 1º, da LDB) e; ii) da valorização expressa dos profissionais da educação, que assegura a estes o ingresso por concurso público, provas e títulos, o licenciamento periódico remunerado para aperfeiçoamento profissional, o piso salarial profissional, a progressão funcional, condições adequadas de trabalho, entre outras prerrogativas (art. 67, I a VI, da LDB).

## **2.7 A Emenda Constitucional de 2006: inclusão da creche no FUNDEB**

Pela redação dada pela Emenda Constitucional nº 53 de 2006, a creche passa a integrar, ao lado da pré-escola, a educação infantil, que deve ser garantida pelo Estado às crianças de até 5 anos<sup>14</sup>.

A creche deixa de ser, portanto, apenas um direito da mãe operária, de caráter assistencialista, e passa a constituir tanto um direito dos trabalhadores com filhos<sup>15</sup>, quanto da própria criança à educação.

Ainda, a referida Emenda, ao incluir a creche na educação básica, inclui-a também na distribuição de recursos do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação – FUNDEB<sup>16</sup>, realizada de forma proporcional

---

<sup>14</sup> Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:  
IV - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006)

<sup>15</sup> Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...)  
XXV - assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 (cinco) anos de idade em creches e pré-escolas; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006)

<sup>16</sup> [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc53.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc53.htm)

“Art. 60. Até o 14º (décimo quarto) ano a partir da promulgação desta Emenda Constitucional, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios destinarão parte dos recursos a que se refere o caput do art. 212 da Constituição Federal à manutenção e desenvolvimento da educação básica e à remuneração condigna dos trabalhadores da educação, respeitadas as seguintes disposições:

I - a distribuição dos recursos e de responsabilidades entre o Distrito Federal, os Estados e seus Municípios é assegurada mediante a criação, no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, de um Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação - FUNDEB, de natureza contábil;

quanto ao valor anual por aluno entre etapas e modalidades da educação básica e tipos de estabelecimento de ensino, conforme parâmetros estabelecidos em lei.

O FUNDEB é um “Fundo especial, de natureza contábil e de âmbito estadual (totalizando vinte e sete Fundos), composto por recursos provenientes de impostos e das transferências dos Estados, Distrito Federal e Municípios vinculados à educação, conforme disposto nos arts. 212 e 212-A da Constituição Federal.” (FNDE, [s.d.]

Foi criado pela Emenda Constitucional (EC) 53/2006, com vigência até o fim de 2020, substituindo o antigo Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério (Fundef), que funcionou entre 1998 e 2006. O FUNDEB é responsável pelo repasse de verbas do governo federal, contemplando a educação infantil, ensino fundamental, o ensino médio e a educação de jovens e adultos, enquanto o antigo FUNDEF contemplava apenas as redes de ensino fundamental. (FNDE, [s.d.]

O FUNDEB atualmente em vigência foi instituído pela Emenda Constitucional nº 108, de 27 de agosto de 2020 e regulamentado pela Lei nº 14.113, de 25 de dezembro de 2020, enquanto instrumento permanente de financiamento da educação pública. Todo recurso gerado, independentemente da fonte de origem desses valores, é redistribuído para aplicação exclusiva na manutenção e no desenvolvimento da educação básica pública, bem como na valorização dos profissionais da educação (FNDE, [s.d.]

Em respeito ao princípio da colaboração entre os entes federativos<sup>17</sup>, a composição da fonte de receita dos Fundos pode ser complementada pela União nos casos em que a arrecadação dos entes federados não tenha atingido o valor mínimo por aluno/ano definido nacionalmente (a partir do cálculo da razão entre os recursos recebidos relativos às receitas definidas em Lei e

---

<sup>17</sup> O art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias passa a vigorar com a seguinte redação: (Vigência)

“Art. 60. Até o 14º (décimo quarto) ano a partir da promulgação desta Emenda Constitucional, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios destinarão parte dos recursos a que se refere o caput do art. 212 da Constituição Federal à manutenção e desenvolvimento da educação básica e à remuneração condigna dos trabalhadores da educação, respeitadas as seguintes disposições:

V - A União complementarará os recursos dos Fundos a que se refere o inciso II do caput deste artigo sempre que, no Distrito Federal e em cada Estado, o valor por aluno não alcançar o mínimo definido nacionalmente, fixado em observância ao disposto no inciso VII do caput deste artigo, vedada a utilização dos recursos a que se refere o § 5º do art. 212 da Constituição Federal; EC Nº 53/2006

o número de alunos matriculados) ou nos quais as redes públicas de ensino cumprirem as condicionalidades e apresentarem melhoria dos indicadores a serem definidos, de atendimento e de melhoria da aprendizagem com redução das desigualdades (FNDE, [s.d.]).

O novo Fundeb prevê uma contribuição crescente e gradativa da União até 2026, visando atingir neste ano o percentual de 23% (vinte e três por cento) dos recursos que formarão o Fundo (FNDE, [s.d.]).

Por envolver diversos entes, a fiscalização e o controle da arrecadação e repasse das verbas do FUNDEB são exercidos por múltiplos órgãos: pelo órgão de controle interno no âmbito da União e pelos órgãos de controle interno no âmbito dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; pelos Tribunais de Contas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, perante os respectivos entes governamentais sob suas jurisdições; pelo Tribunal de Contas da União, no que tange às atribuições a cargo dos órgãos federais, especialmente em relação à complementação da União e; pelos respectivos conselhos de acompanhamento e controle social dos Fundos, que podem ser no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (art. 30 da Lei 14.113/2020).

O financiamento constitui elemento fundamental para a efetivação dos direitos sociais. A inclusão da creche no FUNDEB tira da equação a condição financeira da família da criança para o fornecimento do serviço, considerando que antes a creche era voltada às crianças provenientes de famílias de baixa renda, para passar a um caráter de oferta universal, de efetivação de um direito fundamental da criança à educação. Ainda que a condição financeira e a mãe trabalhadora possam ser critérios do Município para prioridade de atendimento, não são, de maneira alguma, determinantes para o oferecimento do serviço.

## **2.8 O Plano Nacional de Educação (PNE) e o regime de colaboração entre os entes federados**

De forma a cumprir o dispositivo constitucional do art. 214, que previu a elaboração de um plano nacional de educação, de duração decenal, com o objetivo de articular o sistema nacional de educação em regime de colaboração e definir metas e diretrizes para assegurar a manutenção e desenvolvimento do ensino em seus diversos níveis durante sua vigência, foi promulgada a Lei nº 13.005/2014, que instituiu o Plano Nacional de Educação, no qual foram

definidas 10 diretrizes que devem guiar a educação brasileira e estabelecidas 20 metas a serem cumpridas na vigência da política educacional no decênio 2014/2024.

O PNE, em seu texto, reforça o regime de colaboração entre a União, Estados, Municípios e Distrito Federal, e busca materializar este princípio criando por meio da previsão de criação da Instância Permanente de Negociação e Cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios<sup>18</sup>. Essa Instância permanente foi instituída pela Portaria MEC nº 1.716 de 03 de outubro de 2019, com o objetivo de contribuir para o alcance das metas e a implementação das estratégias de das estratégias definidas no PNE, bem como fortalecer os mecanismos de articulação entre os sistemas de ensino, por intermédio do desenvolvimento de ações conjuntas (BRASIL, [s.d.]a.)

Compete à Instância Permanente analisar propostas e ações que visem ao alcance das metas e à implementação das estratégias definidas pelo PNE, assim como colaborar para o fortalecimento dos mecanismos de articulação entre os sistemas de ensino, por intermédio do desenvolvimento de ações conjuntas. O custeio das suas atividades cabe à Secretaria de Educação Básica e a participação na Instância Permanente é considerada prestação de serviço público relevante, não remunerada (BRASIL, [s.d.]a.).

A primeira meta do PNE versa sobre a universalização, até 2016, da educação infantil na pré-escola para as crianças de 4 (quatro) a 5 (cinco) anos de idade, assim como a ampliação da oferta de educação infantil em creches de forma a atender, no mínimo, 50% (cinquenta por cento) das crianças de até 3 (três) anos até o final da vigência do PNE, ou seja, 2024 (BRASIL, 2014).

Para tanto, são estabelecidas submetas, que incluem o levantamento periódico, em regime de colaboração, da demanda por creche para a população de até 3 (três) anos, como forma de planejar a oferta e verificar o atendimento da demanda manifesta; assim como o

---

<sup>18</sup> Art. 7º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios atuarão em regime de colaboração, visando ao alcance das metas e à implementação das estratégias objeto deste Plano.

(...)

§ 5º Será criada uma instância permanente de negociação e cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. (Lei 13.005/2014)

estabelecimento mecanismos de consulta pública dessa demanda (normas, procedimentos e prazos) (BRASIL, 2014).

## 2.9 O Marco Legal da Primeira Infância

Em 08 de março de 2016, Dia da Mulher, um dos últimos atos oficiais da Presidenta Dilma Rousseff, antes de sofrer o impeachment, foi assinar a Lei nº 13.257, que dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância, alterando o ECA, o Código de Processo Penal (CPP) e a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Essa Lei é conhecida como o Marco Legal da Primeira Infância, pois busca articular o conhecimento científico relativo à crianças de 0 a 6 (zero a 6) anos com a formulação e implementação de políticas públicas voltadas a essa faixa etária, de forma a cristalizar valores e princípios relativos à infância e à educação que foram construídos ao longo de décadas.

Estabelece a lei que a prioridade absoluta em assegurar os direitos da criança, do adolescente e do jovem prevista na constituição “implica o dever do Estado de estabelecer políticas, planos, programas e serviços para a primeira infância que atendam às especificidades dessa faixa etária, visando a garantir seu desenvolvimento integral.” (BRASIL, 2016)<sup>19</sup> Para tanto, é prevista a elaboração de planos estaduais, municipais e distritais para a primeira infância, de caráter intersetorial (BRASIL, 2016).<sup>20</sup>

É ressaltada a importância da valorização e do respeito à diversidade da infância brasileira, assim como às diferenças entre as crianças em seus contextos sociais e culturais, na formulação de políticas voltadas à infância. A indissociabilidade entre o cuidar e educar, assim como a profissionalização da Educação Infantil, são trazidos enquanto princípios e valores pelo texto legal, que estabelece que, em relação ao acolhimento institucional a crianças de 0 (zero) a 3 (três) anos, há necessidade de se dar especial atenção à atuação de educadores de referência

---

<sup>19</sup> Art. 3º A prioridade absoluta em assegurar os direitos da criança, do adolescente e do jovem, nos termos do art. 227 da Constituição Federal e do art. 4º da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990, implica o dever do Estado de estabelecer políticas, planos, programas e serviços para a primeira infância que atendam às especificidades dessa faixa etária, visando a garantir seu desenvolvimento integral.

<sup>20</sup> Art. 8º O pleno atendimento dos direitos da criança na primeira infância constitui objetivo comum de todos os entes da Federação, segundo as respectivas competências constitucionais e legais, a ser alcançado em regime de colaboração entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.  
Parágrafo único. A União buscará a adesão dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios à abordagem multi e intersetorial no atendimento dos direitos da criança na primeira infância e oferecerá assistência técnica na elaboração de planos estaduais, distrital e municipais para a primeira infância que articulem os diferentes setores.

estáveis e qualitativamente significativos, assim como às rotinas específicas e ao atendimento das necessidades básicas das crianças, incluindo as de afeto como prioritárias.

O texto legal prevê, ainda, uma abordagem participativa das próprias crianças na definição das ações que lhe digam respeito, em conformidade com suas características etárias e de desenvolvimento, com o objetivo de promover sua inclusão social como cidadã, o que deve ser realizado por profissionais qualificados em processos de escuta adequados às diferentes formas de expressão infantil.

Por mais desafiador que seja a inclusão das crianças no processo de elaboração de políticas públicas, ainda mais no segmento da creche, é inegável o reconhecimento, por meio dessa lei, do status de cidadã conferido à criança desde o seu nascimento, e do seu direito à participação na vida política.

Contudo, conforme aponta Castro (2013, p. 93), a maior visibilidade da criança enquanto sujeito de direitos não vem sem paradoxos, pois ao mesmo tempo em que o discurso legal que reconhece a dignidade e a condição de cidadãs produz efeitos na constituição subjetiva das crianças, abrindo a elas “novas possibilidades de ser, agir e sentir (...) uma vez que elas se sentem na posição de reivindicar” seus direitos (CASTRO, 2013, pg. 93, 94), esse mesmo discurso que confere direitos frequentemente sublinha a incapacidade das crianças, cujo direito de participação na vida política deveria ser conferido mediante a demonstração, pelas crianças, de suas capacidades cognitivas e linguísticas (CASTRO, 2013, pg. 93). É preciso atentar à permanência da visão de criança como ser privatizado, incompleto, que deve ser preparado como eventual cidadão pleno (CASTRO, 2013, p.91, 93).

Por fim, ainda no mesmo ano, em 04 de julho, foi promulgada a Lei 13.306, que alterou o Estatuto da Criança e do Adolescente para que fosse incluído o atendimento em creche e pré-escola às crianças de 0 a 5 (zero a cinco) anos de idade como dever do Estado, sob pena de responsabilidade por ofensa aos direitos assegurados à criança o seu não oferecimento ou oferta irregular.<sup>21</sup>

---

<sup>21</sup> Art. 54. É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente:  
IV – atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a cinco anos de idade; (Redação dada pela Lei nº 13.306, de 2016) (BRASIL, 2016)

Neste capítulo, foi possível verificar o conjunto normativo referente à creche construído ao longo das últimas décadas, que acompanhou mudanças sociais e políticas referentes à concepção de infância e do direito à creche, incluindo questões como a titularidade desse direito, a responsabilidade pela sua oferta e seu financiamento. A partir do entendimento de que a “promoção à condição de sujeito de direitos aumentou a visibilidade da criança como objeto de políticas públicas.” (CASTRO, 2013, p. 93), a seguir será explorado como, diante da previsão normativa exposta, se dá a efetivação do direito à creche no Brasil .

### **3 A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À CRECHE: POLÍTICAS PÚBLICAS E O JUDICIÁRIO**

Antes de tratar da efetivação do direito à creche e o processo de judicialização, serão feitos breves apontamentos sobre a relação entre direito e política, assim como sobre a Constituição e os direitos humanos, fundamentais e sociais.

A concepção tradicional entre direito e política considera a separação entre os dois indispensável para o bom funcionamento do Estado constitucional democrático, no qual a política representa a vontade popular, e o direito representa o domínio da razão, da lei e do respeito aos direitos fundamentais (BARROSO, 2012, p. 16). Nesta concepção, admite-se a indissociabilidade do direito e da política no ato da criação do direito, visto que o primeiro é considerado produto da política (da vontade das maiorias), por meio do processo constituinte ou do processo legislativo. Já na parte de aplicação do direito, a separação entre o direito e a política é considerada possível e almejada, sob o discurso de uma suposta “neutralidade científica, da completude do direito e a da interpretação judicial como um processo puramente mecânico de concretização das normas jurídicas, em valorações estritamente técnicas” (BARROSO, 2012 , p 16,17).” Essa visão formalista do direito foi alvo de diversas críticas nas últimas décadas, principalmente pela desconsideração da realidade histórica na teoria. Hoje, alguns teóricos defendem uma atualização da teoria formalista, enfatizando a valorização das regras e a contenção da discricionariedade judicial (BARROSO, 2012 , pp 17).

---

Art. 208. Regem-se pelas disposições desta Lei as ações de responsabilidade por ofensa aos direitos assegurados à criança e ao adolescente, referentes ao não oferecimento ou oferta irregular:  
III – de atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a cinco anos de idade; (Redação dada pela Lei nº 13.306, de 2016)

Seguindo a linha tradicional, a Constituição representa o elemento principal e primeiro da interface entre direito e política, ao qual compete transformar o poder constituinte originário em poder constituído, ou seja, as instituições do Estado e seus Poderes, sujeitos à legalidade jurídica (BARROSO, 2012 , p 18). Os Poderes Executivo e Legislativo são aqueles de natureza mais evidentemente política, cujo acesso a títulos se dá por meio do voto, com campanhas eleitorais e debates públicos. As respectivas atribuições dos Poderes, funções de chefe de governo e chefe de estado para o Executivo (no sistema presidencialista brasileiro), e criação do direito positivo pelo Legislativo, implicam em uma atuação discricionária, criativa e política (BARROSO, 2012 , p.18).

O Judiciário, por sua vez, é o único dos três poderes cujo título de acesso inicial se dá por meio de concurso público e não eleição. Tradicionalmente, é considerado o Poder responsável pelas atribuições mais “técnicas” de conhecimento, pela solução dos litígios abstratamente prevista em lei, sem o exercício de atividade criativa suscetível a influências políticas (BARROSO, 2012 , p 19). Contudo, uma coisa é a resolução de litígios envolvendo particulares; quando a atuação do Judiciário ocorre em disputas que envolvem a validade de atos estatais ou nas quais outros órgãos do Poder configuram como parte, a controvérsia se instaura (BARROSO, 2012 , p. 19).

Como o Judiciário é quem dá a última palavra na resolução de litígios, a independência do Judiciário dos demais órgãos de Poder e a vinculação da atuação dos juízes ao direito são os mecanismos encontrados pela teoria tradicional para justificar o discurso de que os juízes são independentes da política e que a sua atuação se limita à mera interpretação e aplicação das normas jurídicas vigentes a partir de um conjunto de critérios (princípios, regras, convenções e práticas) validados pela Constituição e pela comunidade jurídica em geral (BARROSO, 2012 , p. 20).

Atualmente, é quase consensual o reconhecimento pela doutrina de que as normas jurídicas não comportam um sentido único e objetivo para aplicação no caso concreto, e a interpretação e aplicação destas normas implica o uso de elementos cognitivos e volitivos, de modo que o fato de o Supremo Tribunal Federal ter a palavra final (e vinculante aos outros poderes) em relação ao alcance e aplicação da Constituição, implica em exercício inequívoco de poder político (BARROSO, 2012 , p. 22).

Aqui, compreende-se o direito enquanto fenômeno ideológico, composto por um conjunto de signos que possuem seu próprio modo de refletir e refratar a realidade (VOLOCHINOV, 2018, p. 95-102), “é a projeção normativa que instrumentaliza princípios ideológicos (certeza, segurança, completude) e as formas de controle do poder de um determinado grupo social” (WOLKMER, 2003, p. 154). Intimamente ligado ao conceito de Estado, o fenômeno jurídico traz, em si, a marca da classe social dominante, que exerce sua hegemonia por meio do controle do aparato estatal, que inclui instituições como escolas, tribunais, polícia e exército (WOLKMER, 2003, p. 155).

Contudo, a perspectiva de que o Direito seria um reflexo apenas da vontade das classes dominantes deve ser afastada. De fato, o desenho institucional e a própria lei são reflexos da ideologia dominante, mas como é o caso de todo fenômeno ideológico, o direito é fruto do processo histórico de interação social dentro de uma coletividade organizada, processo que se dá na linguagem, que é constituída a todo momento por diferentes vozes, num fluxo histórico constante e interminável (VOLOCHINOV, 2018, p. 95, 97, 98; CORSINO, 2003, p. 71).

O domínio da política, por sua vez, pode ser “entendido como o espaço público e institucionalizado no qual se realizam discussões, negociações e decisões sobre os objetivos e valores da vida coletiva” (CASTRO, 2013, p. 85). Há uma indissociabilidade inerente e constante tensão entre o Direito e a política, de modo que adota-se aqui a também a visão da potencialidade do direito enquanto instrumento de transformação, de sua “dimensão prescritiva que determina ações, valores e fins a serem observados e alcançados, o que corresponde a sua vocação modificativa das circunstâncias” (OLIVEIRA, 2010, p. 3).

A dimensão prescritiva das normas jurídicas que compõem o direito busca adequar o comportamento da vida em sociedade a determinado padrão, que é determinado por escolhas e decisões políticas, especialmente dos legisladores e intérpretes das normas. As normas jurídicas estão, portanto, a todo momento sujeitas ao processo de subjetivação dos seus operadores, especialmente os princípios constitucionais (BARROSO, 2012, p. 23).

No Brasil, adota-se o modelo de Constituição Dirigente, que pode ser definida como

aquela que se propõe a coordenar a uma ação estatal ativa no domínio jurídico, social, político, econômico, cultural, que traça um Estado Prestacional, incubindo a tarefa de assegurar ou implementar os direitos fundamentais, em integração com a comunidade (responsabilidades compartilhadas) (OLIVEIRA, 2010, p. 14).

É característico das constituições dirigentes a presença, em seu texto, de normas programáticas, de caráter vinculante, que estabelecem planos e tarefas a serem cumpridos, assim como seus procedimentos, com a finalidade de conformar a sociedade a um ideal. No constitucionalismo dirigente, a simples abstenção do Estado em não violar direitos individuais é insuficiente para a concretização desses projetos nos âmbitos social, cultural, político e econômico, sendo imperativa a participação ativa do Estado, que se dá também por meio da delimitação das respectivas atribuições dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário (OLIVEIRA, 2010, p. 15).

O conceito de Constituição Dirigente não se confina ao campo de uma ideologia específica. Pelo contrário, pode ser entendida como o resultado de uma vontade geral plurívoca (OLIVEIRA, 2010, p. 30), que congrega em seu texto diversas vozes sociais, ideologias e projetos de sociedade, de modo a formar uma coerência axiológica-metodológica entre

vários e contrapostos interesses existentes na sociedade, fechando ou concluindo determinadas questões e deixando outras em aberto ou inconclusas, com o que determina, para mais ou para menos, programas ou diretivas para o Estado e para a sociedade, em vinculação maior ou menor, seja em termos materiais ou procedimentais. (OLIVEIRA, 2010, pág. 30)

A vontade geral e o consenso não são, nesse caso, sinônimos de unânime, e a inconclusibilidade de alguns dispositivos, os conceitos indeterminados, vagos e as lacunas da Constituição permitem uma margem de divergências de interpretação que provocam aumento de litigância e muitas vezes a sobrecarga do Poder Judiciário (OLIVEIRA, 2010, p. 35). Ao mesmo tempo, essa mesma inconclusibilidade permite o não engessamento da Constituição frente às alterações históricas da sociedade. A problemática da Constituição Dirigente é, portanto, a determinação de quais questões materiais ou procedimentais ficarão abertas e quais ficarão fechadas (OLIVEIRA, 2010, p. 39). É justamente nesse campo inconcluso que se dão de forma mais clara as disputas políticas e ideológicas.

A própria noção de Direitos Humanos foi se constituindo e fortalecendo em função de um contexto político de pós Segunda Guerra Mundial, fortemente marcado por disputas ideológicas, no qual a comunidade internacional buscou reconhecer e proteger, por meio de um regime jurídico internacional, princípios éticos fundamentais, diante de violações atrozess a direitos contra a humanidade, como o genocídio e a tortura, praticadas por defensores de ideologias diversas, inclusive institucionalmente, com destaque ao regime nazista (SPECTOR, 2015, p. 1521).

Pulido (2015, p. 1571, 1572), ao tratar de direitos fundamentais, adota a classificação de direito subjetivo formulado por Robert Alexy, que considera o direito subjetivo um todo integrado por 1) uma disposição jurídica; 2) uma norma jurídica ou várias normas jurídicas e; 3) uma posição jurídica ou várias posições jurídicas. Segundo o autor, os direitos fundamentais também ostentam essa estrutura, compartilhando com os demais direitos subjetivos propriedades como validade jurídica, caráter abstrato e generalidade<sup>22</sup>, sendo a sua diferença específica o seu caráter fundamental, propriedade exclusiva dos direitos fundamentais.

Esse caráter fundamental, por sua vez, consiste num conjunto de propriedades formais e materiais, que se relacionam entre si. As propriedades formais são aquelas que foram estabelecidas em determinadas fontes do direito, de forma mais restritiva ou mais ampla, sendo elas:

(1) Que la disposición que establece el derecho fundamental pertenezca al capítulo de los derechos fundamentales de la Constitución; (2) Que dicha disposición forme parte del texto constitucional; (3) que dicha disposición forme parte del texto constitucional o de otra fuente del derecho (sobre todo de lo pactos, convenciones o tratados sobre derechos humanos), siempre y cuanto la constitución haga un reenvío a dicha fuente; y (4) que la jurisdicción constitucional reconozca la validez —no de una disposición sino— de una norma o de una posición de derecho fundamental. (PULIDO, 2015, p. 1574)

As propriedades materiais relativas ao caráter fundamental dos direitos fundamentais dependem da premissa de existência de direitos morais, que seriam direitos subjetivos por fora do direito que, em razão de seu conteúdo, deveriam ser reconhecidos enquanto direitos

---

<sup>22</sup> “Entre estas propiedades se encuentran, entre otras, la VALIDEZ JURÍDICA (los derechos fundamentales tienen validez de acuerdo con las condiciones específicas del SISTEMA JURÍDICO), su carácter abstracto (las disposiciones de derecho fundamental están formuladas mediante conceptos abstractos) y su generalidad (los derechos fundamentales tienen validez antes de su aplicación concreta e independientemente de ella)”. (PULIDO, 2015, p. 1572)

fundamentais no sistema jurídico (PULIDO, 2015, p. 1584,1585). Portanto, as propriedades materiais são aquelas condições suficientes das quais os direitos subjetivos devem se revestir para que sejam reconhecidos enquanto de direitos fundamentais, cujo conteúdo deve ser voltado à proteção das faculdades morais da pessoa liberal ou da sua capacidade de discernimento, ou à satisfação das necessidades fundamentais da pessoa humana (PULIDO, 2015, pp. 1591).

Assim, os direitos fundamentais precisam ter, ao menos, uma propriedade formal e uma propriedade material, e a relação entre as duas se dá a partir da institucionalização, pela Constituição ou pelo Tribunal Constitucional, dos direitos fundamentais morais. Desse modo, a Assembleia Constituinte ou o Tribunal Constitucional gozam de uma margem de ação para especificar quais propriedades materiais serão institucionalizadas, o que implica uma certa discricionariedade para determinar, na sociedade, quais direitos fundamentais concretos serão institucionalizados para garantir os interesses liberais e democráticos da pessoa política e quais das suas necessidades serão protegidas pelo Estado (PULIDO, 2015, p. 1592).

José Joaquim Gomes Canotilho (1988, p. 239) afirma que o problema atual dos direitos sociais - ou direitos prestacionais em sentido estrito - reside em uma falta de seriedade ao reconhecimento constitucional de direitos como o direito ao trabalho, à saúde, à cultura, ao ambiente e à educação. Muitas das dificuldades relacionadas aos direitos sociais podem ser conferidas a confusões conceituais e interpretativas, em especial a confusão entre direitos sociais e políticas públicas de direitos sociais, entre direitos sociais e financiamento e a dedução dos efeitos dos direitos sociais a partir de simples interpretações textuais das normas consagradoras de direitos sociais, como veremos mais à frente.

Que os direitos sociais precisam de financiamento e de uma política para sua efetivação é inegável. As políticas públicas atuam no limiar entre direito e política e constituem uma das principais formas de materialização dos preceitos constitucionais, em especial direitos sociais. Contudo, é preciso discernimento conceitual para não reduzir os direitos sociais às políticas de efetivação desses direitos ou a sua oferta à disponibilidade de financiamento. Para a efetividade e garantia desses direitos, é importante compreender que, conforme abordamos, o consenso não é sinônimo de unanimidade e a interpretação de dispositivos e normas constitucionais envolve disputas políticas constantes, de modo que o consenso deixa de ter relevância determinante para a efetividade constitucional diante da possibilidade de uma

minoria poderosa poder fazer prevalecer, mediante variados artifícios (dentre eles a alienação social), sua vontade sobre uma imensa maioria. Seguindo este raciocínio,

(...) as relações dialógicas no campo político podem se transformar num campo de batalha de significados construídos pelos participantes do discurso. Neste quadro, as políticas são carregadas de tensões, sendo contraditórias, tendo em vista que se constituem a partir do lugar social que cada ser humano ocupa em uma comunidade discursiva (FRAMBACH, pp. 132).

Neste sentido, é inegável a potência do Judiciário no controle da efetivação e garantia dos direitos sociais. Falar em “Judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário” (BARROSO, 2012 , pp. 5), o que não significa que o Judiciário esteja imune e acima de disputas políticas. Afinal, a imparcialidade é uma ficção, algo inalcançável. Enquanto seres humanos, cada juiz, desembargador e ministro que compõe a estrutura do Judiciário recebe, interpreta e compreende as normas jurídicas, assim como todo discurso exterior, na linguagem do seu discurso interior, que é composta por todas as suas suas vivências anteriores - seu fundo de apercepção - dentro de uma cadeia ideológica interminável de respostas nossas ao discurso do outro (VOLÓCHINOV, 2018, 254).

No Brasil, o processo de judicialização não decorre de uma opção política do Judiciário, mas sim do desenho institucional adotado, que permite, por meio do controle de constitucionalidade vigente, amplo acesso ao Supremo Tribunal Federal por meio de ações diretas. O grande papel atribuído ao Supremo Tribunal Federal é o de “proteger e promover os direitos fundamentais, bem como resguardar as regras do jogo democrático.” (BARROSO, 2012, pp 14). Cada vez mais, o Judiciário vem ocupando um papel determinante em disputas envolvendo a efetivação dos direitos sociais. Dificilmente alguma questão de relevância política, social ou moral não foi ou não está sendo discutida em sede judicial - a forma como o Judiciário exerce a sua competência de apreciar determinadas questões é que determina a ocorrência ou não de ativismo judicial. (BARROSO, 2012 , pp. 8, 9)

Conforme Pannunzio (2009, p. 63-65), reconhecer a educação como um direito humano implica a sujeição desse direito a um marco conceitual normativo específico, cujos principais desdobramentos são que o direito à educação, uma vez reconhecido como direito humano 1) deixa de ser tratado como caridade ou *commodity* cuja distribuição é determinada pelo mercado,

mas sim como uma prerrogativa, uma presunção de prevalência sobre questões de outra ordem e; 2) passa a estar sujeito a princípios comuns aos direitos humanos, como o da não discriminação, da participação e da *accountability*, este último que vincula aspectos substantivos e procedimentais de políticas educacionais a parâmetros legais, limitando a atuação discricionária dos governantes, de modo que “sempre que esta prerrogativa estiver sob ameaça ou tiver sido violada, o(s) seu(s) titular(es) devem poder recorrer ao Judiciário a fim de obter um provimento capaz de assegurar sua prevalência” (PANNUNZIO, 2009, p. 65).

A Constituição brasileira deve ser encarada em sua totalidade, e o caráter imperativo de cada uma de suas normas, respeitado. Não há norma constitucional destituída de efetividade, conceito que será explorado mais adiante (OLIVEIRA, 2010, p. 4).

### **3.1 Eficácia jurídica e direitos públicos subjetivos**

A eficácia jurídica pode ser definida como “um atributo associado aos enunciados normativos e consiste naquilo que se pode exigir, judicialmente se necessário, com fundamento em cada um deles” (BARCELLOS, 2011, p. 75).

Oliveira (2015) traz em seu texto definições dos 3 tipos de normas: normas de organização, normas definidoras de direito e normas programáticas. As primeiras compõem as normas que estabelecem o arquétipo político do Estado, como pela organização de seus poderes, competências, pessoas jurídicas e instituições. As normas definidoras de direito são aquelas que conferem ao sujeito a possibilidade de pleitear, perante o Estado, uma ação ou abstenção (direito subjetivo). As normas programáticas, como mencionado no tópico anterior, são aquelas que estabelecem metas, prerrogativas ao Estado e à sociedade com o intuito de reduzir desigualdades. Por seu caráter de “metas a serem cumpridas” muitos afirmam que as normas programáticas teriam maior caráter político do que normativo, abrindo espaço para a atuação discricionária do Poder Público, e não para a configuração de direito subjetivo a ser postulado no judiciário.

Enquanto os direitos humanos civis e políticos (como à integridade física, à liberdade de expressão, de locomoção e religiosa, dentre outros) são amplamente considerados como de aplicabilidade imediata, passíveis de análise pelo Judiciário, os direitos sociais, dentre os quais se insere a educação, são frequentemente classificados como normas programáticas,

dependentes de regulamentação e, por isso, sua aplicabilidade não seria imediata, existindo uma certa resistência à sua justiciabilidade (PANNUNZIO, p. 65). Para melhor desconstruir essa premissa, é importante aprofundar os conceitos de eficácia jurídica e discricionariedade.

### **3.1.1 Tipos de eficácia jurídica**

Como mencionado anteriormente, as normas jurídicas possuem uma dimensão prescritiva com alta carga ideológica, um modelo padrão de vida em sociedade, com direitos, obrigações e possíveis consequências previstas em caso de eventual descumprimento destes preceitos normativos - assim, a diferentes enunciados são conferidas diferentes modalidades de eficácia jurídica, e a associação de qual eficácia se aplica a cada enunciado - o que inclui as normas de organização, normas definidoras de direito e normas programáticas - não está imune a opções ideológicas e preconceitos disfarçados de técnica e acomodação dogmática (BARCELLOS, 2011, p. 76).

Existem diversas modalidades de eficácia jurídica, e um dispositivo normativo pode abarcar mais de uma em seu interior. Em rol não exaustivo, essas modalidades de eficácia jurídica podem ser classificadas em: simétrica ou positiva; nulidade; ineficácia; anulabilidade; negativa; vedativa do retrocesso; penalidade; interpretativa e ; outras (BARCELLOS, 2011, p. 77).

A modalidade simétrica ou positiva de eficácia jurídica é a que mais eficazmente produz os efeitos desejados pelo enunciado normativo, pois cria um direito subjetivo e confere a quem seria beneficiado ou atingido pelos seus efeitos e não o foi a possibilidade de exigir a produção desses efeitos perante o Judiciário (BARCELLOS, 2011, pág 77). Um exemplo de eficácia positiva é na hipótese de, diante do comando de que nos casos de internação de criança ou adolescente, os estabelecimentos de saúde de terapia intensiva e cuidados intermediários deverão proporcionar condições para a permanência em tempo integral de um dos pais ou responsável (Lei nº 8.069, art. 12), em caso de descumprimento dessa previsão os pais ou responsáveis poderão exigir ao Judiciário a sua permanência em tempo integral de um deles no estabelecimento de saúde em que a criança ou adolescente sob sua responsabilidade está internado.

A nulidade é a modalidade de eficácia jurídica que busca impedir a produção de efeitos indesejados por comandos normativos (Barcellos , 2011, p. 78, 79). Diante do comando que estabelece a atuação obrigatória do Ministério Público nos processos e procedimentos que envolvam a defesa dos direitos da criança e do adolescente, a previsão da nulidade do feito, a ser declarada de ofício pelo juiz ou a requerimento de qualquer interessado, no caso de não intervenção do Ministério Público, é um modo de assegurar o efeito pretendido de participação do MP nesses processos (Lei nº 8.069, art. 204).

A ineficácia é uma modalidade de eficácia jurídica na qual, diante da prática de atos em desconformidade com a ordem jurídica, esta prevê a possibilidade de desconsiderá-los, para que seja produzido o efeito pretendido (BARCELLOS, 2011, p. 81).

A anulabilidade, semelhante às modalidades anteriores, também busca impedir que um ato praticado em desconformidade ao enunciado normativo produza efeitos, e tem por consequência o desfazimento de suas consequências. Contudo, a anulabilidade possui prazos menores e não pode ser declarada de ofício - seu requerimento deve ser suscitado por algum dos legitimados (BARCELLOS, 2011, p. 82, 83).

A penalidade é uma forma de eficácia jurídica indireta, ou seja, não possui capacidade para produzir o efeito pretendido pelo Direito; sua atuação recai na tentativa, por meio da ameaça ou da própria pena cominada, de influenciar o indivíduo a comportar-se conforme desejado (BARCELLOS, 2011, p. 94).

As modalidades de eficácia jurídica negativa, vedativa de retrocesso e interpretativa são construções doutrinárias criadas como tentativas de conferir aos princípios constitucionais modalidades de eficácia jurídica adequadas para o alcance dos efeitos por eles pretendidos (BARCELLOS, 2011, p. 84).

A eficácia negativa autoriza a invalidação de normas ou atos que violem ou contrariem os efeitos pretendidos pelos enunciados de princípios constitucionais. A eficácia vedativa de retrocesso atua sobre os direitos fundamentais, em especial as normas infraconstitucionais regulamentadoras que buscam concretizá-los, sob os pressupostos de que os direitos fundamentais possuem aplicabilidade e/ou efetividade imediata e devem ser progressivamente ampliados (BARCELLOS, 2011, p. 85).

Partindo desses pressupostos, o que a eficácia vedativa do retrocesso propõe se possa exigir do Judiciário é a invalidade da revogação dos enunciados que, regulamentando o comando constitucional, ensejaram a aplicação e a fruição dos direitos fundamentais ou ainda os ampliaram, toda vez que tal revogação não seja acompanhada de uma política substitutiva. Isto é: a invalidade, por inconstitucionalidade, ocorrerá quando se revogam as disposições infraconstitucionais descritas deixando um vazio em seu lugar. (BARCELLOS, 2011, p. 86)

Cabe ressaltar que a eficácia vedativa do retrocesso não busca impedir a restrição de determinado direito fundamental, apenas impedir que a revogação ou substituição da norma regulamentadora desse direito sejam realizadas de modo a impossibilitar a fruição do direito fundamental por seus destinatários (BARCELLOS, 2011, p. 93).

A eficácia jurídica na modalidade interpretativa consiste “na possibilidade de exigir do Judiciário que os comandos normativos de hierarquia inferior sejam interpretados de acordo com os de hierarquia superior a que estão vinculados” (Barcellos, 2011, p. 97), de maneira a garantir que, dentre as possíveis interpretações possíveis, será adotada aquela que melhor produza os efeitos desejados pelo princípio constitucional em questão. (Barcellos, 2011, p. 102). Há estreita relação da eficácia interpretativa com o fenômeno de constitucionalização do direito, sendo ela pertinente também para o debate em torno do juízo de empate e discricionariedade, que será explorado no próximo tópico.

Uma dificuldade encontrada pelas modalidades jurídicas acima mencionadas é a proteção dos princípios constitucionais diante de omissões estatais, posto que seu controle se dá diante de atos comissivos - seja a promulgação de uma norma em desacordo com preceito fundamental, a revogação de lei ordinária regulamentadora de direito fundamental sem a devida substituição por outra ou a tomada de decisão judicial que interprete dispositivo legal em desalinho com a Constituição (BARCELLOS, 2011, p. 112). Diante de omissões, as modalidades acima mencionadas pouco podem fazer, exceto quando se trata de um caso envolvendo direito fundamental que compõe o mínimo existencial, pois este núcleo de direitos é investido de eficácia positiva, o que permite que o indivíduo ou a coletividade possam exigir do Judiciário a garantia desse mínimo.

O mínimo existencial consiste em núcleo do princípio da dignidade humana considerado indispensável para caracterizar uma vida digna. Segundo Barcellos (2011), este núcleo é composto por 1) educação básica; 2) saúde básica; 3) assistência aos desamparados e; 4) acesso à Justiça. Os dois primeiros tópicos consistem em formas de tentar assegurar ao sujeito condições mínimas para que ele possa construir sua dignidade autonomamente. A assistência aos desamparados poderá ser oferecida paralelamente, de forma complementar, ou nos casos em que, não obstante o oferecimento de saúde e educação, o sujeito ainda não tem condições de garantir, sozinho, sua dignidade. O acesso à Justiça é o elemento instrumental do núcleo da dignidade humana, indispensável para assegurar a eficácia positiva dos três primeiros (BARCELLOS, 2011, p. 302, 303).

Um conceito que anda ao lado das discussões relativas ao mínimo existencial é o da reserva do possível, pois este preceitua uma limitação à concretização de direitos subjetivos, usualmente associada ao não exaurimento dos cofres públicos, mas que implica um conjunto de fatores que limitam, propiciam e guiam a atividade estatal no que diz respeito a prestações pecuniárias do Estado para a concretização de direitos subjetivos, nos âmbitos monetário, de demanda, equipamentos e prioridades (OLIVEIRA, 2010, p. 385, 386).

Essas modalidades de eficácia jurídica muito se relacionam com a noção de reserva do possível e mínimo existencial, o que lhes confere uma maior carga de subjetividade e as torna mais suscetíveis a variações históricas e circunstanciais de cada sociedade (OLIVEIRA, 2010, p. 383). Assim, a partir da exposição acima, resta evidente que a atuação do Judiciário implica no exercício criativo e de ponderação diante de casos concretos para conferir eficácia jurídica às normas programáticas e princípios constitucionais, o que será elaborado em seguida.

### **3.1.2 Juízo discricionário**

Quando se fala em discricionariedade, a noção majoritária é de que o campo de atuação do poder discricionário seria uma “zona livre” para o agente público escolher, dentre várias possibilidades de ação, aquela que melhor responda, no caso concreto, ao interesse público/direitos fundamentais/Constituição, e apenas a demarcação dessa zona livre é que estaria sujeita ao controle jurisdicional, e não o conteúdo da escolha do agente público (OLIVEIRA, 2018, p. 49, 50). Contudo, essa noção encontra falhas em dois pontos centrais.

O primeiro, no campo da linguagem, é que o termo “resposta equivalente” se mostra mais adequado do que “melhor resposta”, já que, se existe uma “melhor resposta” para atender ao interesse público, esta necessariamente se impõe, o que implicaria em juízo vinculado, e não discricionário (OLIVEIRA, 2018, p. 49). Na realidade, o que encontramos no juízo discricionário são duas ou mais possíveis respostas a uma questão, todas elas equivalentes entre si para melhor atender ao interesse público – por isso o juízo discricionário é entendido como juízo de empate. Cabe destacar que a equivalência entre as possibilidades de escolha consiste em uma igualdade razoável, uma paridade relativa e não milimetricamente perfeita, na qual a diferença entre qual seria a escolha mais adequada é insuficiente para determinar que uma é melhor que a outra: ambas são escolhas igualmente acertadas. Assim, todo juízo discricionário se dá entre respostas certas (OLIVEIRA, 2018, p. 49, 50).

A compreensão de que o juízo discricionário consiste em deliberação subjetiva do agente público, tendo em conta não existir parâmetro jurídico para a questão, também não se sustenta – o administrador não está autorizado a empregar critérios próprios, estes são dados pelo Direito (OLIVEIRA, 2018, p. 49, 50). Como já abordamos, a subjetividade do agente público está presente em todo ato de compreensão e interpretação, mas isso não quer dizer que, em sua atuação profissional, não existam fronteiras da própria norma jurídica que o vinculem.

Os conceitos de discricionariedade e vinculação são comumente tomados como excludentes, mas na realidade, um mesmo juízo pode contar com elementos discricionários e vinculados, e o que ocorre na maioria dos casos é a predominância, em decisões judiciais, de questões vinculadas sobre as discricionárias, ou vice versa. Tratam-se, portanto, de conceitos imbricados: para compreender um, é preciso compreender o outro. Todo juízo de discricionariedade é vinculado, posto que é balizado nos parâmetros de licitude, legitimidade e validade. Toda vinculação, por sua vez, passa por um juízo axiológico, uma ponderação ou relativização, a depender do caso concreto (OLIVEIRA, 2010, p. 354 - 369).

Conforme pontua Oliveira (2018), a pergunta “pode o poder judiciário apreciar o ato discricionário?” é mal formulada – afirmar que um juízo é discricionário é qualificar o juízo, e para qualificar um ato é necessário apreciá-lo. Se a matéria foi levada ao judiciário é porque há dúvida sobre a qualidade da medida: se o ato é arbitrário (ilícito) ou discricionário (lícito). A análise do judiciário sobre um ato visa saber se sobre ele há vinculação (única resposta certa);

discricionarietà (alguma das respostas certas) ou arbitrariedade (quando não se adota *a* resposta certa ou *uma das* respostas certas). Ao invés do termo “juízo discricionário”, nesses casos, o mais correto seria dizer juízo de valor – pois o juízo de valor pode ser legítimo (discricionário) ou ilegítimo (arbitrário). O juiz não pode invalidar um ato discricionário, apenas um ato arbitrário. Alguns juízos estão inseridos em âmbitos onde há maior dificuldade em precisar qual a melhor decisão a ser tomada ou delimitar os contornos do campo discricionário, e esses casos usualmente envolvem conceitos jurídicos abertos ou indeterminados (OLIVEIRA, 2018, p. 53, 54, 57).

A conceituação e determinação do juízo discricionário/de empate encontra alguns obstáculos, mais especificamente contradições e confusões teóricas na doutrina brasileira, cujas razões Oliveira (2018) organiza em: i) a questão do embasamento, amplitude, eficácia e efetividade dos direitos fundamentais; ii) a força jurídica e o caráter vinculante das disposições constitucionais, incluindo as programáticas; iii) a legitimidade de atuação do Estado em cada uma de suas três funções, e como o juízo discricionário se apresenta na legislação, jurisdição e na administração e ; iv) o fenômeno da judicialização e do ativismo judicial.

Os próximos tópicos abordarão a questão do direito à creche levando os critérios acima em consideração.

### **3.1.3 A eficácia jurídica de normas programáticas e direitos sociais: desafios e perspectivas**

Conforme abordado, usualmente não se confere às normas programáticas eficácia positiva, uma vez que essas são consideradas demasiadamente abstratas e dependentes de regulamentação, de forma que sua aplicabilidade não seria imediata. Muitas vezes, os direitos sociais são classificados como normas programáticas, encontrando desafios quanto à atribuição de eficácia jurídica positiva.

As normas programáticas, por estabelecerem metas a serem alcançadas, são muito associadas com a modalidade de eficácia interpretativa, justamente pela premissa de interpretação de todos os dispositivos normativos conforme a Constituição, a fim de chegar àquela que mais se aproxima dos efeitos desejados pelo princípio constitucional em questão. Como será visto a seguir, as normas programáticas podem impor ao legislador a obrigação de

legislar, ou seja, manifestar eficácia positiva, e não apenas interpretativa (OLIVEIRA, 2010, p. 379).

Os argumentos mais comuns da doutrina para não conferir eficácia positiva às normas programáticas são: 1) a característica dessa espécie normativa de metas a serem promovidas, sem especificar os meios ou prazos, permitiria demasiado espaço de livre ponderação ao Poder Público, que também precisaria hierarquizar e priorizar a concretização de certas normas programáticas em detrimento de outras e; 2) defender a eficácia positiva das normas programáticas seria antidemocrático, pois daria ao Judiciário demasiado poder em relação aos outros poderes, levando a uma judicialização da vida. (OLIVEIRA, 2015, p. 37, 38)

O primeiro argumento não se sustenta, pois apenas a falta dos meios ou prazos determinados para a efetividade da norma não significa que a decisão do agente público é totalmente livre, isenta de balizas jurídicas ou prazos razoáveis, conforme tratamos ao analisar a discricionariedade, e diante de caso específico a norma programática ganha concretude - sua abstração permite fluidez. Ainda, é importante lembrar que a ponderação de princípios e normas ocorre a todo tempo, mesmo entre normas definidoras de direito, de modo que isso não deve ser um obstáculo tratando-se de programáticas (OLIVEIRA, 2015, p. 38, 39).

O segundo argumento, por sua vez, também carece de veracidade. O ativismo judicial, ou juristocracia, é uma postura proativa e específica dos juízes e tribunais diante de determinada questão, e independe de normas programáticas para ocorrer. Assim, ainda que exista a possibilidade de eventual ativismo judicial envolvendo a eficácia positiva de norma programática, “assegurar direito subjetivo em feição positiva com finco em norma programática não é, por si, expressão de governo dos juízes” (OLIVEIRA, 2015, p. 39).

Oliveira (2015) busca desconstruir a ideia tradicional de que normas programáticas não possuem eficácia positiva, afirmando que, a depender da circunstância jurídica/fática da hipótese, as normas programáticas podem ou não gerar eficácia positiva. Afirma o autor que:

A eficácia positiva das normas programáticas pode se expressar de três modos genéricos: 1o) a cobrança de que o Estado adote os comportamentos preconizados, seja de maneira ampla ou específica, mais genericamente ou mais detalhadamente, sem que o judiciário venha a implementar qualquer medida, apenas noticiando ou chamando o responsável ao seu dever de ofício, o que expõe, além do mais, a desídia à opinião pública; 2o) a consecução

direta, via decisão jurisdicional, do requerido normativamente quando o legislador e/ou o administrador sigam inertes ou tenham efetuado suas obrigações de maneira falha ou insuficiente; 3o) os particulares também estão sujeitos às normas programáticas, podendo-se exigir deles, pessoas físicas ou jurídicas, um agir em respeito aos comandos jurídicos. (OLIVEIRA, 2015, p. 44)

Ainda, a conjugação de normas programáticas e normas definidoras de direito pode levar ao reconhecimento de eficácia positiva de norma programática enquanto determinante para o exercício de normas definidoras de direito (OLIVEIRA, 2015, p. 40). Sobre isso, o artigo 5º, §1º da Constituição estabelece que todas as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, ou seja, devem ser concretizadas pela Administração ou pelo Judiciário independentemente de intervenção legislativa. A educação, enquanto direito fundamental de natureza social, também se insere na previsão deste dispositivo.

Em relação aos direitos sociais, especificamente, Canotilho (2008) utiliza a expressão “camaleão normativo” para se referir à instabilidade e imprecisão normativa de um sistema jurídico aberto como o dos direitos sociais, o que explicaria a confusão que se faz entre direitos sociais e políticos e políticas públicas de direitos sociais. Segundo o autor, muitas vezes não é reconhecida a diferença entre o conteúdo de um direito, fundamentado em categorias jurídicas mais rigorosas como direitos subjetivos e deveres jurídicos, e a sugestão de conteúdo de um direito, de caráter político-jurídico cambiante, baseado em programas concretizadores de princípios e diretivas políticas (CANOTILHO, 2008, pp. 101).

Outro problema apontado pelo autor na compreensão dos direitos sociais reside na aproximação absolutista ao significado jurídico dos direitos sociais, que consiste em deduzir os efeitos das normas consagradoras de direitos sociais a partir de simples interpretação dos enunciados normativos, o que pode resultar, muitas vezes, na produção de efeitos contrários aos pretendidos, conferindo validade a essas normas constitucionais apenas diante de uma facticidade econômico-social (CANOTILHO, 2008, pp.104).

Como será detalhado adiante, o direito à educação - assim como todos os direitos sociais, econômicos e culturais - ainda que levante questões relativas a políticas públicas ou alocação de recursos, deve ser plenamente passível de apreciação pelo Judiciário, como consequência de seu status de direito humano (PANNUNZIO, 2009, p. 69).

### 3.2 A educação como direito fundamental social: um olhar voltado para a eficácia jurídica do segmento creche

Constituição Federal de 1988 classifica a educação e a proteção à infância como direitos sociais<sup>23</sup>. A efetivação do direito à educação é prevista no artigo 208 da Lei Maior:

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

I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezesete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria;

II - progressiva universalização do ensino médio gratuito;

III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;

IV - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade;

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

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

VII - atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didáticoescolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.

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

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

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

Como é possível observar, o ensino obrigatório e gratuito é classificado nos parágrafos primeiro e segundo do mesmo artigo como um direito público subjetivo, ou seja, investido de eficácia positiva, cujo não oferecimento pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente.

O direito fundamental à educação envolve não somente

o direito à instrução como processo de desenvolvimento individual, mas, também o direito a uma política educacional, ou seja, a um conjunto de intervenções juridicamente organizadas e executadas em termos de um processo de formação da sociedade, visando oferecer aos integrantes da

<sup>23</sup> Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

comunidade social instrumentos para alcançar seus fins (CAGGIANO, 2009, p. 23).

Conforme exposto inicialmente, a creche surgiu no ordenamento jurídico brasileiro na forma de assistência aos desamparados, e caminhou um longo percurso até alcançar o status de direito para as crianças de 0 a 3 (zero a três) anos, sendo hoje prevista como dever do Estado, enquanto parte integrante do direito fundamental à educação básica. A partir da leitura do artigo acima, a Constituição não classifica a creche expressamente como direito público subjetivo como o faz com o ensino básico obrigatório, de modo que pode-se chegar ao entendimento de que a legislação propositalmente não confere ao direito à creche a modalidade de eficácia jurídica positiva.

Todavia, este raciocínio não deve prosperar. Voltando à classificação de normas programáticas e normas definidoras de direito, não é possível garantir que o comando do art. 208, I e o do art. 208, IV, ambos da Constituição de 1988, são diferentes no sentido de que o primeiro trata de norma definidora de direito, e o segundo, de norma programática, pois ambos resultam no direito subjetivo de cobrar atividade prestacional do Estado (OLIVEIRA, 2015, p. 36, 37).

Antes da Emenda Constitucional nº 59/2009, ao invés de educação básica obrigatória, o artigo 208, I mencionava educação fundamental obrigatória. O termo atual, educação básica, é mais amplo e engloba, além do ensino fundamental, a educação infantil e o ensino médio. Como foi mencionado no primeiro capítulo, a partir da Emenda Constitucional nº 53 de 2006, a creche passou a ser considerada parte integrante da educação infantil, assim como a pré-escola, de forma que passou a constituir, também, a educação básica, recebendo inclusive recursos do FUNDEB.

Se a educação básica obrigatória (dos 04 aos 17 anos, ou até a conclusão daqueles que não tiveram acesso na idade própria) é direito subjetivo, exigível no Judiciário diante da ausência ou irregularidade de sua oferta, a modalidade creche, por não ser obrigatória, deixa de ser um direito subjetivo? Entende-se no presente trabalho que não. A não obrigatoriedade da creche implica que os responsáveis não são obrigados a matricular a criança, mas todos os cidadãos que quiserem devem ter direito à vaga imediatamente (OLIVEIRA, 2019, p. 53).

Antes mesmo da decisão do RE 1008166, ampla jurisprudência do STF já compartilhava desse entendimento<sup>24</sup>, sob a argumentação de que: 1) a educação infantil é direito indisponível assegurado pela Constituição, e uma interpretação global da Constituição impõe ao poder público a obrigação de executá-lo, notadamente o Município; 2) O Judiciário tem legitimidade para intervir em caso de omissão estatal na implementação de políticas públicas voltadas a direitos constitucionais; 3) a alegação da reserva do possível para a não prestação de serviço público que concretiza direito integrante do mínimo essencial, como a educação básica, não se sustenta.

### **3.2.1 Cobertura e atendimento à creche no plano nacional: separação de poderes, financiamento, políticas públicas**

No último tópico, vimos que a jurisprudência já vinha se consolidando no sentido de deferir pedidos por vagas em creches, afastando a alegação dos Municípios de insuficiência de vagas e reserva do possível. Contudo, o financiamento, as estruturas, os materiais pedagógicos e a questão do pessoal são fatores importantes para a concretude do direito à creche, que não podem ser ignorados. Assim, é importante compreender, diante das normas voltadas para a Educação

---

<sup>24</sup> Como exemplo: 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. (STF. 2ª T. ARE nº 639337 AgR/SP. Rel. Min. Celso de Mello. J. em 23/08/2011). No mesmo sentido, STF, DJe 11/10/2021, A G .Reg. no Recurso Extraordinário Com Agravo 1.322.879/ DF, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES: AGRAVO INTERNO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ACÓRDÃO RECORRIDO EM DISSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STF. VAGA EM CRECHE OU PRÉ-ESCOLA. PROXIMIDADE DA RESIDÊNCIA. OBRIGAÇÃO ESTATAL. 1. O acórdão do Tribunal de origem revela-se em dissonância com a jurisprudência do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, que tem dado máxima efetividade ao disposto no art. 208 da Constituição Federal, assegurando à criança vaga em creche ou pré-escola próxima à sua residência. 2. Agravo interno a que se nega provimento.

Infantil, como vem ocorrendo o financiamento e o oferecimento de vagas em creches em âmbito nacional nos últimos anos.

Já se compreendeu que a elaboração de políticas educacionais pelos municípios tem caráter prioritário.

Nesse processo, a Secretaria de Educação tem um papel determinante, mas não exclusivo. É indispensável a atuação integrada de outros setores do governo municipal, como os de planejamento, finanças, assistência social, saúde, meio ambiente e cultura, entre outros. Para implementar a política de educação infantil, é preciso realizar um planejamento baseado em diagnóstico da realidade. O primeiro passo é conhecer a situação do atendimento a partir de um levantamento de todas as instituições de educação infantil existentes no município, tanto as públicas (federais, estaduais e municipais) quanto as privadas (particulares, comunitárias, confessionais e filantrópicas), independentemente das condições de funcionamento e das características. (BRASIL, 2009, p. 15)

Primeiramente, cumpre ressaltar que o PNE 2014-2024 estabeleceu, como Meta 1, a ampliação da oferta de educação infantil em creches para atender, no mínimo, 50% (cinquenta por cento) das crianças de até 3 (três) anos até o final de 2024.

Considerando que o último Censo realizado pelo IBGE foi em 2010 e os dados para a população de 0 a 4 anos não foram coletados pelo IBGE nos anos de 2020- 2021, utilizamos estimativas populacionais produzidas pelo IBGE e enviadas ao TCU, que foram estratificadas por idade pela Fundação Abrinq, no Observatório da Criança e do Adolescente (c2022a; c2022b).

Conforme o Observatório da Criança e do Adolescente (c2022g), a taxa de bruta de matrícula em creches (calculada pela razão entre o número de matrículas e a população correspondente à faixa etária de zero e três anos) em 2021, foi de 27,7%, no valor absoluto de 3.417.210. A taxa líquida de cobertura em creches (calculada pela razão entre o número de matrículas de crianças entre zero a três anos de idade em creche e a população correspondente à faixa etária entre zero e três anos de idade), foi de 25,3%, no mesmo ano (OBSERVATÓRIO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, c2022h).

Das 3.417.210 matrículas em creches em estabelecimentos públicos e privados, em 2021, 2.399.766 são em creches públicas, ou seja, aproximadamente 70% das crianças matriculadas

em creches são atendidas pela rede pública (OBSERVATÓRIO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, c2022c). Ainda, das 1.017.444 matrículas em estabelecimentos privados, 599.784 (OBSERVATÓRIO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, c2022d) são de instituições conveniadas (instituições de caráter comunitário, confessional ou filantrópico), o que significa que quase 60% das matrículas em creches privadas estão incluídas na distribuição de recursos do Fundeb (OBSERVATÓRIO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, c2022b)<sup>25</sup>.

O convênio com instituições particulares está regulamentado no art. 116 da Lei Federal no 8.666. Nesses casos, o artigo 77 da LDB prevê que a destinação dos recursos públicos às escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas se limita àquelas que:

- I - comprovem finalidade não-lucrativa e não distribuam resultados, dividendos, bonificações, participações ou parcela de seu patrimônio sob nenhuma forma ou pretexto;
- II - apliquem seus excedentes financeiros em educação;
- III - assegurem a destinação de seu patrimônio a outra escola comunitária, filantrópica ou confessional, ou ao Poder Público, no caso de encerramento de suas atividades;
- IV - prestem contas ao Poder Público dos recursos recebidos.

Essa alternativa, contudo, deve ser aplicada de forma excepcional. A prioridade de investimento do poder público deve ser a expansão de sua rede local, mas em nome do não comprometimento do direito fundamental do educando pela não prestação do serviço pelo Estado, a lei prevê a possibilidade de o Poder Público destinar bolsas de estudo para a educação básica para os que demonstrarem insuficiência de recursos, quando houver falta de vagas e cursos regulares da rede pública de domicílio do educando (BARCELLOS, 2011, p. 317,318)

O número de estabelecimentos de Educação Infantil que oferecem creche conveniados com o Poder Público decaiu nos últimos anos, de 7.576 em 2016, para 7.462 em 2017, a 7.053 em 2018, 6.141 em 2019, 6.353 em 2020 e 6.243 em 2021 (OBSERVATÓRIO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, c2022b).

---

<sup>25</sup> Estima-se que, em 2021, existiam 6.243 estabelecimentos de creche conveniados ao poder público. Mais informações em: <https://observatoriocrianca.org.br/cenario-infancia/temas/educacao-infantil/1126-numero-de-estabelecimentos-de-educacao-infantil-creches-conveniados-ao-poder-publico?filters=1,1835>

Entre 2019 e 2021, houve uma queda de 7,3% nas matrículas em educação infantil, em especial na rede privada, que teve uma queda de 17,8% das matrículas, enquanto a rede pública apresentou redução de 1,5% (queda de 1,8% na creche e de 1,3% na pré-escola) (BRASIL, 2022a, p.8). Essa queda exponencial das matrículas da educação infantil na rede privada certamente é uma das consequências da pandemia do Covid-19 na educação - com o fechamento obrigatório das escolas, muitas crianças, em especial da educação infantil (que só tem caráter obrigatório a partir dos 4 anos) saíram das escolas privadas, e muitas dessas instituições fecharam por não conseguirem se manter (MARQUES, 2020).

Os efeitos da pandemia na educação infantil são muito significativos, e acentuaram e expuseram as desigualdades já existentes<sup>26</sup>. Estima-se que a cobertura da educação básica no Brasil retrocedeu cerca de 10 anos nos anos 2020 e 2021, a partir do indicador de cobertura (BRASIL, 2022b, p.13). O fechamento das escolas públicas (cujo oferecimento da merenda escolar era fundamental na alimentação de muitas crianças), a inviabilidade de realizar encontros remotos com crianças muito pequenas (especialmente de 0 a 3 anos), levando em consideração a necessidade da disponibilidade de tempo dos responsáveis, de aparelhos tecnológicos e de acesso à internet, além da própria dificuldade de retenção do interesse das crianças, são todos exemplos de aspectos que marcaram a discrepância econômico-social na educação infantil na pandemia. Segundo o relatório de acompanhamento do PNE em 2022, para se atingir a Meta 1 do Plano, seria preciso incluir aproximadamente 1,4 milhão de crianças de 0 a 3 anos em creches até 2024 (BRASIL, 2022b, p.13,14).

A queda no número de matrículas por creches nos últimos anos não significa que a demanda por vagas pelas famílias, no sentido de necessidade, de fato diminuiu. A questão da demanda é complexa, pois na lista de espera dos municípios não são abrangidos os casos em que as famílias não conhecem o seu direito e, sabendo que existem filas ou que a modalidade creche só é oferecida naquele município a partir de uma certa idade (não contemplando, por exemplo, a faixa etária do berçário, que atende crianças até os 2 anos), nem procuram formalizar ou ajuizar sua reivindicação.

---

<sup>26</sup> “O indicador de desigualdade de acesso à creche entre os 20% mais pobres e os 20% mais ricos da população de 0 a 3 anos chega, em 2019, a 27,3 p.p., muito acima, portanto, do que estabelece a Estratégia 1.2 do PNE (10,0 p.p.)” (BRASIL, 2022b, p.13,14).

Segundo informações disponibilizadas pela Fundação Maria Cecília Souto Vidigal (2021, p. 15), 42,4% das crianças de 0 a 3 anos se enquadravam nos critérios do Índice de Necessidade por Creches (INC) em 2019, com projeção de 42,6% em 2020. O INC é um índice que foi desenvolvido para medir a necessidade por creches em nível municipal, calculado a partir de critérios de priorização, refletidos na fórmula “(Proporção de crianças de zona urbana em famílias em situação de pobreza) + (Proporção de crianças de zona urbana não pobres em famílias monoparentais) + (Parcela da proporção de crianças de zona urbana não pobres, em famílias não monoparentais, com mães/cuidadores principais economicamente ativos, ou que seriam economicamente ativos se houvesse em creche, e que apresentam evidências de necessidade)” (FUNDAÇÃO MARIA CECÍLIA SOUTO VIDIGAL 2021, p. 8).

Uma alternativa que alguns municípios encontraram para expandir as vagas de forma menos dispendiosa foi por meio de convênios com instituições particulares. Como vimos, o número de estabelecimentos conveniados diminuiu consideravelmente de 2018 a 2019, com ligeiro crescimento em 2020 e 2021 (OBSERVATÓRIO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, c2022b). Contudo, a diminuição das creches conveniadas não significa que o Estado ampliou a cobertura das creches da rede pública.

Uma questão problemática dessa situação é que, ainda que as instituições privadas precisem cumprir alguns requisitos legais para receber recursos públicos, elas não estão vinculadas ao piso salarial dos seus funcionários, a contratação não se dá por meio de concurso público e não há garantia de piso salarial obrigatório para os funcionários, de modo que não há garantia de manutenção ou controle de padrão de qualidade (MORENO, 2020). Por exemplo, a proporção de docentes da creche com ensino superior completo em 2021, na rede pública, é de 82,5%, enquanto na rede privada, esse índice é de 72,6% (OBSERVATÓRIO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, c2022e).

A Meta 20 do PNE, relativa ao financiamento da educação básica, de atingir o patamar de 7% (sete por cento) do Produto Interno Bruto (PIB) do País no 5º (quinto) ano de vigência da Lei e, no mínimo, o equivalente a 10% (dez por cento) do PIB ao final do decênio, está longe de ser alcançada. Os indicadores para a realização do monitoramento desta meta são o gasto público em educação pública e o gasto público em educação, ambos estagnados em 5% e 5,5% do PIB, respectivamente. Conforme o monitoramento de 2022, para o alcance da meta final no

prazo de 2024, de 10% do PIB até o final de 2024, seria necessário um aumento de aproximadamente metade dos recursos aplicados em educação pública (BRASIL, 2022b, p.18).

Na realidade, o que ocorreu em 2022 foi um corte de 97,5% do dinheiro para construir creches em 2023: do orçamento previsto de 100 milhões de reais (que já representava corte significativo comparado ao orçamento de 220 milhões de reais em 2021), o orçamento encaminhado pelo presidente Jair Bolsonaro ao Congresso Nacional para 2023 previu apenas o montante de 2,5 milhões para a educação infantil, o que é suficiente para construir apenas 5 creches.(CARTA CAPITAL, 2022).

A partir do exposto, podemos observar que, por mais que a jurisprudência e a legislação já apresentem uma visão de criança cidadã, reconhecendo a importância da creche e da educação infantil, o argumento dos Municípios de falta de recursos, ainda que em alguns casos seja uma certa “desculpa”, não é totalmente sem respaldo na realidade, especialmente nos últimos anos, com cortes expressivos nas verbas destinadas à educação pela União, que ocupa o papel de suprir os Municípios deficitários. Esse corte expressivo no orçamento para a educação infantil é inclusive mencionado no julgamento da RE 100816, como será mostrado no próximo capítulo.

### **3.3 A judicialização de políticas públicas no acesso à creche**

As políticas públicas podem ser definidas como “a coordenação dos meios à disposição do Estado, harmonizando as atividades estatais e privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados” (BUCCI, 1996). Aqui, os textos legais e as políticas públicas são compreendidos como discursos, constituídos por diversas vozes historicamente situadas, marcadas por conflitos e tensões que fazem parte integrante do processo de construção, interpretação e reinterpretação das políticas pelo Estado, pelas organizações públicas (por meio de seus gestores) e pelo próprio público receptor de seus textos. (FRAMBACH, 2021, p. 135).

Frambach (2021, p. 29), adota a perspectiva de Stephen Ball e Richard Bowe (1992, apud FRAMBACH, 2021) ao afirmar que as políticas públicas estão a todo tempo sujeitas a serem recriadas pela interpretação decorrente dos processos micropolíticos e da atuação dos profissionais que lidam com cada política a nível local, que produzem, de maneira inevitável,

“efeitos e consequências que podem representar mudanças e transformações significativas na proposta original”, e por isso mesmo a natureza das políticas públicas é tão complexa (Frambach, 2021, p. 129).

Nesse processo de interpretação das políticas públicas pela lente do direito, atuam forças centrífugas, que reorientam o direito a uma maior conexão com a realidade social, e forças centrípetas, que tendem a promover o fechamento do direito em si mesmo (BRUNET, 2019, pág. 899).

Assim, a análise de políticas públicas deve ser realizada dentro do contexto das transformações do Estado brasileiro nas últimas décadas, em especial a partir do processo de redemocratização, com a Constituição Federal de 1988, com a proliferação de programas governamentais, em todos os níveis federativos, visando a materialização dos preceitos constitucionais pelas instituições (BRUNET, 2019, pág.880).

Como foi visto, o processo de judicialização decorre do desenho institucional adotado, com o modelo de constitucionalização abrangente e um sistema de controle de constitucionalidade que permite tanto que qualquer tribunal ou juiz possa pronunciar a invalidade de uma norma no caso concreto, quanto que sejam ajuizadas ações diretas perante cortes constitucionais (BARROSO, 2012 , pp. 8, 9).

Os direitos fundamentais, enquanto direitos públicos subjetivos, ocupam um lugar de destaque na Constituição Cidadã, que prevê em seu texto mecanismos e procedimentos de controle e proteção a esses direitos, judiciais ou não, que podem ser exercidos pelos titulares desses direitos ou por seus representantes legitimados.

Os mecanismos judiciais são: a) o mandado de segurança, individual ou coletivo, que se destina a proteger direito líquido e certo ; b) mandado de injunção, para os casos em que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício regular de direito ou preceito constitucional ; c) ação popular, que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural ; d) ação civil pública, que visa a proteção de interesses difusos ou coletivos; e) ação direta de inconstitucionalidade, de competência exclusiva do STF para arguir a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual; f) arguição de

descumprimento de preceito fundamental, também de competência exclusiva do STF, com o objetivo de reparar lesão ou dano a preceito fundamental (natureza residual) e; g) ação judicial da LDB, de rito sumário e gratuita, para os casos de não-oferecimento ou oferta irregular do ensino público obrigatório (PANNUNZIO, 2009, p. 70-72).

Os mecanismos não judiciais, ou quase judiciais, como classifica Pannunzio (2009, p. 72) são três: a) o direito de petição aos poderes públicos, instrumento previsto na Constituição (art. 5º, XXXIV, ‘a’) para garantir a defesa de direitos contra a ilegalidade ou abuso de poder; b) o Conselho Nacional de Educação e órgãos análogos, que atuam junto ao Ministro de Estado de Educação para assegurar a participação popular no aperfeiçoamento da educação nacional e; c) os conselhos tutelares, órgãos permanentes e autônomos, não jurisdicionais, encarregados pela sociedade de zelar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente, entre outras atribuições.

Na elaboração de políticas públicas para a educação infantil, os Municípios podem eleger critérios de prioridade de atendimento na organização de vagas em creches e pré-escolas, como baixa renda, medida protetiva, risco nutricional e mãe trabalhadora. A prioridade de atendimento, contudo, não elimina o caráter universal do direito à creche. No próximo e último Capítulo, serão abordados os principais tópicos de discussão do julgamento do RE 1008166, e selecionados alguns pontos de análise que se relacionam com as noções de concepção de infância, histórico do direito à creche, competências e discricionariedade dos Municípios e do Judiciário no que tange políticas públicas voltadas à primeira infância e eficácia de direitos fundamentais.

#### **4 O RE 1008166**

O Recurso Extraordinário (RE) 1008166, Tema 548 da repercussão geral, sobre o dever estatal de assegurar o atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a 5 (cinco) anos de idade, foi julgado no dia 21/09/2022, sob relatoria do Ministro Luiz Fux. O entendimento final fixado pela Corte deverá ser aplicado a, pelo menos, outros 28.826 processos que tratam do tema (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2022)

Trata-se de Agravo de instrumento interposto pelo Município de Criciúma (SC) contra decisão que inadmitiu recurso extraordinário em que se discute se é autoaplicável o inciso IV

do art. 208 da Constituição Federal, dispositivo que trata do dever estatal de assegurar o atendimento em creche e pré-escola às crianças até 5 (cinco) anos de idade.

No caso, o Município de Criciúma questiona a decisão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina que manteve a decisão que acolheu o mandado de segurança interposto pelo Ministério Público de Santa Catarina para que fosse determinada a efetivação da matrícula de criança em estabelecimento de educação infantil, próximo de sua residência.

Em suma, alegou o Município de Criciúma que: 1) a prioridade dos Municípios de atuação prioritária na educação infantil, prevista no art. 211, § 2º, da Constituição Federal não deve ser confundida com obrigação; 2) Apenas o ensino fundamental é obrigatório e direito público subjetivo, nos termos do art. 208, § 1º da Constituição Federal; 3) a previsão do art. 208, IV de atendimento em creche e pré-escola às crianças de 0 a 6 (zero a seis) anos é norma programática e não imperativa, de modo que o Município não está condicionado a fazê-lo de forma integral e imediata; 4) sendo impossível que o Poder Judiciário imponha aos órgãos da Administração Pública obrigação de fazer que importe gastos que não estejam rigorosamente adstritos aos ditames da lei orçamentária, sob risco de inviabilizar o planejamento municipal (SANTA CATARINA, 2009).

A partir das discussões realizadas anteriormente, já é possível localizar pontos controversos na argumentação do Município de Criciúma, que serão abordados tanto nos votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal quanto na análise destes.

#### **4.1 Exposição dos votos**

Na data da redação deste texto, o inteiro teor do julgamento ainda não se encontrava disponível, de modo que a análise dos votos se deu a partir da gravação das duas sessões do julgamento, a sessão do dia 21/09/2022, dividida em duas partes, e a sessão do dia 22/09/2022 ambas disponibilizadas no canal do STF da plataforma Youtube (2022a; 2022b; 2022c).

Assistidas as gravações, algumas falas foram resumidas e outras foram transcritas e organizadas em eventos discursivos, que podem ser entendidos como “momentos constituídos pela ação de dois ou mais sujeitos que, em permanente processo de constituição de si, respondem ao outro do lugar que ocupam” (BAKHTIN, 2001, apud CORSINO, 2015).

Um evento é um acontecimento irrepetível e único, mas, ao ser organizado como discurso escrito e passar a compor o corpus da pesquisa, se torna uma peça de uma coleção. Assim, o evento, ao ser inserido no texto da pesquisa, é recontextualizado e reordenado, sendo possível apreender e atribuir novos significados e sentidos (CORSINO, 2015)

Os eventos de pesquisa foram agrupados em coleções conforme aproximações. São elas: 1) Critérios e condicionantes ao acesso a vagas na Educação Infantil: redução do impacto da judicialização na organização da política pública ou formação de bolhas sociais?; 2) Fixação da tese de repercussão geral: preocupações com a inocuidade da decisão e definição do cerne da discussão; 3) Educação como falsa prioridade: efetividade e orçamento e; 4) Educação Infantil e o combate à desigualdade social e de gênero.

#### **4.1.1 Critérios e condicionantes ao acesso a vagas na educação infantil: redução do impacto da judicialização na organização da política pública ou formação de bolhas sociais?**

O relator do Recurso Extraordinário 1008166 foi o Ministro Luiz Fux, que iniciou sua fala expondo o conflito do caso, no qual, de um lado, está a tutela imediata do direito de crianças à educação e, do outro, o planejamento administrativo de políticas públicas já delineadas pelo ente federativo competente, que demanda previsibilidade na alocação de recursos. O Ministro Fux dividiu sua fala em três partes: na primeira, tratou da questão do acesso à Educação Infantil; na segunda, do status constitucional e legal do direito dessas crianças e, por fim, os critérios e parâmetros para a judicialização do direito social à educação infantil (YOUTUBE, 2022a).

Afirmou o Ministro Fux que a educação deve ser uma preocupação pública da sociedade: “para se proteger a sociedade democrática é fundamental a formação de democratas, e a educação representa o próprio direito a ter direitos, posto que somente quando deles conhecermos é que estaremos aptos a seu exercício” (YOUTUBE, 2022a). Esta fala do Ministro remete fortemente à concepção de infância presente no discurso oficial de reforço ao patriotismo e desenvolvimento da nação, que muito marcou o atendimento à criança a partir da década de 1930. (KRAMER, 1995, p. 57).

Destacou o relator que o comando normativo do art. 208, IV da Constituição Federal já tem 34 anos, e que a jurisprudência do STF já reconheceu o dever estatal de prestar educação infantil a crianças na modalidade creche e pré-escola, com destaque ao ARE 639337/2011, de relatoria do Ministro Celso de Mello (BRASIL, 2011).

Contudo, apesar de reconhecer o caráter universal do direito à educação infantil, o relator defendeu a importância de priorizar o acesso dos mais pobres, afirmando que, se o indivíduo é capaz de arcar com o serviço com custos próprios, não pode exigir do judiciário que drene os escassos recursos públicos para garantir a prestação do serviço a quem tem condições. Dessa forma, sugeriu como critério para a redução do impacto da judicialização na organização de políticas públicas de Educação Infantil nos Municípios a necessidade de comprovação de hipossuficiência por aqueles que buscam uma determinação judicial para matrícula em creches ou pré-escolas, elaborando a seguinte tese: a administração pública, por força de decisão judicial, deve matricular crianças de 0 a 5 anos de idade em creche ou pré-escola pública, desde que haja comprovação e pedido administrativo prévio não atendido em prazo razoável e de incapacidade financeira do requerente de arcar com custo correspondente (YOUTUBE, 2022a).

Essa limitação de caráter econômico ao direito fundamental à educação foi prontamente criticada pelo Ministro Enrique Ricardo Lewandowski, que exteriorizou sua preocupação com a possibilidade de formação de verdadeiras bolhas sociais, lembrando que o STF vem se posicionando, ao longo dos anos, especialmente em relação ao debate das cotas raciais, em favor do reconhecimento da importância de se ter, no ambiente escolar e pré-escolar, uma miscigenação positiva. O Ministro Lewandowski indagou ainda pela possibilidade de inversão do ônus da prova: “Ao invés da mãe da criança, do pai da criança, ter que comprovar que não tem recursos para pagar a creche, não seria o ente público que teria que vir a juízo e dizer que não tem condições orçamentárias para abrir eventualmente as vagas na creche pública? ”. (YOUTUBE, 2022a)

No mesmo sentido, o Ministro Nunes Marques demonstrou preocupações com a necessidade de comprovação de hipossuficiência, indagando se isso 1) não poderia criar um obstáculo ao acesso das crianças ao seu direito fundamental e; 2) se esse entendimento poderia avançar para outros serviços públicos, ressaltando que a jurisprudência do STF, em casos semelhantes, não faz essa distinção (com exceção dos casos em que é feita a relativização no caso de oferecimento de remédios de alto custo, considerando que um determinado custo, para

alguns pode ser alto, enquanto para outros, não) (YOUTUBE, 2022a). O Ministro Edson Fachin também se mostrou contrário a essa condicionante, questionando qual seria a régua pela qual medir essa circunstância, diante de uma multiplicidade de realidades (YOUTUBE, 2022b). A Ministra Cármen Lúcia também se posicionou contra a fixação da tese sugerida pelo relator, destacando a ampla jurisprudência do Supremo no sentido de considerar a educação infantil um direito fundamental, não passível de requisito ou de condicionante para seu exercício (YOUTUBE, 2022c).

Em relação à condicionante da comprovação da hipossuficiência, considera-se relevante trazer para a análise a do voto do relator o histórico da Educação Infantil que foi abordado no primeiro capítulo, que complementa a fala do Ministro Lewandowski sobre a possibilidade, com a adoção desse critério, de formação de bolhas sociais nas creches e pré-escolas. Como visto anteriormente, a creche no Brasil começou justamente como uma política assistencialista e sanitária, voltada às crianças carentes e marginalizadas, e caminhou um longo percurso até conquistar uma visão global do eixo cuidar e educar, de modo que a limitação da possibilidade de reivindicação por vagas em creche abarcasse apenas as crianças provenientes de lares hipossuficientes constituiria em verdadeiro retrocesso a todo um processo histórico de lutas e movimentos sociais pela educação e pela infância (YOUTUBE, 2022a).

#### **4.1.2 Fixação da tese de repercussão geral: preocupações com a inocuidade da decisão e definição do cerne da discussão**

O Ministro Alexandre de Moraes demonstrou diversas vezes, ao longo do julgamento, preocupação com a fixação de uma tese pelo Supremo Tribunal Federal que não possa eventualmente ser cumprida. Afirmou: “Se nós fixarmos: imediatamente todas as crianças acima de 4 anos têm que ir para a creche, nós vamos fixar isso e nada vai acontecer, essa é a realidade, por que? Porque não há dinheiro, não há programação, não há pessoas com condições de atender as crianças - então não é possível essa fixação, é bonita, a fixação, mas é difícil.” (YOUTUBE, 2022b)

Para corroborar com seu entendimento, citou um estudo da FIRJAN (2021) no qual foi constatado que, “entre as cidades avaliadas, 1.704 (32,5%) não são capazes de gerar localmente, no mínimo, recursos suficientes para arcar com os custos da Câmara de Vereadores e da

estrutura administrativa da Prefeitura” o que aponta a complexidade da implementação de creches e o status deficitário da maioria dos Municípios brasileiros.

Ressaltou que a “a creche não é só o local físico, a creche é toda uma contratação de mão de obra especializada - mão de obra especializada que, às vezes, bate no teto do funcionalismo dos Municípios”, (YOUTUBE, 2022b) e o Executivo, diante da impossibilidade de contratar, realiza convênios, e depois há “ações e ações do Ministério Público dizendo que o convênio não é possível, porque é um serviço que deve ser prestado diretamente”, ou seja, há judicialização da questão (YOUTUBE, 2022b).

O Ministro citou o repasse de vouchers diretamente para as escolas particulares nos municípios de Limeira e Hortolândia em São Paulo como exemplo de programação diferente dos Municípios para resolver o problema da creche, no exercício de sua autonomia, ressaltando a importância de olhar diferente para cada município.

Sobre a política de distribuição de *vouchers* às instituições privadas de ensino, cabe um destaque. A proposta segue a linha de pensadores liberais adeptos à Escola de Chicago, mesma corrente de pensamento do Ministro da Economia Paulo Guedes, do Governo Bolsonaro, e a maior experiência prática foi a chilena, a partir da década de 1980. A prática consiste na distribuição de vouchers “diretamente à família das crianças, para que elas possam escolher “livremente” onde aplicar esses recursos: em mensalidades de creches e escolas privadas ou públicas. (MOTA, 2022)

Contudo, o que um relatório realizado pela Universidade do Colorado em 2018 apontou foi o início de uma concorrência entre as escolas públicas das regiões mais pobres com “as instituições privadas e com as públicas mais bem localizadas e, portanto, com melhores resultados”, de modo a formar, como afirma Roberto Leher, pesquisador da educação e ex-reitor da UFRJ, um verdadeiro “apartheid educacional”, submetendo as famílias mais pobres a escolher a escola menos precária que eles terão acesso com seus vouchers, enquanto as famílias com mais condições continuam tendo acesso às melhores escolas.(MOTA, 2022)

A experiência do programa semelhante citado pelo Ministro Alexandre de Moraes “Bolsa Creche”, no município Hortolândia, em São Paulo, instituído em 2005, apontou que a partir da implantação da política, houve um decréscimo da oferta de vagas em educação infantil no setor

público, enquanto a oferta na rede privada aumentou, ainda que sob um aumento do gasto da prefeitura em 665,21% de um 2005 para 2006, o que demonstra que o escasso dinheiro público para a educação se destina à proteção e manutenção de instituições privadas com fins declaradamente lucrativos (DOMINICANO, 2011, p. 244, apud ADRIÃO, 2006; DOMICIANO; ADRIÃO, 2005; DOMICIANO, 2006).

Ainda, uma questão pertinente relativa ao caso Hortolândia é a do repasse dos recursos do Fundeb. Conforme vimos, apenas instituições privadas sem fins lucrativos podem receber recursos do Fundeb, de modo que a solução encontrada pelo Município de Hortolândia para repassar recursos do Fundeb para instituições privadas *stricto sensu* (com fins lucrativos) foi a de contabilizar as matrículas dos bolsistas nessas instituições privadas como matrículas públicas, o que gera problemas como o repasse indevido de verbas públicas a instituições privadas com fins lucrativos e imprecisões relativas a uma suposta expansão da rede pública, que na realidade não ocorre (DOMINICANO, 2009, p. 182, 183).

Ainda em relação à autonomia dos municípios, Ministro Alexandre de Moraes afirmou: “inércia do município deve ser apenada, mas se houver programação municipal dentro dos seus critérios orçamentários, logísticos, de gestão, creio que não há possibilidade do judiciário substituir isso” com uma regra geral, pois não tem os dados de cada um dos mais de 5.000 municípios (YOUTUBE, 2022b).

A essa última afirmação, o relator Ministro Luiz Fux rebateu que “estamos no campo constitucional, então aqui não está em jogo matéria fática, e os autos nem trazem esses elementos ” (YOUTUBE, 2022b. Segundo o relator, o que está em jogo é que

O Tribunal rejeitou a alegação do Município de Criciúma no sentido de que não há subjetivo público da criança ao estudo em creche e pré-escola. Então, a discussão aqui é a seguinte: ou esse direito existe, ou ele não existe. Então nós estamos há 34 anos dando chance para que os municípios tenham todas as razões do mundo para não implementar essa política pública, e o meu temor é que, mais uma vez, nós aqui concedamos uma carta de alforria para o Município dizer, de alguma maneira, “não posso, não consigo”. A alocação de recursos tem que obedecer o tripé segurança, saúde e educação, é uma questão de alocação de recursos. (YOUTUBE, 2022b)

A Ministra Rosa Weber reforçou que o importante é a definição do cerne da matéria, que é o direito subjetivo, pois o Município de Criciúma alegou que “O Poder Judiciário não pode imiscuir-se em tarefa típica da esfera de atribuições do Poder Executivo impondo a destinação dos recursos a situações individuais e abandonando planos e metas administrativas traçadas pelo município”. E ainda, que “a disponibilidade de vagas em estabelecimento pré-escolar é meta programática, que o poder público tem o dever de implementar na medida de sua possibilidade.” (YOUTUBE, 2022b) . Então a questão é a afirmação do direito, trata-se do exame do Recurso Extraordinário em Apelação em Mandado de Segurança.

A essa fala, o Ministro Fachin citou um trecho do voto do Ministro Celso de Mello no julgamento do ARE 639.337 AgR / SP.:

Nem se atribua, indevidamente, ao Judiciário, no contexto ora em exame, uma (inexistente) intrusão em esfera reservada aos demais Poderes da República. É que, dentre as inúmeras causas que justificam esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário (de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito), inclui-se a necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição da República, muitas vezes transgredida e desrespeitada por pura, simples e conveniente omissão dos poderes públicos. (BRASIL, 2011, p.13)

Dessa forma, o Ministro Fachin afirmou que compreende a questão dos municípios, a dificuldade em dar essa execução ao direito, mas que compreende também que muitos municípios não levam em conta as metas do plano plurianual aguardando a judicialização, de modo que o direito a ter direitos fica restringido àqueles que têm acesso à jurisdição, enquanto os que não têm acesso à jurisdição não conseguem sequer postular o direito à creche (YOUTUBE, 2022b.)

#### **4.1.3 Educação como falsa prioridade: efetividade e orçamento**

Outro importante tópico de discussão ao longo do julgamento foi a questão da priorização (ou não) da educação infantil pelos textos legais e pelas políticas orçamentárias.

O Ministro Luís Roberto Barroso inicia o seu voto afirmando que, no Brasil, a educação básica é uma falsa prioridade, marcada por verdadeiras descontinuidades de políticas públicas pelos Ministros da Educação das últimas décadas, com exceção, segundo ele, de Paulo Renato, no governo Fernando Henrique Cardoso, e de Fernando Haddad, no governo Luiz Inácio Lula da Silva, período em que houve efetivos avanços na educação. Afirma que os principais problemas da educação básica no Brasil, ao contrário de outras áreas, já foram bem mapeados, sendo eles: 1) a não alfabetização da criança na idade certa; 2) a evasão escolar no ensino médio e; 3) o que chamam de déficit de aprendizado, em que a criança conclui o fundamental, conclui o ensino médio, e não aprendeu o mínimo que deveria ter aprendido. Ainda, destaca a baixa atratividade das carreiras do magistério, problema que precisa também ser enfrentado.

Na mesma linha, o Ministro Gilmar Mendes complementou a fala do Ministro Barroso ressaltando que os direitos têm custos, e esses custos precisam ser orçados e avaliados, que é preciso um esforço conjunto na construção de condições financeiras para materialização do direito social à educação (YOUTUBE, 2022c). Destacou que, sem coordenação e planejamento, é impossível superar a defasagem que atualmente marca a educação infantil. Disse, ainda, que ambos os ministros da Educação citados pelo Ministro Barroso se preocuparam com normas de organização e procedimento, com o FUNDEB e o FUNDEF (YOUTUBE, 2022c).

O Ministro Gilmar Mendes teceu um panorama na situação atual dos investimentos (ou falta deles) para o segmento creche no Brasil no último ano de 2021. Citou matérias jornalísticas que traziam que o governo federal promoveu uma forte redução de investimentos para construção de creches e pré-escolas no país, postura que resultou em alta no número de imóveis abandonados e na diminuição das matrículas nesta etapa da educação infantil (YOUTUBE, 2022c).

Em números, o Ministro trouxe a informação de que o Ministério da Educação (MEC) terminou 2021 com 101 milhões pagos para obras de creches em prefeituras, o que representa uma redução de 80% com relação a 2018, último ano do governo Michel Temer (que foi equivalente a 495 milhões em valores atualizados a preço de 2021). Ao mesmo tempo, o governo federal prevê também 2840% mais verba para colégio militar em São Paulo do que creches no país e divide 2,5 milhões para apoio à manutenção educação infantil em até 3 estados e 2,5 milhões para apoio à implantação de escolas de educação infantil em 5 projetos. Com esse

dinheiro, afirmou ser possível construir e equipar apenas uma única creche no país. (YOUTUBE, 2022c).

O Ministro Gilmar Mendes afirma que, para falar de custos, é preciso olhar para as dotações orçamentárias. Portanto, quando se fala em custos, é preciso também reparar nas dotações orçamentárias. Para ele, a Lei Orçamentária é, talvez, a norma principal de todo o sistema, pois é a norma pressuposto desse desenvolvimento, e é fundamental que o Supremo Tribunal Federal possa fazer, eventualmente, o controle de constitucionalidade de Lei Orçamentária num caso como este, sob pena de produzir decisões inefetivas. A essa fala, o Ministro Barroso integrou: "A gente sabe se é prioridade ou não olhando para o orçamento. Se não tiver verba robusta no orçamento, não é prioridade. Nós discutimos mais Brasil a judicialização, que é o momento posterior, do que o orçamento, que é o momento em que as escolhas são feitas" (YOUTUBE, 2022c).

O Ministro Barroso afirmou que umas das soluções consensuais sobre a questão da educação é justamente a ênfase da educação infantil, utilizando como base os estudos de James Heckman, vencedor do prêmio nobel de Economia em 2000, nos quais ele defende, com cálculos econômicos, a educação na primeira idade como investimento. O Ministro Barroso cita os estudos de Heckman, que afirma que as primeiras semanas de vida da criança devem ser um investimento fundamental na educação básica, porque nessa época o cérebro da criança é como uma esponja que absorve todas as informações recebidas, sendo esse um momento crucial para assegurar que a criança receba nutrição adequada, afeto, respeito, valores e conhecimentos básicos. Complementou o Ministro, ainda, que no Brasil existem muitos lares desfeitos, em que muitas famílias não são capazes de suprir essas necessidades básicas à criança, sendo a creche uma proteção contra a violência doméstica e a desnutrição. (YOUTUBE, 2022c).

Aqui, cabe retomar o que abordamos no primeiro capítulo sobre uma visão mercadológica da criança, sendo esta muitas vezes objetificada nas políticas voltadas à infância e encarada numa perspectiva econômica para a manutenção do sistema político. Sua "importância é medida em termos quantitativos de investimentos financeiros a elas destinados", expressada nos cálculos de custo/benefício à sociedade (CASTRO, 2013, p.88). É possível notar também a reprodução do discurso tradicional que designa a infância pobre como aquela que é carente nos sentidos material e emocional, cujas necessidades as famílias são incapazes de suprir (NUNES, 2011, p. 18). Não se pretende, aqui, negar a importância da questão orçamentária na efetivação do direito à educação infantil, apenas lançar luz sobre diferentes discursos e ideologias que permeiam e atravessam a temática da infância.

No campo da interpretação do texto constitucional, o Ministro André Mendonça se manifestou no sentido de entender que a Constituição não estabeleceu a Educação Infantil de 0 a 3 anos como direito subjetivo exigível, colocou como um dever, no sentido de norma programática não revestida de eficácia positiva. Ele foi o único, dentre os Ministros do Supremo, a se posicionar dessa maneira.

Assim, o Ministro defendeu o progresso contínuo da política educacional no tempo e propôs a fixação da seguinte tese:

É dever estatal constitucionalmente obrigatório assegurar acesso universal à educação infantil em creche e pré-escola, às crianças até 5 anos de idade. Esta Obrigação deve ser cumprida a) de forma imediata, para todas as crianças a partir de 4 anos e; b) de forma gradual, de acordo com o Plano Nacional de Educação, garantindo-se a oferta de vagas equivalentes a, no mínimo, 50% da demanda até 2024, para crianças de até 3 anos. Constatada a não aplicação do percentual mínimo orçamentário em educação, bem como o descumprimento de qualquer outra obrigação constitucional ou legal relacionada à política pública educacional pelo ente, a obrigatoriedade de universalização do atendimento à educação infantil passa a ser imediato.

O Ministro conheceu o recurso e entendeu pela necessidade de devolução dos autos ao tribunal de origem, nos termos do art. 1.040, II, do CPC/2.015, para reexame do feito e adequação à tese a ser estabelecida pelo Supremo Tribunal Federal.<sup>27</sup>

Opostamente, o Ministro Nunes Marques afirmou que a educação é a mais relevante tarefa ao encargo do Poder Público e deve ser prioridade dos Municípios, de modo que a alegação de que existem outras prioridades a que gastar o serviço público não merece prosperar. Para ele, o comando constitucional do art. 208, IV já tem 34 anos, e limitar seu o exercício a um programa recente e tardio como o PNE não parece o mais adequado. O Ministro Gilmar Mendes também se manifestou contrariamente à inclusão das metas do PNE na tese de

---

<sup>27</sup> Art. 1.040. Publicado o acórdão paradigma: II - o órgão que proferiu o acórdão recorrido, na origem, reexaminará o processo de competência originária, a remessa necessária ou o recurso anteriormente julgado, se o acórdão recorrido contrariar a orientação do tribunal superior;

repercussão geral, pois, segundo ele, há Municípios brasileiros que já apresentam cobertura de 80% da demanda por creches, e com essa fixação na tese poderiam ser levados a se sentirem influenciados a entregar apenas 50%..”(YOUTUBE, 2022c)

O Ministro Barroso, no mesmo sentido, destacou que a Constituição não poderia ter sido mais exaustiva na importância que deu à educação básica na vida brasileira, defendendo que a textualidade do artigo 208, IV e § 2º da Constituição afasta a ideia de se tratar de uma norma programática. Disse ele:

não que eu ache que as normas programáticas são aquelas que não produzem efeitos jurídicos. As normas programáticas são as normas que contém ou princípio ou fim público a serem alcançados, sem definir qual a conduta a ser seguida, dando uma margem de discricionariedade ao intérprete e ao poder executivo, mas ainda assim são normas de efeitos jurídicos. Quando se diz que se trata de direito subjetivo, fica claro que há uma conduta a ser exigida, que nesse caso específico é a oferta da educação básica. (YOUTUBE, 2022c)

Acrescentou, ainda, que a única forma de se dar efetiva prioridade à educação é tornar esse direito efetivo, inclusive por decisão judicial, se necessário. De modo que, quem vier a postulá-lo, como no caso desse processo, não pode ter o direito negado. Segundo ele, isso “não é uma interferência do Judiciário em atribuições do Poder Executivo, é uma atuação do Judiciário cumprindo sua principal atribuição, que é fazer valer a Constituição e dar efetividade aos seus dispositivos” (YOUTUBE, 2022c).

O Ministro Barroso afirmou que muitas vezes princípios ou direitos fundamentais não conseguem produzir eficácia imediata, e também ressaltou a questão do tempo ao dizer que já não é razoável, após 34 anos, dizer que a realidade fática ainda não permite a implementação do dispositivo, de modo que cabe ao Supremo Tribunal Federal “empurrar um pouco a história para acelerar esse processo de universalização do ensino infantil” (YOUTUBE, 2022c).

#### **4.1.4 Educação infantil e o combate à desigualdade social e de gênero**

Por fim, um ponto relevante levantado ao longo da discussão foi a indissociabilidade do direito à creche com a perspectiva de gênero e social. No primeiro capítulo foi discutida a

indissociabilidade do surgimento do direito à creche no ordenamento jurídico brasileiro à questão das mulheres mães trabalhadoras, o que será mais explorado a seguir.

A instituição creche representa um marco importante para a luta de mulheres, uma vez que esse espaço permite a redução da assimetria institucionalizada entre homens e mulheres no mundo do trabalho, na qual há uma distribuição desigual de responsabilidade das mulheres em cuidar dos filhos e tarefas domésticas que dificulta a sua inserção e permanência no mercado de trabalho. “A divisão sexual do trabalho é simultaneamente fruto e reprodutora de desigualdades, reforçando-as no que se refere a estereótipos, assimetrias, hierarquias e desigualdades (materiais e simbólicas)”.(CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2021,p. 25)

Assim, diante dos aspectos culturais, sociais, políticos, econômicos e históricos que marcam a desigualdade entre homens e mulheres, hoje se reconhece a insuficiência da igualdade formal para combater essas desigualdades de gênero. Em 2021, o Conselho Nacional de Justiça, por meio de um Grupo de Trabalho, instituído pela Portaria n. 27, de 27 de fevereiro de 2021, e complementado pela Portaria n. 116, de 12 de abril de 2021, elaborou o Protocolo de Julgamento com Perspectiva de Gênero, que busca trazer uma lente de gênero nas interpretações do Judiciário para mitigar a desigualdade de gênero na aplicação do Direito. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2021). É possível observar um movimento do Judiciário em aplicar essa lente de gênero às decisões, que é verificado especialmente nos votos do Ministro Gilmar Mendes e das Ministras Cármen Lúcia e Rosa Weber.

O Ministro Gilmar Mendes frisou que o direito à educação transcende a esfera de interesse das crianças, e o direito à creche e à pré-escola pressupõe uma política pública com efeitos verdadeiramente transversais que se insere no combate à desigualdade de gênero e social (YOUTUBE, 2022c).

No sentido de proteção e repercussão dessa política pública no âmbito do direito das mulheres, especialmente com o ingresso das mulheres com filhos no mercado de trabalho, a oferta de vagas em creches e pré-escolas se mostra fundamental para combater o ciclo de violência contra a mulher, muitas vezes pautado em sua dependência econômica (YOUTUBE, 2022c).

A independência financeira é um ponto inquestionável da dignidade humana, e a desigualdade de gênero no trabalho influencia diretamente nesse aspecto, posto que muitas mulheres mães têm mais dificuldade de entrar e permanecer no mercado de trabalho devido a uma distribuição desigual de responsabilidade das mulheres em cuidar dos filhos e tarefas domésticas, de modo a perpetuar a divisão sexual do trabalho, em que o homem ocupa o papel de provedor financeiro e exerce muitas vezes dominação sobre a mulher pelo aspecto financeiro. Nessa dinâmica, não se pode perder uma perspectiva interseccional dos marcadores sociais variantes que influenciam nos papéis atribuídos às mulheres, como classe e raça, que refletem diretamente nas suas perspectivas e oportunidades de trabalho (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2021,p. 25).

A questão social, não desvincilhada da questão de gênero, também atravessa a educação infantil, no sentido de que, como afirmou o Ministro Gilmar Mendes, a educação da primeira infância é um projeto de Estado, e “a parcela da população com menores recursos financeiros é a mais afetada pela falta de estrutura oferecida pelo Estado, sem a possibilidade de buscar alternativas no mercado”(YOUTUBE, 2022c). Segundo ele, “cabe ao poder judiciário determinar as circunstâncias específicas do caso concreto, a partir da perspectiva sistêmica, o cumprimento dos preceitos constitucionais” (YOUTUBE, 2022c).

A Ministra Cármen Lúcia fundamentou seu voto no mesmo sentido:

a garantia deste direito não diz respeito somente à criança, na sua dignidade, na sua condição de alguém que tem o direito básico a que se liberte de uma condição de não contato, de não conhecimento, mas que isso interfere em outros direitos fundamentais, da mulher, como já foi reiterado desde o voto do Ministro Luiz Fux, de toda a sociedade, do grupo que se beneficia cada vez mais de relações saudáveis do ponto de vista pessoal e do ponto de vista social para a garantia desses direitos. (YOUTUBE, 2022c)

O último voto e o mais emblemático na perspectiva de gênero foi o da Presidente Ministra Rosa Weber, que afirmou a educação infantil como fundamental para uma existência digna, e que o tema se insere no Constitucionalismo Feminista e diz respeito a uma “histórica divisão assimétrica da tarefa de cuidar de filhos e filhas”, que implica numa “maior vulnerabilidade da

trabalhadora mãe durante o período da maternidade devido às contingências próprias de conciliação dos projetos de vida pessoal, familiar e laboral” (YOUTUBE, 2022c). Disse ainda:

Dessa forma, em espectro axiológico de valorização da maternidade em sua função social, os direitos fundamentais elencados no art. 7º da nossa Constituição entrelaçam-se ao imprescindível abraço estatal à proteção da maternidade também na esfera da imprescindível oferta de creche e pré-escola, de forma a concretizar, para a mãe, uma merecida segurança no exercício do direito ao equilíbrio entre trabalho e família (YOUTUBE, 2022c).

A partir da análise dos julgamentos relativos à licença maternidade, foi possível observar que o combate à discriminação da mulher grávida e mãe no mercado de trabalho implica também na ampliação de políticas públicas para o oferecimento de creches em tempo integral, como forma de evitar que mulheres se demitam ou sejam demitidas durante ou após o período de licença maternidade por não terem com quem deixar as crianças.

Por fim, destacou a necessidade de oferecer condições materiais à mulher e intelectuais e culturais à criança como parcela do mínimo existencial, de forma a também respeitar os princípios Constitucionais de prioridade à criança e igualdade entre homens e mulheres, o que implica na “primazia à destinação orçamentária relativa à educação, inclusive à educação infantil em creches e pré-escolas cuja efetivação foi imposta ao Estado pelo texto constitucional” (YOUTUBE, 2022c).

Após a fala da Ministra, a tese final foi fixada e foi vencido, em parte, o Ministro André, que havia conhecido o recurso extraordinário e dado parcial provimento para determinar a devolução dos autos à origem para reexaminar o feito. A tese final do relator, que acolheu a alteração sugerida pelo Ministro Barroso, foi aprovada por unanimidade com o seguinte texto (BRASIL, 2022):

- 1 - A educação básica em todas as suas fases, educação infantil, ensino fundamental e ensino médio, constitui direito fundamental de todas as crianças e jovens, assegurado por normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade direta e imediata.
- 2 - A educação infantil compreende creche, de 0 a 3 anos, e a pré-escola, de 4 a 5 anos. Sua oferta pelo poder público pode ser exigida individualmente, como no caso examinado neste processo.

3 - O poder público tem o dever jurídico de dar efetividade integral às normas constitucionais sobre acesso à educação básica. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2022)

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da realidade de crianças de 0 a 3 (zero a três) anos em filas de espera de por vagas em creches públicas, o presente trabalho se propôs a analisar o julgamento do RE 1008166 a partir de uma perspectiva histórica centrada nos textos normativos relativos à creche no Brasil, com a intenção de compreender como o acesso à creche, enquanto efetivação do direito à educação, é viabilizado pelo Poder Público, levando em consideração como se dá o financiamento desse serviço e o panorama geral de seu oferecimento no território nacional, assim como as diferentes concepções de infância que coexistem e colidem até os dias de hoje nos discursos normativos, observando também discussões atuais dos autores selecionados referentes à judicialização de políticas públicas e eficácia jurídica de direitos fundamentais.

No primeiro capítulo, foi possível observar que o direito à creche apareceu no ordenamento jurídico brasileiro não como responsabilidade do Estado e direito da criança, mas como um serviço de teor médico/assistencialista, a ser oferecido pelas empresas para suas trabalhadoras com filhos (sem consequências para o seu não oferecimento), ou por entidades filantrópicas, voltadas para o atendimento de crianças abandonadas ou provenientes de famílias pobres. Ficou marcada fortemente a distinção entre a criança “padrão” burguesa, e a criança pobre (“menor”), definida pelas suas ausências em relação à primeira, e que deveria ser salva pelo Estado de sua família (especialmente mãe) que não teria como educá-la, transmitir os valores da nação ou noções de higiene adequadamente.

Uma prática constante do Estado a partir da década de 1930 foi a de criar e extinguir órgãos públicos voltados ao atendimento dessa criança considerada carente em todos os sentidos. Durante o regime militar, permaneceu a prática assistencialista da pré-escola, mas começou a ganhar força o discurso de que a pré-escola consistiria na salvação contra o fracasso escolar, crescendo a preocupação do Estado com o seu caráter educativo (KRAMER, p. 122). O caráter paternalista, clientelista, e a manipulação ideológica e político-eleitoral marcaram as ações estatais voltadas para a primeira infância, que destinavam às crianças pobres creches e pré-escolas que consistiam em “meros depósitos, conduzidas por profissionais que recebem

salários aviltantes e que têm precaríssimas condições de trabalho” (KRAMER, 1995, p. 124, 125).

Em contraponto, como ficou evidente com a abertura política e redemocratização a partir da década de 1980, mas que historicamente sempre ocorreu, foi que os benefícios para a infância das classes populares decorreram de muita luta de movimentos sociais, notadamente mulheres e educadores, pelo oferecimento de serviços de saúde, educação e assistência de qualidade pelo Estado. Assim, o atual *status* constitucional da criança como cidadã no ordenamento jurídico brasileiro, e o da creche como parte integrante da educação básica, direito subjetivo de eficácia plena e imediata, com financiamento para seu oferecimento em caráter universal e não assistencialista, são conquistas das várias formas de organização da sociedade civil.

A partir da análise dos principais documentos normativos pertinentes à creche no ordenamento jurídico brasileiro, o presente trabalho se debruçou nos conceitos de direitos fundamentais, Constituição Dirigente, normas programáticas, eficácia jurídica e discricionariedade, assim como na relação entre direito e política e discussões sobre políticas públicas para compreender melhor a questão do direito à creche pelo ponto de vista jurídico.

Foi observado que, pela interpretação da redação atual do art. 208, I da Constituição de 1988, em conformidade com o todo do texto constitucional e dos demais dispositivos infraconstitucionais abordados, a creche constitui direito fundamental subjetivo indisponível, integrante do mínimo existencial e, portanto, investido de eficácia positiva, sendo obrigação do Poder Público executá-lo e legítima a intervenção do Judiciário nos casos de omissão estatal na implementação de políticas públicas para o oferecimento deste serviço, entendimento compartilhado por ampla jurisprudência anterior ao RE 1008166.

Conhecer a realidade pode fornecer as diretrizes para ações políticas (KRAMER, 1995, pg. 125), de modo que se realizou também um breve panorama da cobertura e do atendimento à creche no plano nacional, a partir de informações disponíveis no Observatório da Criança e do Adolescente (c2022a), que utiliza estimativas populacionais produzidas pelo IBGE e enviadas ao TCU. Este panorama não abrange, de maneira alguma, toda a complexidade e especificidade de cada município brasileiro no que diz respeito ao oferecimento do serviço público de creche, até porque, conforme mencionado, famílias que desconhecem seus direitos e/ou que já sabem que o seu município não atende a todas as idades contempladas pela creche

não estão inseridas nas listas de espera por vagas em creches, o que dificulta o cálculo real da demanda.

Foram observados, ainda, os investimentos realizados pelo poder público para a creche nos últimos anos, que indicam o nível de comprometimento do poder público com a efetivação desse direito social.

A partir deste segundo capítulo, verificou-se a possibilidade de apreciação do Judiciário para questões envolvendo políticas públicas ou alocação de recursos relativos ao direito à creche, em decorrência do *status* constitucional deste direito humano social, assim como foi observada uma perspectiva mais ampla do financiamento, da cobertura e do atendimento à creche que auxilia, ainda que minimamente, na compreensão da realidade brasileira, em especial no processo de judicialização do direito à creche, que implica em discussões sobre separação de poderes, financiamento e políticas públicas, pontos centrais no tema.

Verificadas as concepções de infância nos principais documentos normativos relativos à creche historicamente, assim como a possibilidade de apreciação de questões envolvendo políticas públicas para o oferecimento do serviço de creche pelo Judiciário e a situação atual da cobertura e atendimento à creche pelo poder público, o último capítulo se debruçou sobre a análise dos votos dos ministros no julgamento do RE 1008166, cujas gravações estavam disponíveis no canal do STF da plataforma Youtube. O procedimento para a análise consistiu em assistir as gravações, destacando os principais pontos das falas de cada Ministro e organizando-os em coleções, que foram: 1) Critérios e condicionantes ao acesso a vagas na Educação Infantil: redução do impacto da judicialização na organização da política pública ou formação de bolhas sociais?; 2) Fixação da tese de repercussão geral: preocupações com a inocuidade da decisão e definição do cerne da discussão; 3) Educação como falsa prioridade: efetividade e orçamento e; 4) Educação Infantil e o combate à desigualdade social e de gênero.

Na primeira coleção, discutiu-se a sugestão do Ministro Relator Fux de limitar o acesso ao judiciário nos casos de famílias que buscam uma determinação judicial para matrícula em creches ou pré-escolas às famílias que comprovem hipossuficiência. Conforme a manifestação dos demais Ministros, considerou-se aqui que esta limitação constituiria em verdadeiro retrocesso a uma postura paternalista e assistencialista do Estado em relação ao oferecimento de creches da década de 1930 até a promulgação da Constituição de 1988.

A segunda coleção buscou trazer a preocupação que marcou a fala de muitos ministros, em especial o Ministro Alexandre de Moraes, relativa à fixação da tese de repercussão geral, sobre a possibilidade de uma decisão do Supremo em favor da eficácia positiva e aplicabilidade imediata do direito universal à creche que se mostrar inócua, impraticável diante da realidade material de escassez de muitos municípios. Em contraponto, outros ministros, como o Ministro Luís Roberto Barroso, demonstraram preocupação com uma decisão em sede de repercussão geral que pudesse de alguma forma respaldar a omissão de 34 anos dos municípios em cumprir com o dever constitucional de oferecimento de creches. A Ministra Rosa Weber apontou a necessidade de definir o cerne da matéria, que seria o direito subjetivo à creche, diante da alegação do município de Criciúma da impossibilidade de apreciação da questão pelo Judiciário, por tratar-se de norma programática a ser cumprida pelo poder público na medida de suas possibilidades. Como visto no segundo capítulo, ainda que o direito à creche possa ser considerado norma programática, isso não significa que esse dispositivo constitucional não possua eficácia positiva, sendo plenamente passível de apreciação pelo Judiciário, seja como norma programática ou definidora de direito.

A possibilidade de apreciação do tema pelo Judiciário também se fez presente nos votos dos Ministros selecionados na terceira coleção, que diz respeito à priorização (ou não) da educação infantil pelos textos legais e pelas políticas orçamentárias. A partir dos votos analisados, foi possível explorar o tema do financiamento da educação básica enquanto indício de importância conferida a este direito pelo Poder Público. Foi realizado pelo Ministro Gilmar Mendes um panorama dos investimentos para o segmento creche no Brasil no último ano de 2021, de forma semelhante ao que foi realizado no segundo capítulo, que demonstra relevante redução de investimentos para construção de creches e pré-escolas no país. Nessa coleção, também foi possível observar nos discursos dos Ministros a influência da questão orçamentária na concepção de infância (ainda atual) que encara a criança como um adulto/trabalhador/cidadão em formação, que com mais investimentos na fase da educação infantil, um dia trará maiores retornos à nação.

A última coleção analisada coincide com um dos primeiros pontos abordados no presente trabalho: a indissociabilidade da questão da creche com a questão da mulher. O direito à creche surgiu no ordenamento jurídico brasileiro como direito da mulher trabalhadora antes de ser considerado um direito da criança, e atualmente é um direito constitucional tanto dos

trabalhadores com filhos (art. 7º da Constituição) quanto das crianças (art. 208 da Constituição). A luta pela creche é também a luta pela emancipação feminina de um sistema ideológico desigual que subordina a mulher ao homem por meio de hierarquias estruturais, sistema também marcado pelo atravessamento de desigualdades de classe e raça. Foi possível compreender como a universalidade da creche e o reconhecimento do seu caráter educacional são importantes para romper com a visão assistencialista da creche que reproduz essas hierarquias e preconceitos de gênero, raça e classe.

A análise dos votos dos ministros no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 1008166 permitiu a retomada das concepções de infância presentes nos textos normativos e os conceitos jurídicos trabalhados anteriormente, de forma a compreender melhor as concepções dos Ministros sobre não apenas o dever do Estado para com a educação de crianças de 0 a 5 anos, que engloba noções de efetividade de direitos fundamentais, discricionariedade e separação de poderes, mas também as concepções de infância(s) que permeiam seus discursos.

Observar a discussão entre os ministros possibilitou a percepção do caráter multidisciplinar do tema das políticas educacionais para crianças de 0 a 3 (zero a três) no Brasil, discussão que não se esgota aqui. Pelo contrário, os efeitos e implicações práticas dessa decisão recente ainda não puderam ser verificados, e a própria análise dos votos pode ser observada a partir de outras coleções e enriquecida com o levantamento de outras questões que extrapolam o campo do Direito e podem trazer novas perspectivas dos pontos de vista histórico, sociológico, filosófico, pedagógico e econômico.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR, Beatriz Lima Carmo de. A Instituição Creche: apontamentos sobre sua história e papel. *Nuances*, vol. II, setembro de 2011. Disponível em: <https://revista.fct.unesp.br/index.php/Nuances/article/viewFile/133/181>. Acesso em 16 de junho de 2022

APRESENTAÇÃO. In: CORSINO, P. (org). *Travessias da literatura na escola*. Rio de Janeiro: 7Letras, 2014. 1 ed., p. p. 11-22.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARCELLOS, Ana Paula de. Políticas públicas e o dever de monitoramento: “levando os direitos a sério”. *Rev. Bras. Polít. Públicas*, Brasília, v. 8, no 2, 2018 p. 251-265

BARROSO, Luis Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *RFD- Revista da Faculdade de Direito- UERJ*, v. 2, n. 21, jan./jun. 2012. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1794/2297>. Acesso em: 26 out. 2022.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará*, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidente da República, [2016]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 14 out. 2021.

BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. *Aprova a consolidação das leis do trabalho*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del5452.htm#art389](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm#art389). Acesso em: 18 out. 2022

BRASIL. Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (Inep). *Censo Escolar: 2021*. Brasília, DF: Inep, 2022a. Disponível em: [https://download.inep.gov.br/publicacoes/institucionais/estatisticas\\_e\\_indicadores/notas\\_estatisticas\\_censo\\_escolar\\_2021.pdf](https://download.inep.gov.br/publicacoes/institucionais/estatisticas_e_indicadores/notas_estatisticas_censo_escolar_2021.pdf). Acesso em: 01 nov. 2022.

BRASIL. Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (Inep). *Relatório do 4º ciclo de monitoramento das metas do Plano Nacional de Educação: 2022*. Brasília, DF: Inep, 2022b. Disponível em: [https://download.inep.gov.br/publicacoes/institucionais/plano\\_nacional\\_de\\_educacao/relatorio\\_do\\_quarto\\_ciclo\\_de\\_monitoramento\\_das\\_metas\\_do\\_plano\\_nacional\\_de\\_educacao.pdf](https://download.inep.gov.br/publicacoes/institucionais/plano_nacional_de_educacao/relatorio_do_quarto_ciclo_de_monitoramento_das_metas_do_plano_nacional_de_educacao.pdf). Acesso em: 28 out. 2022.

BRASIL. Lei nº 13.005, de 25 de junho de 2014. Aprova o Plano Nacional de Educação (PNE) e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/113005.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/113005.htm). Acesso em: 17 nov. 2022

BRASIL. Lei nº 13.257, de 08 de março de 2016. Dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, a Lei nº 11.770, de 9 de setembro de 2008, e a Lei nº 12.662, de 5 de junho de 2012. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/113257.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113257.htm). Acesso em: 17 nov. 2022

BRASIL. Ministério da Educação. Orientações sobre convênios entre secretarias municipais de educação e instituições comunitárias, confessionais ou filantrópicas sem fins lucrativos para a oferta de educação infantil. – Brasília : MEC, SEB, 2009. Disponível em: [http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com\\_docman&view=download&alias=407-orientacoes-convenio&Itemid=30192](http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=407-orientacoes-convenio&Itemid=30192). Acesso em: 11 nov. 2022

BRASIL. Ministério da Educação. *PNE em movimento*, [s.d.]a. Página Inicial. Disponível em: < <https://pne.mec.gov.br> >. Acesso em: 16 out 2022

BRASIL. Ministério da Educação. *PNE em movimento*, [s.d.]b. Pagina Inicial / Instância Permanente de Negociação e Cooperação. Disponível em: <https://pne.mec.gov.br/instancia-permanente-de-negociacao-e-cooperacao>. Acesso em: 16 out. 2022

BRASIL. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. *Lei nº 8.069, 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da União. ano 1990, Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm). Acesso em: 6 out. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). A G .Reg. no Recurso Extraordinário Com Agravo 1.322.879/ Distrito Federal. AGRAVO INTERNO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ACÓRDÃO RECORRIDO EM DISSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STF. VAGA EM CRECHE OU PRÉ-ESCOLA. PROXIMIDADE DA RESIDÊNCIA. OBRIGAÇÃO ESTATAL. 1. O acórdão do Tribunal de origem revela-se em dissonância com a jurisprudência do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, que tem dado máxima efetividade ao disposto no art. 208 da Constituição Federal, assegurando à criança vaga em creche ou pré-escola próxima à sua residência. 2. Agravo interno a que se nega provimento. Agravante: Distrito Federal. Agravado: Valentina Barbosa da Silva. Relatoria : Min. Alexandre de Moraes em 11 de outubro de 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15348295253&ext=.pdf>. Acesso em 19 out. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). ARE nº 639337 AgR/SP. 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 – doutrina – 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 - incoerência 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. Agravante: Município de São Paulo. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relatoria Min. Celso de Mello em 23 de agosto de 2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428> . Acesso em: 19 out. 2022

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Supremo* decide que oferta de creche e pré-escola é obrigação do poder público. Supremo Tribunal Federal: 22 set. 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=494613&ori=1>. Acesso em: 6 de out. 2022

BRUNET, Emiliano. R. *Sobre a abordagem direito e políticas públicas (dpp) em um curso de graduação em direito: contribuição crítica para a construção de um programa*. REI - Revista Estudos Institucionais, [S. l.], v. 5, n. 3, p. 878–903, 2019. DOI: 10.21783/rei.v5i3.433. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/433>. Acesso em: 12 nov. 2022.

BUCCI, Maria Paula Dallari. As políticas públicas e o direito administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público* 13 :135/6, 1996.

CAGGIANO, Monica Herman S. A Educação. Direito Fundamental. In: RANIERI, Nina (coor.); RIGHETTI, Sabine (org.). *Direito à Educação*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2009.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. “Metodologia fuzzy” e camaleões normativos” na problemática actual dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. 2ª. Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 97-113.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). *Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero* [recurso eletrônico] / Conselho Nacional de Justiça. — Brasília : Conselho Nacional de Justiça – CNJ; Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados — Enfam, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/protocolo-18-10-2021-final.pdf>. Acesso em: 6 de dezembro de 2022

CONSTITUINTE RECEBE PROPOSTA DE CRIANÇAS. *Correio Braziliense*, Brasília, nº 8778, p. 5, 24/04/ de 1987. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/114589>. Acesso em: 19 out. 2022

DEL PRIORE, Mary. *História das crianças no Brasil*. Mary Del Priore (org.). 7 ed. São Paulo: Contexto, 2011.

DOMICIANO, Cassia Alessandra. *O programa Bolsa creche nos municípios paulistas de Piracicaba e Hortolândia: uma proposta para alocação de recursos estatais à educação privada ?*. 2009. 226 f. Dissertação (mestrado) - Universidade Estadual Paulista, Instituto de Biociências de Rio Claro, 2009. Disponível em: <http://hdl.handle.net/11449/90157>. Acesso em: 12 nov. 2022

DOMINICANO, Cássia Alessandra. *A EDUCAÇÃO INFANTIL VIA PROGRAMA BOLSA CRECHE: O CASO DO MUNICÍPIO PAULISTA DE HORTOLÂNDIA*. Belo Horizonte: Educação em Revista, v.27, n.03, p.231-250, dez. 2011.

Educação Infantil. *Observatório da Criança e do Adolescente*, c2022a. Disponível em: <https://observatoriocrianca.org.br/cenario-infancia/temas/educacao-infantil>. Acesso em: 02 nov. 2022.

FALEIROS, Vicente de Paula. Infância e processo político no Brasil. . *In: RIZZINI, Irene; PILOTTI, Francisco (orgs.). A arte de governar crianças: a história das políticas sociais, da legislação e da assistência à infância no Brasil*. 3 ed. São Paulo: Cortez, 2011.

FRAMBACH, Fernanda de Araújo. *Discursos em Mosaico: Formação Literária, Espaços de Leitura e Alfabetização nas Políticas Públicas e em Contextos da Prática*. Tese de Doutorado - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Programa de Pós-Graduação em Educação. Rio de Janeiro, 2021

FREIRE, Paulo. *A importância do ato de ler: em três artigos que se completam*. 23 ed. São Paulo: Autores Associados: Cortez, 1989.

FUNDAÇÃO MARIA CECILIA SOUTO VIDIGAL (2021). *INC – Índice de Necessidade de Creche 2018-2020 e estimativas de frequência: insumos para a focalização de políticas públicas*. Disponível em: <http://www.fmcsv.org.br>. Acesso em: 22 out. 2022

Governo Bolsonaro corta 97,5% do dinheiro para construir creches em 2023. *Carta Capital*, 2022. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/politica/governo-bolsonaro-corta-975-do-dinheiro-para-construir-creches-em-2023/>. Acesso em: 06 nov. 2022

KRAMER, Sonia. *A Política do pré-escolar no Brasil: a arte do disfarce*. 5. ed. São Paulo: Cortez, 1995.

MAIS de três mil cidades brasileiras têm situação fiscal difícil ou crítica, revela Índice Firjan de Gestão Fiscal. *FIRJAN*, 21 out. 2021. Disponível em: <https://firjan.com.br/noticias/mais-de-tres-mil-cidades-brasileiras-tem-situacao-fiscal-dificil-ou-critica-revela-indice-firjan-de-gestao-fiscal.htm>. Acesso em: 14 nov. 2022

MARQUES, Julia. Na penúria, escolas de educação infantil fecham as portas durante a pandemia. *Estadão*, 2020. Disponível em: <https://www.estadao.com.br/saude/na-penuria-escolas-de-educacao-infantil-fecham-as-portas/>. Acesso em: 10 nov. 2022

MORENO, Ana Carolina. Mais de 5 milhões de crianças de 0 a 3 anos precisam de creche no Brasil, aponta levantamento. *G1*, 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/educacao/noticia/2020/08/25/mais-de-5-milhoes-de-criancas-de-0-a-3-anos-precisam-de-creche-no-brasil-aponta-levantamento.ghtml>. Acesso em: 12 nov. 2022.

MORENO, Ana Carolina. Um terço das crianças de 0 a 3 anos mais pobres do Brasil está fora da creche por falta de vaga, diz IBGE. *G1*, 20 mai. 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/educacao/noticia/um-terco-das-criancas-de-0-a-3-anos-mais-pobres-do-brasil-estao-fora-da-creche-por-falta-de-vaga-diz-ibge.ghtml>. Acesso em: 12 nov. 2022.

MOTA, Beatriz. ‘Vouchers vão gerar um apartheid educacional’. *EPSJV/Fiocruz*, 30 jan. 2020. Disponível em: <https://www.epsjv.fiocruz.br/noticias/entrevista/vouchers-va-gerar-um-apartheid-educacional>. Acesso em: 20 nov. 2022

NETTO, José Paulo et al. Serviço social e saúde: formação e trabalho profissional. Rio de Janeiro: Cortez, 2006. Número de estabelecimentos de Educação Infantil (creches) conveniados ao Poder Público. *Observatório da Criança e do Adolescente*, c2022b. Disponível em: <https://observatoriocrianca.org.br/cenario-infancia/temas/educacao-infantil/1126-numero-de-estabelecimentos-de-educacao-infantil-creches-conveniados-ao-poder-publico?filters=1,1835>. Acesso em: 05 nov. 2022

Número de matrículas em creches segundo dependência administrativa. *Observatório da Criança e do Adolescente*, c2022c. Disponível em: <https://observatoriocrianca.org.br/cenario-infancia/temas/educacao-infantil/540-numero-de-matriculas-em-creches-segundo-dependencia-administrativa?filters=1,74>. Acesso em: 05 nov. 2022

Número de matrículas em estabelecimentos de Educação Infantil (creches) conveniados ao Poder Público segundo dependência administrativa do convênio. *Observatório da Criança e do Adolescente*, c2022d. Disponível em: <https://observatoriocrianca.org.br/cenario-infancia/temas/educacao-infantil/1129-numero-de-matriculas-em-estabelecimentos-de-educacao-infantil-creches-conveniados-ao-poder-publico-segundo-dependencia-administrativa-do-convenio?filters=1,1845>. Acesso em: 05 nov. 2022

NUNES, Maria Fernanda Rezende. Educação Infantil no Brasil: A primeira etapa da educação básica. Maria Fernanda Rezende Nunes, Patrícia Corsino e Vital Didonet. Brasília: UNESCO, Ministério da Educação, Fundação Orsa, 2011.

OLIVEIRA, Eliane. A interferência da judicialização nas políticas públicas de acesso à educação infantil no município do Rio de Janeiro. Orientadora: Maria Fernanda Rezende Nunes. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, Programa de Pós-Graduação em Educação, 2019.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. Discricionariedade: Juízo de Empate. Florianópolis: *Seqüência*. n. 79, p. 45-62, ago. 2018. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2018v39n79p45>. Acesso em: 23 out. 2022

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. Eficácia positiva das normas programáticas. *Revista Brasileira de Direito*, 11(1): 34-45, jan.-jun., 2015. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5179369.pdf>. Acesso em: 8 de outubro de 2022

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Morte e Vida da Constituição Dirigente*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

PASSETTI, Edson. Crianças carentes e políticas públicas. In: *História das crianças no Brasil*. Mary Del Priore (org.). 7 ed. São Paulo: Contexto, 2011, págs. 347-375.

PROPORÇÃO de docentes em creches com Ensino Superior completo segundo dependência administrativa. Observatório *Observatório da Criança e do Adolescente*, c2022e Disponível em: <https://observatoriocrianca.org.br/cenario-infancia/temas/sistema-garantia-direitos>. Acesso em: 02 nov. 2022

PULIDO, Carlos Bernal. DERECHOS FUNDAMENTALES. In: Fabra Zamora, Jorge Luis(ed.). *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, vol. 2. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2015. pp. 1571-1594. Disponível em: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3796/24.pdf>. Acesso em: 17 de outubro de 2022.

QVORTRUP, Jens. A infância enquanto categoria estrutural. *Educação e Pesquisa*, São Paulo, v. 36, n.2, p. 631-643, maio/ago. 2010.

RANIERI, Nina (coord.). *Direito à Educação: Aspectos Constitucionais*. Nina Beatriz Stocco Ranieri (coord.); Sabine Righetti (org.). São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2009.

RANIERI, Nina. Os Estados e o Direito à Educação na Constituição de 1988: Comentários Acerca da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: *Direito à Educação: Aspectos Constitucionais*. Nina Beatriz Stocco Ranieri (coord.); Sabine Righetti (org.) - São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2009.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

RIZZINI, Irene. Meninos desvalidos e menores transviados: a trajetória da assistência pública na Era Vargas. In: RIZZINI, Irene; PILOTTI, Francisco (orgs.). *A arte de governar crianças: a história das políticas sociais, da legislação e da assistência à infância no Brasil*. 3 ed. São Paulo: Cortez, 2011a.

RIZZINI, Irene. *O século perdido: raízes históricas das políticas públicas para a infância no Brasil*. 3.ed. São Paulo: Cortez, 2011b

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. 2a Vice-Presidência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Autos n. 2008,054757-1/0002.00 - Agravo de Instrumento 761908. Agravante: Município de Criciúma. Agravado: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Relatoria: Desembargador Solon D'Eça Neves em 17 de junho de 2009. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5085176>. Acesso em: 13 nov. 2022

SARLET, Ingo. *Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. 20 Anos de Constitucionalismo Democrático – E Agora? Porto Alegre-Belo Horizonte, 2008, p. 163- 206. Disponível em: <http://files.camolinaro.webnode.com/200000489->

354bd373fb/Os%20Direitos%20Sociais%20como%20Direitos%20Fundamentais\_1988\_Ingo\_Sarlet.pdf. Acesso em: 20 fev. 2022

Sistema de Garantia de Direitos. *Observatório da Criança e do Adolescente*, c2022f. Disponível em: <https://observatoriocrianca.org.br/cenario-infancia/temas/sistema-garantia-direitos>. Acesso em: 02 nov. 2022

Sobre o Fundeb. *FNDE*. [s.d.] Disponível em: <https://www.fnde.gov.br/index.php/financiamento/fundeb/sobre-o-plano-ou-programa/sobre-o-fundeb>. Acesso em: 06 nov. 2022

SPECTOR, Horacio. *Derechos Humanos*. In: Fabra Zamora, Jorge Luis (ed.) Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho, vol. 2. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2015. pp. 1521-1569. Disponível em: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3796/23.pdf>. Acesso em: 17 out. 2022.

STF. Pleno - Acesso a creches e pré-escolas - 22/9/22. *YouTube*, 23 set. 2022c. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=3PP8yowDEVc>. Acesso em: 08 nov. 2022.

STF. Pleno - Acesso a creches e pré-escolas (1/2) - 21/9/22. *YouTube*, 22 set. 2022a. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=HSNsFBhNgLk>. Acesso em: 08 nov. 2022.

STF. Pleno - Acesso a creches e pré-escolas (2/2) - 21/9/22. *YouTube*, 22 set. 2022b. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=5xpjRGQ2x3Y>. Acesso em: 08 nov. 2022.

Taxa bruta de matrículas em creches. *Observatório da Criança e do Adolescente*, c2022g. Disponível em: <https://observatoriocrianca.org.br/cenario-infancia/temas/educacao-infantil/1081-taxa-bruta-de-matricula-em-creches?filters=1,77>. Acesso em: 05 nov. 2022

Taxa líquida de matrículas em creches. *Observatório da Criança e do Adolescente*, c2022h. Disponível em: <https://observatoriocrianca.org.br/cenario-infancia/temas/educacao-infantil/1222-taxa-liquida-de-matricula-em-creches?filters=1,2018>. Acesso em: 05 nov. 2022

WOLMER, Antonio Carlos. *Ideologia, Estado e Direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. Disponível em: [https://enriquedussel.com/txt/Textos\\_200\\_Obras/Filosofos\\_Brasil/Ideologia\\_Estado\\_direito-Carlos\\_Wolkmer.pdf](https://enriquedussel.com/txt/Textos_200_Obras/Filosofos_Brasil/Ideologia_Estado_direito-Carlos_Wolkmer.pdf). Acesso em: 17 nov. 2022

VOLOSHINOV, Valentin. *Marxismo e filosofia da linguagem: problemas fundamentais do método sociológico na ciência da linguagem*. Tradução de Sheila Grillo e Ekaterina Vólkova Amárico. 2. Ed. São Paulo: Editora 34, 2018