

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

**A judicialização da Educação Infantil no Brasil**

**HELENA MAYARA DE OLIVEIRA COSTA**

**Rio de Janeiro**  
**2022**

**HELENA MAYARA DE OLIVEIRA COSTA**

**A judicialização da Educação Infantil no Brasil**

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. Marilson dos Santos Santana.**

**Rio de Janeiro  
2022**

**HELENA MAYARA DE OLIVEIRA COSTA**

**A judicialização da Educação Infantil no Brasil**

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 **Marilson dos Santos Santana**.

Data da Aprovação: \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_.

Banca Examinadora:

---

Orientador

---

Co-orientador (Opcional)

---

Membro da Banca

---

Membro da Banca

**Rio de Janeiro  
2022**

À minha mãe Mara Jane, meu filho Samuel e meu  
marido Hedjan, por serem meu tudo nessa jornada.

## AGRADECIMENTOS

A Deus, meu alfa e meu ômega, meu início e o meu fim. A Ele toda Glória por tudo que vivi ao longo dessa caminhada.

A Faculdade Nacional de Direito – UFRJ por ser minha casa nesses cinco anos. É uma honra fazer parte da história de tão prestigiosa faculdade. Em especial agradeço ao meu orientador professor Dr. Marilson dos Santos Santana por me acompanhar nesse fim de jornada.

A toda minha família e amigos que estiveram ao meu lado, me dando o incentivo, orando e intercedendo por mim nos momentos de desafio, mas que não retrocederam em nenhum momento na certeza de que chegaria ao fim desse curso.

Agradeço em especial, in memmorian a minha querida avó Maria da Glória e a minha tia Regina Helena, por serem minhas referências em prosseguir. Pela confiança que elas sempre depositaram em mim, sempre me dando as palavras e o ânimo que eu precisava para realizar tudo que elas tinham a certeza que eu poderia realizar.

A minha querida mãe Mara Jane, que desde o primeiro dia em que tomei a decisão de retornar para a faculdade, me apoiou e me incentivou, mesmo quando as forças me faltavam para prosseguir.

Ao meu marido Hedjan Costa, por ser o suporte da nossa família nesse tempo, cuidando para que todos nós vivêssemos todos os desafios com o ânimo necessário para chegar ao fim dessa caminhada.

Ao meu querido filho Samuel que tantas vezes precisou abrir mão de mim em favor de um sonho meu. Essa faculdade é tão minha quanto sua e somente a sua generosidade me faria chegar até aqui.

Ao meu pai Ricardo Ribeiro que celebrou minha vitória e sempre que precisei esteve a postos para me dar o suporte necessário.

A minhas tias Marta Valéria e Maryse Helena, pelas orações e palavras proféticas. Por vocês serem referências na minha vida de mulheres, profissionais, de família. Obrigado por terem cuidado de mim e da minha família.

A minha querida amiga Patrusca Daniele por ser a chefe que eu precisava nesse momento da vida. Gratidão por ter confiado no meu profissionalismo e ter me dado as ferramentas necessárias para que eu pudesse concluir mais essa etapa.

Aos meus irmãos, primos e primas, minhas queridas amigas Alana Pequeno, Cristiane Nascimento, Denise Cruz, Djane Campos, Joana Oscar, Josiele Salgado, Luciana Sanchez e Renata Francis e meu amigo Luan Felipe por serem minhas/meu parceiras(o) nessa jornada. Muito obrigada pelo abraço amigo, as palavras de encorajamento, por ter chorado comigo

quando precisei e por não terem me deixado desistir.

Em especial, agradeço aos amigos que esta querida faculdade me deu, Brenda Tavares, Gabriela, Letícia Guidis, Thais Menezes e Sérgio. Meu agradecimento especial vai a Letícia Guidis e Thais Menezes. Vocês foram fundamentais nesses cinco anos. Gratidão por me acolherem, pelo suporte, por trilhar essa jornada ao lado de vocês em um movimento que uma não soltou a mão da outra.

A todas as unidades da 6ª Coordenadoria Regional de Educação que acolhem as crianças que estão na Educação Infantil, pelo diálogo que construímos ao longo desses anos, construindo em nosso território espaços que defendem as nossas crianças como protagonistas e detentoras do direito de estar em espaços educacionais públicos e de qualidade.

A toda minha ancestralidade e a tudo o que esta conquista representa. Ela não é só minha, mas é de todo o legado constituído pelos meus antepassados para que eu chegasse até aqui.

## RESUMO

O poder judiciário tem assistido a uma demanda crescente de processos com a solicitação de interferência na imediata efetivação do direito à vaga em instituições educacionais públicas na modalidade creche para crianças de 0 a 3 anos e 11 meses. Tal dado revela a sensibilidade do assunto, visto que a quantidade de processos no judiciário demonstra a quantidade de crianças que se encontram em uma situação na qual os seus direitos à educação estão sendo negados. Compreendendo que a Educação Infantil é uma etapa da educação com diversas particularidades e que o atendimento requer políticas bem estruturadas, infraestrutura, profissionais com formação acadêmica própria e recursos econômicos condizentes com o número de crianças, propôs-se no presente trabalho construir reflexões sobre o complexo movimento, cada vez mais recorrente, de judicialização de vagas para o atendimento às crianças em faixa etária de 0 a 3 anos e 11 meses em instituições educacionais públicas na modalidade creche, acompanhando historicamente a construção do conceito social de criança e infância, legitimando o direito a educação a partir da legislação brasileira vigente e analisando o papel do Judiciário no processo de efetivação dos direitos sociais e como o processo de judicialização tem sido discutido pela doutrina.

Palavras-chaves: criança; educação; judicialização; STF

## ABSTRACT

The judiciary has witnessed a growing demand for lawsuits requesting interference in the immediate realization of the right to a vacancy in public educational institutions in the day care modality for children from 0 to 3 years and 11 months. This data reveals the sensitivity of the subject, since the number of lawsuits in the judiciary demonstrates the number of children who are in a situation in which their rights to education are being denied. Understanding that Early Childhood Education is a stage of education with several particularities and that attendance requires well-structured policies, infrastructure, professionals with their own academic training and economic resources consistent with the number of children, it was proposed in the present work to build reflections on the complex movement, increasingly recurrent, of judicialization of vacancies for the care of children in the age group of 0 to 3 years and 11 months in public educational institutions in the kindergarten modality, historically accompanying the construction of the social concept of child and childhood, legitimizing the right education from the current Brazilian legislation and analyzing the role of the Judiciary in the process of realization of social rights and how the process of judicialization has been discussed by the doctrine.

Key-words: children; education; judicialization; STF

## **Sumário**

1 - INTRODUÇÃO .....	10
2 - DO SURGIMENTO DO CONCEITO DE CRIANÇA E DOS DIREITOS A SEREM PROTEGIDOS .....	12
3 - DO DIREITO A EDUCAÇÃO.....	21
3.1 - Constituição Federal de 1988.....	24
3.2 - Estatuto da Criança e do Adolescente.....	28
3.3 - Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional.....	31
4 - DO DIREITO DAS CRIANÇAS DE 0 A 3 A E 11 MESES FREQUENTAREM INSTITUIÇÕES ESCOLARES E A INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO NA GARANTIA DESSE DIREITO .....	34
5 - CONCLUSÃO .....	54
REFERÊNCIAS .....	58

## INTRODUÇÃO

Face o fundamento constitucional sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, por conseguinte temos o reconhecimento da norma de que a criança, desde seu nascimento, é sujeito de direitos. Direitos esses que são parte inerente ao próprio processo civilizatório.

Compõe o rol de direitos que alcançam as crianças desde o seu nascimento o direito social à educação, elencado no artigo 6º da Constituição Federal de 1988, onde existe a preocupação do legislador constituinte no que se refere a redigir um texto no qual fosse evidenciado um comprometimento com a redemocratização do país e a proteção máxima de direitos que até então eram negados e desprotegidos institucionalmente. A partir de sua leitura fica claro que o direito de todos à educação emerge em uma concepção de direito público subjetivo, solidário, visando o pleno desenvolvimento da pessoa.

Contudo, passados 34 anos da promulgação da Carta Magna do Brasil, ainda hoje se discute, seja no planos dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, a eficácia de direitos ainda distantes de sua plena efetivação e sua implementação a todos os cidadãos brasileiros. Tendo em vista esse cenário atual de fragilidades, o poder judiciário tem se manifestado com o entendimento de que a intervenção do próprio judiciário em tutelas de direitos sociais se faz necessária para atuar sobre uma ausência de movimento, de omissão e/ou ineficácia dos demais poderes.

Mediante o exposto, propôs-se nos capítulos a seguir construir reflexões sobre o complexo movimento, cada vez mais recorrente, de judicialização de vagas para o atendimento as crianças em faixa etária de 0 a 3 anos e 11 meses em instituições educacionais públicas na modalidade creche.

O primeiro capítulo dedica-se a acompanhar historicamente a construção do conceito social de criança e infância, entendendo que, a partir do surgimento desses conceitos, a sociedade passa a olhar para a criança como alguém que deve ser protegido pelo Estado, pela família e pela sociedade. Surgindo o conceito de infância fundamentalmente a partir do século XVIII, é somente a partir da Constituição de 1988 que o legislador brasileiro assume em seu texto que a criança é detentora de direitos e que é dever dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário garantir a promoção destes direitos.

O segundo capítulo atenta especificamente para um dos direitos sociais protegidos constitucionalmente e que se estendem às crianças bem pequenas: o direito à educação. Aborda-se neste capítulo como a legislação se preocupa em legitimar o direito à educação, tendo como enfoque o direito à Educação Infantil, modalidade creche, a luz dos textos da Constituição Federal de 1988, do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/90 e da Lei das Diretrizes e Bases da Educação Nacional, Lei nº 9.394/96.

O último capítulo dedica-se a analisar o papel do Judiciário no processo de efetivação dos direitos sociais e como o processo denominado de judicialização tem sido discutido pela doutrina. Buscando balizar o posicionamento do poder judiciário brasileiro, caminhou-se por uma análise de dois julgamentos emblemáticos do Supremo Tribunal Federal sobre o tema do acesso a vagas em creches públicas: o Recurso Especial nº 410.715, Rel.Min. Celso de Mello, DJ22/11/05 e o Recurso Especial nº1008166, tema 548 da repercussão geral com o Relator o Ministro Luiz Fux.

Busca-se através dessas pontes, refletir sobre os caminhos até aqui percorridos, contudo mantendo o foco naquilo que é inegociável: o efetivo atendimento a todas às crianças em faixa etária de 0 a 3 anos e 11 meses que possuem o direito à educação, na modalidade creche, em instituições educacionais públicas e qualificadas para o acolhimento destas infâncias e para o seu desenvolvimento pleno.

## 2 DO SURGIMENTO DO CONCEITO DE CRIANÇA E DOS DIREITOS A SEREM PROTEGIDOS

Pensar na criança, frente ao recorte etário regrado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei nº8.069/90, que em seu 2º artigo estabelece a norma de que “considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade”, aponta para uma sociedade e uma normativa que, tomada pelo princípio da dignidade da pessoa humana e pela doutrina da proteção integral da infância, assume como dever da família, do Estado e da sociedade civil o objetivo de salvaguardar suas crianças.

A normativa brasileira tem se posicionado e tem se constituído de um conceito de preconização da criança como ser social, detentor de direitos, e que por serem sujeitos ativos, fazem parte da construção da sociedade brasileira. Assim sendo, as crianças são detentores de cidadania, bem como possuidoras de deveres e de direitos que devem ser protegidos tanto pela família, quanto pelo Estado e pela sociedade de uma maneira geral. Tal normativa é claramente delineada e definida pelas Diretrizes Curriculares Nacionais para a Educação Infantil (2010), a qual referenda que a criança, deve ser vista como

Sujeito histórico e de direitos que, nas interações, relações e práticas cotidianas que vivencia, constrói sua identidade pessoal e coletiva, brinca, imagina, fantasia, deseja, aprende, observa, experimenta, narra, questiona e constrói sentidos sobre a natureza e a sociedade, produzindo cultura.(DCENEIs, 2010. Pg12)

Interessante é observar, entretanto, que o conceito de infância - entendendo que no presente trabalho inclui-se a esse conceito as crianças de 0 a 5 anos e 11 meses - bem como a compreensão de que esta deveria ser protegida pela família, pelo Estado e pela sociedade civil, emerge como um sentimento recente, recorrente de uma transformação social vivida ao longo da história da humanidade.

Até a sociedade medieval, as crianças não eram vistas sobre o prisma das particularidades inerentes a essa fase da vida humana, sem que houvesse nenhuma distinção entre criança, adolescente, jovem e adulto. Segundo Ariés

“essa consciência não existia. (...) Assim que a criança tinha condição de viver sem a solicitude constante de sua mãe ou de sua ama, ela ingressava na sociedade dos

adultos e não se distinguia mais destes” (ARIÉS,2006,pág.99).

Em outras palavras, o indivíduo que atualmente entendemos como criança era, em um passado relativamente recente, entendido como um adulto em miniatura. Não haviam espaços criados especificamente para a sua guarda, seus cuidados ou o seu desenvolvimento. As crianças e os adultos conviviam no dia a dia, participando em pé de igualdade tanto das atividades laborais quanto dos momentos de lazer e/ou descanso.

É a partir do final do século XVI e início do século XVII que começam a ser registrados sentimentos da infância, caracterizados pela aparição das crianças bem pequenas nos seios familiares e pelo sentimento de preocupação com a disciplina e a racionalidade dos costumes advindos dos eclesiásticos e dos homens da lei. Já no século XVIII esses dois fatores se aliam a um terceiro elemento: a preocupação com a higiene e a saúde física. Com esses indicadores, evidencia-se o papel que a criança passa a assumir no seio familiar e social, visto que

*Tudo o que se referia às crianças e à família tornara-se um assunto sério e digno de atenção. Não apenas o futuro da criança, mas também sua simples presença e existência eram dignas de preocupação - a criança havia assumido um lugar central dentro da família. (ARIÉS, 2006. p,105)*

Perceber e observar o quão recentes são os comportamentos sociais no sentido de salvaguardar os direitos das crianças, também nos permite construir um percurso histórico, a partir do olhar do legislador brasileiro e de que maneira este se debruça no que se refere à proteção integral da criança. Da Lei nº 2.040, de 28 de setembro de 1871, passando pelo Decreto nº 17.943-A de 12 de outubro de 1927, pela Carta Magna de 1988 e chegando ao Estatuto da criança e do Adolescente (ECA) - Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990, é possível observar o lugar que a criança passa a ocupar na normativa brasileira<sup>1</sup>.

A Lei nº 2.040, de 28 de setembro de 1871, conhecida como a Lei do Ventre Livre, com efeito *ex nunc*, trazia em sua redação o estabelecimento de que crianças, filhas de pessoas escravizadas, a partir da presente data, já seriam consideradas livres do processo

---

<sup>1</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 forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Brasil apud DE AZEVEDO, 2007, p. 34).

escravizatório, como determina o texto<sup>2</sup> assinado na época pela Princesa Imperial Regente.

Como aponta Westin (2021, p.1) é notório que os bebês não seriam livres de verdade, visto que a referida Lei estabeleceu que os filhos permaneceriam junto da mãe escravizada, vivendo no cativo, até os 8 anos de idade. A permanência dos mesmos entre os 8 e os 21 anos, poderia se dar na propriedade do senhor ou, havendo a recusa do proprietário em permanecer com a criança, esta ficaria sob a tutela do Estado.

*O poder público, contudo, não se preparou para cuidar das crianças que completassem 8 anos. Elas, então, permaneceram nas fazendas, trabalhando como se fossem escravizadas. Na prática, a liberdade prevista na Lei do Ventre Livre só viria mesmo na idade adulta, aos 21 anos. O trabalho que os filhos das escravizadas prestariam ao longo dos anos gratuitamente ao fazendeiro serviria de compensação pelos gastos com a criação (teto, comida, roupa etc.) e também de indenização pela perda compulsória da "propriedade". (WESTIN, 2021, p.1)*

Somado a isso, também traz relevância para que se possa compreender as consequências e impactos sociais dessa Lei à época, a argumentação de que

*O senhor foi constrangido legalmente a criar e tratar os ingênuos até os 8 anos, mas podia optar pela utilização dos serviços, passando esse prazo, até a maioridade - ou por uma indenização de 600\$. Que cidadãos, interrogava-se Cristiano Ottoni, podiam dar-l essas crianças educadas na escravidão? "Como vêm eles depois para a sociedade, tendo sido cativos de fato, não sabendo ler nem escrever, não tendo a mínima noção dos direitos e deveres do cidadão, inçados de todos os vícios da senzala?". ( CARNEIRO, 1980, p. 19)*

Há também de se apontar que somente após 17 anos, já no fim do século XIX, precisamente aos 13 dias do mês de maio de 1888, com o decreto da Lei Imperial número 3.353/88, conhecida como Lei Áurea, que todas as pessoas negras mantidas em regime de escravidão foram libertadas diante da abolição do regime escravocrata no Brasil.

Entretanto, é sempre importante salientar as consequências que tal acontecimento

---

<sup>2</sup> Art. 1º Os filhos de mulher escrava que nascerem no Imperio desde a data desta lei, serão considerados de condição livre.

§ 1º Os ditos filhos menores ficarão em poder o sob a autoridade dos senhores de suas mãis, os quaes terão obrigação de criar-os e tratá-los até a idade de oito annos completos. Chegando o filho da escrava a esta idade, o senhor da mãi terá opção, ou de receber do Estado a indemnização de 600\$000, ou de utilizar-se dos serviços do menor até a idade de 21 annos completos. No primeiro caso, o Governo receberá o menor, e lhe dará destino, em conformidade da presente lei. A indemnização pecuniaria acima fixada será paga em titulos de renda com o juro annual de 6%, os quaes se considerarão extinctos no fim de 30 annos. A declaração do senhor deverá ser feita dentro de 30 dias, a contar daquelle em que o menor chegar á idade de oito annos e, se a não fizer então, ficará entendido que opta pelo arbitrio de utilizar-se dos serviços do mesmo menor. (LEI DO VENTRE LIVRE, 1871)

histórico trouxe para a própria realidade do Brasil e que afetaria o país até os dias atuais. A ‘liberdade’ alcançada pelas pessoas negras que eram mantidas cativas desencadeou em um fluxo migratório considerável de pessoas – crianças, adolescentes, jovens e adultos - para os centros urbanos, em busca de condições de moradia e emprego, sendo registrado, a partir deste movimento migratório que se deu sem nenhum planejamento por parte do Estado ou qualquer reparação às pessoas que eram mantidas escravizadas, um aumento da violência e da pobreza urbana. Nos centros urbanos, que não possuíam preparo para absorver um súbito afluxo volumoso de novos habitantes, foi se reconfigurando com a criação de moradias populares, cortiços e guetos nos quais a inoperância dos poderes públicos contribuía para o aumento dos problemas tanto de ordem sanitária quanto de ordem social.

Sendo assim, temos um cenário composto por pessoas que, “libertadas” e deixadas à própria sorte, sem nenhum tipo de assistência dos poderes constituídos, tiveram que sobreviver colocando em prática o imprevisto e ajustando suas existências a uma nova realidade marcadamente hostil.

É nesse contexto social, que o Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890, promulga o Código Penal, onde se estabelece como critério de responsabilização sobre ato infracionário, para crianças e adolescentes entre 9 e 14 anos, o uso da teoria do discernimento, em que através de avaliação psicológica realizada com o infrator, seria verificado se o menor teria discernimento e responsabilidade pelo ato cometido, sendo a escolha da medida a ser aplicada proporcional ao discernimento do infante,

*Art. 30. Os maiores de 9 anos e menores de 14, que tiverem obrado com discernimento, serão recolhidos a estabelecimentos disciplinares indústrias, pelo tempo que ao juiz parecer, com tanto que o recolhimento não exceda à idade de 17 anos (BRASIL, 1890).*

Observa-se que a criança menos de 9 anos é invisibilizada nos atos normativos, destituída de qualquer proteção civil. Somente no ano de 1926, a partir da repercussão do caso do menino Bernardino<sup>3</sup>, tem início um movimento de comoção político-social onde se

---

<sup>3</sup> O menino Bernardino era um garoto negro e pobre, de 12 anos, que trabalhava como engraxate, que após a recusa de um cliente em pagar pelo serviço, em um momento de revolta, joga tinta em cima deste cliente, situação esta suficiente para levá-lo a cárcere. Lá permaneceu por quatro semanas, em uma cela com 20 adultos que o violentaram. Em estado lastimável, o jogaram na rua e posteriormente o menino foi levado à Santa Casa, onde jornalistas do *Jornal do Brasil*, sabendo da história, publicaram a matéria.

discutia que, em casos de crianças que cometessem alguma infração se fazia necessário projetar espaços específicos para tais crianças, visto que situações em que crianças pequenas eram retiradas das ruas e colocadas em prisões comuns juntamente com adultos eram inaceitáveis e poderiam, fatalmente, resultar em situações de violência. Situações como esta revelavam o lugar que a criança ocupava e deixava de ocupar na Constituição do Estado brasileiro naquele período.

É diante deste cenário político, onde ao se ver pressionado pela manifestação e mobilização da sociedade civil, que o Estado então se manifesta através da promulgação do Decreto nº 17.943-A de 12 de outubro de 1927 que ‘Consolida as leis de assistência e proteção a menores’,

*A doutrina subjacente ao Código Mello Mattos (CMM) era a de manter a ordem social. As crianças com família não eram objeto do Direito; já as crianças pobres, abandonadas ou delinquentes, em situação irregular – e apenas aquelas que estivessem em situação irregular –, passariam a sê-lo. Estariam em situação irregular aqueles menores de idade (18 anos) que estivessem expostos ( art.14 e ss, CMM); abandonados (art.26, CMM); ou fossem delinquentes (art.69 e ss, CMM). Era, pois, um tratamento conservador e parcial da questão; mas apesar disto constituía-se em um avanço legislativo considerável. (DE AZEVEDO, 2007, p. 6)*

Ao longo dos seus 231 artigos, o Decreto nº 17.943-A de 12 de outubro de 1927 regula atos específicos para crianças no âmbito do Direito Civil, do direito a proteção ainda muito semelhante ao Direito Penal, Direito do Trabalho e questões sobre a adoção. É nesta normativa que se consagra uma primeira tentativa do legislador brasileiro em construir efetivamente uma legislação que se dedicasse propriamente aos assuntos concernentes a infância.

Contudo, é relevante destacar que a lei de Assistência e Proteção a Menores não parece ter sido idealizada para atender a todas as infâncias brasileiras. Ela carrega em seu texto determinadas especificidades, se dirigindo há uma determinada parcela da sociedade. Tal parcela da sociedade é aquela a que se dirige historicamente o olhar atento e punitivo da vigilância, da culpabilidade e da punição.

É importante salientar que a lei de Assistência e Proteção a Menores pode ser responsabilizada por dividir as crianças em dois grupos totalmente diametralmente distintos: a “elite”, composta de maneira efetiva e exclusivamente pelas crianças brancas,

ricas, filhas de famílias abastadas; e o outro grupo, no qual até hoje se encontra a maioria das crianças brasileiras, negras e pobres, filhos de pais operários, trabalhadores, subempregados ou apenas desempregados. As crianças desse último grupo, tidas na época como delinquentes, abandonadas, e que acabaram por receber, à luz da lei, o nome que acabou tomando para si um tom pejorativo, pernicioso, de ‘menor’. Receberá, então, a classificação de ‘menor’ aquele que se encontrava sob a tutela do código de menores, sendo assim consequentemente considerado como o ‘vadio’ ou o ‘delinquente’.

*Se eu pudesse eu dava um toque em meu destino  
 Não seria um peregrino nesse imenso mundo cão  
 E nem um bom menino que vendeu limão  
 E trabalhou na feira pra comprar seu pão(...)  
 Não aprendia as maldades que essa vida tem  
 Nem mataria a minha fome sem ter que roubar ninguém  
 Juro que nem conhecia a famosa FUNABEM  
 Onde foi a minha morada desde os tempos de neném  
 É ruim acordar de madrugada pra vender bala no trem  
 Se eu pudesse eu tocava em meu destino  
 Hoje eu seria alguém(...)  
 Seria eu um intelectual  
 Mas como não tive chance de ter estudado em colégio legal  
 Muitos me chamam pivete Mas poucos me deram um apoio moral  
 Se eu pudesse eu não seria um problema social(...)  
 (Problema social- 2005)*

Trazendo em si as marcas profundas de um passado recente e profundamente influenciada pelo fim da Ditadura Militar que foi instaurada no Brasil entre os anos de 1964 e de 1985, a escrita de uma nova constituinte urgiu com a necessidade de salvaguardar todas as pessoas que morassem ou residissem em solo brasileiro das violências, atrocidades e arbitrariedades vivenciadas durante o período em que a ditadura governava, garantindo assim o pleno exercício dos seus direitos e deveres enquanto cidadão. É neste cenário, que buscava levar em conta acontecimentos passados para escrever um novo futuro, que a constituinte é promulgada em 5 de outubro de 1988, tendo como pilar proteger, através da Constituição Federal, os direitos e garantias fundamentais a todo e qualquer cidadão brasileiro<sup>4</sup>.

Com uma Constituição especialmente analítica, que se preocupou em tratar de todos os

---

<sup>4</sup> *Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte (CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, 1988).*

assuntos que garantam direitos a todos os cidadãos, sendo assim reconhecida como ‘Constituição cidadã’, a inserção da proteção aos direitos da criança já se consagra no artigo 6º da Constituição, onde se perpetua a preocupação do legislador, no rol dos direitos sociais “(...) a proteção à maternidade e à infância (...)” e o estabelecimento de normas específicas acerca da proteção da criança do artigo 227 ao artigo 229 da Constituição.

O novo texto Constitucional representa um marco jurídico, se materializando como o centro de todo o sistema jurídico, sendo a base para valoração e consolidações de todos os atos que emanam dele. Visto como o pilar do Estado Democrático de Direito o princípio da dignidade da pessoa humana, um dos princípios basilares da Constituição Federal de 1988 representa um marco no que diz respeito ao tratamento da criança como aquela que deve, juridicamente, ter a proteção integral dos seus direitos.

*(...) A partir de 1988, e mais notadamente nos últimos cinco ou dez anos, a Constituição passou a desfrutar já não apenas da supremacia formal que sempre teve, mas também de uma supremacia material, axiológica, potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade de seus princípios. Com grande ímpeto, exibindo força normativa sem precedente, a Constituição ingressou na paisagem jurídica do país e no discurso dos operadores jurídicos. (BARROSO, 2013. p. 42).*

Diante desse cenário de proteção dos direitos e garantias fundamentais de todos os cidadãos brasileiros, a Constituinte direcionou no Título VIII Da Ordem Social, no Capítulo VII Da Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso, o rol de artigos que visam sobre a égide do poder legal a proteção integral à tutela da infância e da adolescência no Brasil.

Estabelece assim o artigo 227 da Constituição de 1988 que 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.

Ao Estado, no devido cumprimento de suas obrigações previstas no §1º do artigo 277, caberá promover programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, sendo admitida a participação de entidades não governamentais, obedecendo aos

seguintes preceitos: aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil e a criação de programas de prevenção e atendimento especializado para os portadores de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem com deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de preconceitos e obstáculos arquitetônicos.

Ainda como medida protetiva a criança e ao adolescente, A Constituição Federal de 1988 prevê que a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente (§ 4º, artigo 227, CF) e que são penalmente inimputáveis os menores de 18 anos, sujeitos às normas da legislação especial (artigo 228, CF), legislação essa balizada pelo Estatuto da criança e do Adolescente (ECA) – Lei nº 8.069/1990.

A Constituinte ainda estabelece que os casos de adoção devam ser assistidos pelo Poder Público, regido por lei própria (§5º, artigo 227, CF); que os filhos, sendo estes ou não da relação do casamento, ou por meio de adoção, serão a eles instituídos os mesmos direitos e qualificações, sendo proibida qualquer designação discriminatória relativa à filiação (§ 6º, artigo 227, CF); e no atendimento dos direitos da criança e do adolescente levar-se-á em consideração o disposto no art. 204 da Constituinte. (§ 7º, artigo 227,CF).

A promulgação do Estatuto da criança e do Adolescente, Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, regulamenta-se o artigo 277 da Constituição Federal, onde no seu 2º artigo já se estabelece que para fins da lei será considerado criança a pessoa até 12 anos de idade.

Na análise do processo legislativo no que concerne o reconhecimento da criança como cidadã, detentora de direitos que devem ser protegidos pela família, pelo Estado e pela sociedade, se evidencia no texto da lei a preocupação do legislador de acolher equitativamente todas as infâncias brasileiras, sem discriminação de origem, raça, cor ou gênero

*Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.*

*Parágrafo único. Os direitos enunciados nesta Lei aplicam-se a todas as crianças e adolescentes, sem discriminação de nascimento, situação familiar, idade, sexo,*

*raça, etnia ou cor, religião ou crença, deficiência, condição pessoal de desenvolvimento e aprendizagem, condição econômica, ambiente social, região e local de moradia ou outra condição que diferencie as pessoas, as famílias ou a comunidade em que vivem. (incluído pela Lei nº 13.257, de 2016) (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990)*

É envolvido sobre a preocupação do legislador em proteger as crianças enquanto sujeitos de direitos e deveres e tendo como basilar o princípio da dignidade humana, discorre aprofundar como o direito a educação se materializa na legislação brasileira, com o recorte para as crianças de 0 a 3 anos e 11 meses, atendidas na modalidade creche.

### 3 DO DIREITO A EDUCAÇÃO

Elencado no artigo 6º da Constituição Federal de 1988, no rol de direitos que alcançam as crianças desde o seu nascimento está o direito social à educação. Nele existe a preocupação do legislador constituinte em redigir um texto no qual fosse evidenciado um comprometimento com a redemocratização do país e a proteção máxima de direitos que até então eram negados ou mesmo desprotegidos institucionalmente. A partir de sua leitura fica claro que o direito de todos à educação provém de uma concepção de direito público subjetivo, solidário, visando o pleno desenvolvimento da pessoa‘(...) visando o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho’ (artigo 205, CF, 1988).

Nesta seara, defende o Ministro Dias Toffoli (2017)

*Dada uma Constituição analítica como a nossa, que contém os princípios que regem o direito social a Educação, as regras que definem o funcionamento das políticas públicas educacionais da nação e as competências e obrigações dos entes administrativos, é esperado que o controle jurisdicional dessas políticas públicas – inclusive em função do ampliado controle difuso de constitucionalidade em vigor no sistema jurídico brasileiro – viabilize e amplifique a tutela judicial de direitos fundamentais, inclusive quando comprovada a ocorrência de omissões abusivas do Estado. (TOFFOLI, 2017. p 8)*

Nesse contexto, o poder judiciário tem assistido a uma demanda crescente de processos com a solicitação de interferência do mesmo na imediata efetivação do direito à vaga em instituições educacionais públicas que atendam a modalidade creche para crianças de 0 a 3 anos e 11 meses. Tal dado, em algum ponto, revela a sensibilidade do assunto, visto que a quantidade de processos ‘correndo’ no judiciário demonstra em igual medida a quantidade de crianças que se encontram em uma situação na qual os seus direitos à educação estão sendo negados. Além disso, também encontramos as situações em que crianças que não se encontram efetivamente matriculadas em creches e onde não existe qualquer tipo de ajuizamento para tomada de providências legais. E, por fim, também encontramos a insuficiência ou ineficiência das políticas públicas propostas até o momento, que ainda não conseguiram conduzir a um processo de universalização do acesso à educação.

Callegari (2017) identifica em seu texto que as ações judiciais no que se refere ao direito a educação, envolvem principalmente o direito à vagas na educação infantil, com ênfase no atendimento às crianças da modalidade creche, sendo esta demanda apresentada judicialmente ‘pelo Ministério Público dos estados, Defensorias Públicas e pelas próprias famílias em nome das crianças, sob o argumento de que o direito a Educação Infantil é direito indisponível e que os municípios devem garanti-lo a população’ (p.68).

No que concerne ao reconhecimento da Educação Infantil pela norma como primeira etapa da educação Básica (artigo 4º, I, LDB), alça o dever, já assumido pela Constituição, que é inerente ao poder público dedicar seu planejamento orçamentário à educação das crianças a partir do atendimento na creche, independentemente dessas vagas estarem associadas a uma necessidade ou carência da família, com cunho assistencialista, mas assumindo a compreensão de que tal direito é inerente a toda criança brasileira e é a ela que o atendimento de qualidade não pode ser negado.

Bem como cita Lacerda e Leal (2021),

*A Constituição Federal e a Lei de Diretrizes e bases da Educação Nacional, antes mencionadas, bem como outros dispositivos legais (Brasil, 1990, 2001, 2009, 2014), apontam um novo cenário no âmbito da Educação Infantil, que se tem desdobrado em debates e avanços de cunho legal, conceitual, político, social, econômico, entre outros aspectos de igual importância, no sentido de não só consolidar a área, mas ainda de chegar efetivamente àquelas a quem os efeitos desses debates devem atingir no que concerne a direitos: as crianças pequenas, com idade entre zero e cinco anos, que habitam o território nacional brasileiro e têm direito à educação, independentemente de sua condição social, cor, raça, etnia, localização geográfica, entre outras. No entanto, esses avanços não se fazem sem contradições. (p.124-125)*

É inegável que a Educação Infantil é uma etapa da educação que se constitui com diversas particularidades (assim como o ensino fundamental e o ensino médio também apresentam), e que o atendimento à crianças tão pequenas requer políticas bem estruturadas, infraestrutura, profissionais com formação acadêmica própria para o atendimento às crianças dessa etapa e recursos econômicos condizentes com o número de crianças que precisam ser atendidas. Porém, é importante salientar que tal complexidade não legitima, de forma alguma, a inobservância à legislação brasileira, a qual garante a universalidade do direito a educação e que este se dê com parâmetros qualitativos.

*O quadro se revela mais delicado quando se trata de matricular crianças pequenas. Particularmente para elas, vaga em creche significa dispor de berços, roupa de cama, fraldas, espaço arejado, lactário, alimentos frescos, professores e auxiliares preparados, locais e equipamentos para banho, espaços adequados para brincar e tomar sol e todo um cuidado de introdução e adaptação de uma criança num grupo de outras crianças e num ambiente não doméstico. Diante disso, responsáveis pela gestão pública se veem em situação de impasse: como atender tempestivamente a determinações judiciais de matricular imediatamente uma criança e ao mesmo tempo garantir a ela o respeito e a qualidade educacional? (CALLEGARI, 2017.p. 69)*

Nossa Carta Magna, ao instituir em seu artigo 205 que “a educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”, eleva o direito a Educação a configurar-se como direito social fundamental a todo brasileiro e brasileira criança, adolescente, jovem, adulto ou idoso, direito esse que se materializa em uma participação ativa dos sujeito na construção da sociedade brasileira.

Entender a Educação como um ato de exercício de cidadania, é validar a necessidade de se assumir a responsabilidades de garantir o direito de acesso a todos e todas. É, como aponta Freire (2015), compreender “a educação como especificidade humana, como um ato de intervenção no mundo” (p. 106). É também ofertar a sociedade um espaço de acolhimento dos saberes socio-culturais de cada sujeito, oportunizando a ampliação desses saberes e causando inquietação e reflexões sobre o presente para uma participação ativa de sua cidadania e mudanças futuras necessárias na construção do país.

*Todo o empenho do Autor se fixou na busca desse homem-sujeito que, necessariamente, implicaria em uma sociedade também sujeito. Sempre lhe pareceu, dentro das condições históricas de sua sociedade, inadiável e indispensável uma ampla conscientização das massas brasileiras, através de uma educação que as colocasse numa postura de auto-reflexão e de reflexão sobre seu tempo e seu espaço. Estava e está convencido o Autor de que a “elevação do pensamento” das massas, “o que se sói chamar apressadamente de politização”, a que se refere Fanon, em *Los Condenados de la Tierra*, e que constitui para ele uma forma de se “ser responsável nos países subdesenvolvidos”, começa exatamente por esta auto-reflexão. Auto-reflexão que as levará ao aprofundamento conseqüente de sua tomada de consciência e de que resultará sua inserção na História, não mais como espectadoras, mas como figurantes e autoras. (FREIRE, 2014, p. 36)*

Em outras palavras, a educação ofertada seria transformadora no sentido de que oportunizaria a criação e o desenvolvimento de ferramentas de saber para que todos e todas fossem capazes de assumir uma postura auto-reflexiva, transformando a população de meros

espectadores da existência em indivíduos ativos de suas próprias histórias e, consequentemente, da história do país.

Apontando em direção ao que se afirma como direito a educação para as crianças de 0 a 3 anos e 11 meses, ao reconhece-las como sujeito de direitos e cidadãos perante a lei analisa-se como a legislação se apresenta no intuito de garantir e promover o direito a educação as crianças bem pequenas, visto que

*Com a Constituição Federal de 1988, o atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a 6 anos de idade torna-se dever do Estado. Posteriormente, com a promulgação da LDB, em 1996, a Educação Infantil passa a ser parte integrante da Educação Básica, situando-se no mesmo patamar que o Ensino Fundamental e o Ensino Médio. E a partir da modificação introduzida na LDB em 2006, que antecipou o acesso ao Ensino Fundamental para os 6 anos de idade, a Educação Infantil passa a atender a faixa etária de zero a 5 anos. (BNCC, 2020. p. 35)*

### 3.1 Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal de 1988, diretamente afetada pelas restrições sociais vivenciadas pela população brasileira durante o período dos governos militares, busca em seu texto legal garantir um rol de direitos que afastem qualquer tentativa futura de restrição de direitos.

Há de se compreender por direitos sociais os direitos que buscam garantir aos sujeitos a promoção de direitos fundamentais de forma equânime, com o objetivo de que todo o cidadão desfrute de uma vida digna mediante proteção e garantias fornecidas pelo Estado Democrático de Direitos. Neste contexto, compreende-se que

*“(...)apesar de serem tratados em constituições anteriores, foi na Constituição Federal de 1988 que os direitos sociais se tornaram mais democráticos na perspectiva adotada mundialmente. Com vista ao que no texto constitucional diz respeito aos direitos sociais, o constituinte fez questão de assegurá-los inicialmente em seu preâmbulo, no qual menciona de forma explícita que o Estado deve assegurar o exercício dos direitos fundamentais e sociais.” (VEIGA, 2019.p. 6)*

À vista disso, como aponta Costa et al (2021), por meio dos esforços de diferentes esferas da sociedade civil, mesmo que ainda pairando sobre os constituintes uma intervenção militar, conseguiram estes promulgar um texto constitucional que traz em seus artigos simbolicamente o compromisso “com os direitos fundamentais e a democracia, bem como o cuidado com as transformações políticas, sociais e econômicas, visando a construção de uma sociedade pautada na dignidade da pessoa humana” (pg.108).

É neste contexto, que no artigo 6º a Constituição de 1988 traz um roll de direitos sociais a serem salvaguardados pelo Estado Democrático e Direito, onde a educação aparece no texto como primeiro direito social a ser protegido pelo Estado. Ter o direito a educação elevado ao roll dos direitos sociais, definido como um direito público subjetivo, constituiu-se como um grande passo na promoção e garantia desse direito para todos os brasileiro e brasileiras.

*A constituição Federal de 1988 é progressista, generosa e transformativa. Apelidada de “constituição cidadã” por ter sido promulgada após um período no qual o Estado Democrático de Direito foi suprimido no país e por conter um respeitável rol de direito e garantias contra o arbítrio, ela enuncia ainda um longo e detalhado capítulo de direitos econômicos e sociais. (COUTINHO, 2013. p. 13)*

É necessário destacar o fundamento de que a própria educação é um direito de todos pelo prisma Constitucional do artigo 205, onde o legislador reforça mais uma vez o dever, agora repartido equitativamente entre a família, o Estado e a sociedade civil de garantir e assegurar o acesso a educação, visto que

*Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. (Constituição Federal, 1988)*

E entendendo que,

*“(...) a Carta Cidadã de 1988 elegeu autêntico tripé de responsabilidade na área educacional (arts. 205 e 227). O dever à educação é compartilhado por família, sociedade e Estado. Ao Estado cabe fornecer precipuamente as condições necessárias para a instrução dos indivíduos. O acesso aos bancos escolares e ao ensino intelectual de qualidade deve nortear as políticas públicas. Os demais atributos da personalidade humana, como valores éticos, morais e religiosos, são fortemente influenciados pela sociedade e pela família . Por isso estes possuem o dever comum de contribuir para o engrandecimento da personalidade humana.” (VICTOR, 2012.p. 83)*

Evidencia-se ainda a preocupação do constituinte na garantia de acesso a todos os cidadãos ao direito a educação. Esse fato pode ser verificado uma vez que este, o acesso à educação por todos, perpassa por vários artigos da Constituição de 1988. Pelo prisma do princípio da dignidade humana, este acesso deve acontecer de forma igualitária e com qualidade.

Assim, como destaca Ranieri (2018), a nossa Constituição discorre sobre o direito à educação em cerca de vinte e dois artigos, “dois dos quais no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias(ADCT); desse conjunto, sete artigos foram alterados, inclusive o art. 60 do ADCT, sempre ampliando a proteção e a promoção do direito.” (p. 27-28).

É notória a relevância que o legislador, amparado pelo texto constitucional, consagra ao direito à educação e sua relevância à reformulação e construção da identidade brasileira em um momento de grandes transformações no cenário político, econômico e social a época, onde

*Em realidade, a educação é o direito social que mereceu o maior número de dispositivos no atual texto constitucional. Nesse complexo de princípios e regras constitucionais – verdadeira política pública de curto, médio e longo prazos, que se desdobra em direitos e deveres, vínculos e limites – a Constituição Federal individualiza a educação como bem jurídico, dado o seu papel fundamental no desenvolvimento nacional e com a construção de uma sociedade justa e solidária (art. 3º) e, bem assim, para o desenvolvimento da pessoa e ao exercício dos demais direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais (art. 205). Definidos os fundamentos axiológicos e teleológicos do direito a educação, a Constituição Federal cerca-o de garantias, estende a sua titularidade da pessoa humana a sociedade, ao Estado, às gerações futuras e, de forma correlata, insere o Estado, a sociedade, a família e o próprio indivíduo no polo passivo do direito. (RANIERI, 2018. p. 28)*

Conjuntamente nesse contexto, emerge no texto constituinte o deslocamento do direito de ingressarem em espaços educacionais as crianças de 0 a 3 anos e 11 meses, atendidas na modalidade creche. Anteriormente à Constituição de 1988, essas crianças eram atendidas em instituições de cunho assistencialista. Entretanto, tais instituições costumeiramente condicionavam a permanência dessas crianças nesses mesmos espaços à comprovação de que suas mães realizavam trabalhos de carteira assinada necessitando assim destes espaços para cuidarem de seus filhos enquanto cumpriam suas jornadas de trabalho.

Tal situação exposta deixa claro que o direito ao ingresso nesses espaços não se configurava como um efetivo direito da criança, mas sim como um direito da família, condicionado ao precedente de comprovação laboral. Em outras palavras, a instituição atendia a criança de maneira incidental, sendo o atendimento principal destinado à própria família.

Como reflete Campos (2021), a ‘Constituição cidadã’ se consagra de modo

importantíssimo para a Educação Infantil, segundo a autora, por dois motivos: primeiramente por reservar espaço significativo para tratar dessa etapa da educação, ‘a qual, em documetos legais anteriores, não merecia mais do que poucas e vagas menções’(pg108); em segundo por integrar, no mesmo percurso educacional, duas das instituições que tradicionalmente estiveram sempre localizadas em áreas de atuação distintas – a pré-escola na educação e a creche no assistencialismo.

Cabe apontar que a definição desta etapa da educação por Educação Infantil e não por ensino infantil, dá-se pela preocupação e finalidade que esta tem de proporcionar um ambiente educacional que busque o desenvolvimento integral da criança de 0 até 5 anos e 11 meses, em seus aspectos físico, psicológico, intelectual e social, complementando assim a ação da família e da comunidade. É diante da complexidade do trabalho desenvolvido na Educação Infantil que se compreende a relevância da modalidade creche ter sido reconhecida como parte integrante desta etapa da educação.

Diante do reconhecimento Constitucional de que a Educação se consagra como direito de todos e dever do Estado, define a norma em seu artigo 208 como se efetivará a atuação do Estado para garantir o acesso a este direito. Assim, como expressa Rossi,

*De fato, o direito a educação está consignado como dever do Estado pelo texto constitucional, sendo o artigo 208 claro ao afirmar que o Estado o garantirá. Assim, o inciso I (redação dada pela Emenda Constitucional n° 59, de 2009) determina que a educação básica é obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurando sua oferta inclusive aqueles que a ela não tiveram acesso na idade própria. O inciso IV (redação dada pela Emenda Constitucional n° 53, de 2006), por sua vez, oferece a garantia de educação infantil, em creche e pré-escola, para crianças até 5 (cinco) anos de idade. (ROSSI, 2018. p. 345)*

É sobre o prisma do artigo 208, inciso IV da Constituição Federal que fundamenta-se o dever do Estado em garantir o acesso a ‘educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade’. Isso representa estender o Direito a Educação às crianças que estão na faixa etária da creche, podendo assim incorporar este modal de ensino ao sistema regular educacional, sendo legítimo a exigência de normatização e regulação do atendimento educacional destas crianças.

*Tais normas tem como característica a eficácia plena, delineando de forma clara e expressa qual o direito em questão, o seu destinatário e o responsável pela sua implementação. São normas de eficácia plena aquelas que não dependem de*

*posterior regulamentação para que sejam dotadas de eficácia, podendo ser exigidas desde o seu nascedouro.(...) São, portanto, normas que podem ser aplicadas imediatamente, pois já contém em si todos os requisitos necessários para a sua realização. Nesse sentido, pode-se dizer que o direito a educação pode ser exigido desde logo, e que, de acordo com os incisos I e IV do artigo 208 da magna carta, a educação infantil em pré-escola e creches é direito líquido e certo dos demandantes. (ROSSI, 2018. p. 346)*

Consagra-se assim na Constituição de 1988, em um movimento de responsabilidade repartida entre os poderes no que concerne ao direito à Educação em suas diferentes etapas – da Educação Infantil ao Ensino Médio, que a Educação Infantil terá uma intervenção promocional diretamente dos Municípios conforme texto constitucional no artigo 211,§2º, onde ‘os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil’. Contudo, é necessário reafirmar que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios precisam agir em regime de cooperação, no sentido de garantir a todo cidadão o direito de acesso a instituições educacionais. Assim, como salienta Tavares (2009)

*De qualquer sorte, é inegável a necessidade de que o Estado ofereça estabelecimentos de ensino suficientes para atender às necessidades de sua sociedade. Aqui o tema entronca com a partilha constitucional de responsabilidades de execução (competência material) das entidades federativas. Nesse quesito, a Constituição atribui ao Município e ao Distrito Federal “manter (...) programas de educação infantil e de ensino fundamental”. Essa responsabilidade do Município deve receber a cooperação técnica e financeira da União (art. 30, inc. VI). Mas não está vedado ao Município atuar em outros segmentos da educação e ensino desde que mantenha sua atuação, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (art. 211, § 2º, da CB). ( p.12)*

Em suma, há de se evidenciar que a Constituição de Federal de 1988 tratou do Direito a Educação com esmera relevância, considerando que o mesmo, segundo Alves (2018) apresenta-se como o direito fundamental social com o maior número de dispositivos em seu texto constitucional e que continua passando por um processo de alterações, sempre com o objetivo de ampliar a proteção e a promoção do direito.

### 3.2- Estatuto da Criança e do Adolescente

Consagrada pela lei n. 8.069/90, o Estatuto da Criança e do Adolescente além de validar a inserção das crianças no mundo dos direitos humanos, estabelece a normativa de um sistema de elaboração e fiscalização das políticas públicas pensadas para as infâncias, buscando assim impedir desmandos, desvios e ciolações aos direitos protegidos pelo texto da lei. Como aponta Ferreira apud Poloni (2017), o ECA emerge ainda com uma nova perspectiva de olhar

para a criança: ‘uma criança com direito de ser criança. Direito ao afeto, direito de brincar, direito de querer, direito de não querer, direito de conhecer, direito de sonhar’(p. 103-104), consideradas assim atores do seu proprio desenvolvimento.

Tendo como um dos seus princípios os direitos fundamentais da pessoa humana, em um discurso que busca a igualdade e a equidade entre as infâncias brasileiras, o Estatuto da Criança e do Adolescente cumpre o papel de protetor daqueles que anteriormente eram invisibilizados e silenciados. O ECA tem por objetivo visar a proteção destes indivíduos de situações nas quais eram expostos a riscos evocando o dever do Estado, da família e da sociedade civil na proteção dos direitos da criança. É possível observar a atenção que o legislador dá ao texto da norma ao determinar que a criança é detentora de direitos fundamentais no artigo 3º do ECA, onde de acordo com a norma

*Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.*

*Parágrafo único. Os direitos enunciados nesta Lei aplicam-se a todas as crianças e adolescentes, sem discriminação de nascimento, situação familiar, idade, sexo, raça, etnia ou cor, religião ou crença, deficiência, condição pessoal de desenvolvimento e aprendizagem, condição econômica, ambiente social, região e local de moradia ou outra condição que diferencie as pessoas, as famílias ou a comunidade em que vivem. (incluído pela Lei nº 13.257, de 2016) (BRASIL,1990)*

Em consonância com o texto da Constituição Federal de 1988, em seu artigo 4º a Lei n. 8.069/90, reforça o papel da família, da comunidade no qual esta criança está inserida, bem como o Estado e a sociedade civil, como detentores do dever de promover e garantir a efetivação dos direitos das crianças. Sobre isto, versa o artigo

*Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.(BRASIL, 1990)*

Assim, por análise ao texto legal, consagra-se como direito da criança (acolhido o conceito de criança todas as que se encontram na faixa etária até 12 anos de idade, conforme artigo 2º do ECA) o direito a educação com vistas ao seu pleno desenvolvimento e para o exercício pleno da sua cidadania, assegurando-lhes no artigo 53, V do ECA

*Art. 53. A criança e o adolescente têm direito à educação, visando ao pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho, assegurando-se-lhes:*

*V - acesso à escola pública e gratuita, próxima de sua residência, garantindo-se vagas no mesmo estabelecimento a irmãos que frequentem a mesma etapa ou ciclo de ensino da educação básica. (Redação dada pela Lei nº 13.845, de 2019) (BRASIL, 1990)*

Reitera a Lei n. 8.069/90 que é dever do Estado garantir o acesso a toda criança em idade de atendimento na etapa da Educação Infantil, tanto na modalidade creche como na pré-escola. A relevância do texto aponta mais uma vez para a compreensão do legislador brasileiro de que a criança de 0 a 3 anos e 11 meses também detém o direito a educação garantida no texto da lei. Assim fundamenta o artigo 54, IV do ECA,

*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)*

Assim é possível observar a linearidade com que o tema tem sido tratado pelas normas, e a força institucional que o direito a educação tem nas discussões a cerca de políticas públicas que garantam a promoção e acesso a todos. Como sintetiza Victor (2012)

*Na esteira das diretrizes constitucionais, o Estatuto da Criança e do Adolescente, criado pela Lei n. 8.069/90, reitera o dever solidário entre Estado, sociedade e família com a educação. Proclama a prioridade de políticas públicas sociais, incluindo a educação, além de reforçar o direito de atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade (art.54, IV). Como arremete, concebe medidas especiais específicas para proteção das crianças e dos adolescentes (...). (p. 89-90)*

No mesmo sentido, defende Rossi (2018)

*O direito de acesso a creche também é reconhecido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/90, que, em seus artigos 53, V, e 54, IV, determina o direito da criança e do adolescente a educação, com acesso a escola pública e gratuita próxima de sua residência, e, de outro, o dever do Estado de assegurar as crianças de zero a seis anos de idade o atendimento em creche e pré-escola (com redação anterior a Emenda Constitucional nº 59, de 2009). O § 2º do artigo 54, por sua vez, estabelece que o não oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público ou sua oferta irregular importa responsabilidade da autoridade competente. (p. 347-348)*

Compromete-se assim o Estatuto da Criança e do Adolescente, em consonância com a Constituição Federal de 1988, reconhecer a criança bem pequena como sujeito detentor dos direitos fundamentais e garantias descritas nas normativas, onde a criança de 0 a três anos e 11 meses materializa-se como pessoa detentora do direito a educação, promoção esta de responsabilidade estatal, da família e da sociedade.

### 3.3 - Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional

Na linearidade que fundamenta o direito a educação como direito fundamental, basilado pelo princípio da dignidade humana, promulga-se a lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, Lei nº 9.394/96, que dialoga e reafirma a garantia constitucional e com o texto do ECA, assegurando o atendimento institucional e gratuito na Educação Infantil para as crianças de zero a cinco anos e onze meses, reforçando o compromisso dos Municípios em ofertar vagas em creches e pré-escolas as crianças atendidas nesta faixa etária.

Assim, a LDB no artigo 4º, expõe que é dever do Estado ofertar educação escolar públicaefitivado mediante garantia de II -‘educação infantil gratuita às crianças de até 5 (cinco) anos de idade’. Fundamenta em igual sentido o texto da LDB em seu artigo 5º, compreendendo a educação como um sistema de repartição de competências e dever de todos na efetivação do direito

*Art.5º O acesso a educação básica obrigatória é direito público subjetivo, podendo qualquer cidadão, grupo de cidadãos, associação comunitária, organização sindical, entidade de classe ou outra legalmente constituída e, ainda, o Ministério Público, acionar o poder público para exigí-lo (Redação dada pela Lei nº 12.796, de 2013) (BRASIL, 1996)*

Uma das mudanças mais significativas no que referenda o direito a educação das crianças em idade da etapa da Educação Infantil, foi o reconhecimnto pelo legislador que a Educação Infantil - englobando as modalidades creche e pré-escola - é uma das etapas da Educação Básica, sendo dever do Estado desenvolver políticas públicas e inserir a Educação Infantil no orçamento econômico planejado para a Educação. Como apresenta Costa et al (2021)

*Com o advento da Constituição de 1988 a educação de crianças de 0 a 6 anos tornou um dever Estatal. Anos depois, com a promulgação da Lei das Diretrizes Básicas da Educação (LDB) – Lei nº 9.394/96, a educação Infantil passou a integrar Educação Básica, ficando assim no mesmo patamar de importância do*

*ensino fundamental e médio. No ano de 2006, a Lei de Diretrizes Básicas da Educação passou por modificações, uma dessas mudanças ocorreu na educação infantil que deixou de ser de zero a 6 anos, para 0 a 5 anos, e a idade de creche passou a ser de 0 a 3 anos. (COSTA et al, 2021.p. 112)*

É no texto da LDB que o legislador dedica no artigo 29 apontar a finalidade da Educação Infantil no desenvolvimento pleno da criança menor de 6 anos, revelando o cuidado de olha para a criança como um ser único, mas que em sua integralidade precisa ter suas potencialidades desenvolvidas e reafirma o seu lugar como etapa da educação básica, como prevê o texto do artigo 29 da Lei nº 9.394/96<sup>5</sup>.

É sensível o reconhecimento da norma e das especificidades dos aspectos envolvidos no desenvolvimento cognitivo, físico e emocional que envolve às crianças, público da Educação Infantil, e que não podem ser desprezados pelo poder estatal na promoção do direito à educação. Afirma-se isso pois se reconhece que as instituições educacionais se constituem como os espaços próprios para atuar devidamente e ativamente no desenvolvimento das crianças de zero a cinco anos, complementando de forma equânima a atuação da família e da comunidade na qual tais crianças estão inseridas. Por fim, complementa este mesmo entendimento a Resolução nº5, de 17 de dezembro de 2009, a qual fixa as Diretrizes Curriculares Nacionais para Educação Infantil, onde se define como Educação Infantil

*Primeira etapa da Educação básica, oferecida em creches e pré-escolas, às quais se caracterizam como espaços institucionais não domésticos que constituem estabelecimentos educacionais públicos ou privados que educam e cuidam de crianças de 0 a 5 anos de idade no período diurno, em jornada integral ou parcial, regulados e supervisionados por órgão competente do sistema de ensino e submetidos a controle social. É dever do Estado garantir a oferta de Educação Infantil pública, gratuita e de qualidade, sem requisito de seleção. (DCENEIS, 2009. p. 12)*

Em consonância com a Constituição Federal de 1988 e com o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/90, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional define como roll de obrigações delegadas aos Municípios em seu artigo 11, V de ‘oferecer a educação infantil em creches e pré-escolas’, não havendo distinção entre modalidades, mas reforçando que a Educação Infantil em sua integralidade modal, tanto creche como pré-escola devem ser

---

<sup>5</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). (BRASIL, 1996)*

ofertadas e garantido o acesso as crianças público dessa faixa etária.

Convém reafirmar o papel da legislação no reconhecimento da criança como ser detentor de direitos e de cidadania e reconhecer a necessidade de estender as crianças o direito a educação, como forma de visibilizar e potencializar o desenvolvimento dos pequenos diante de suas especificidades e desafios que a educação para crianças tão pequenar apresentam para os entes públicos na fomentação de políticas que atendam de forma plena essa faixa etária. Como aponta Aquino (2008)

*(...) uma política nacional para a infância é um investimento social que considera as crianças como sujeitos de direitos, cidadãos em processo e alvo preferencial de políticas públicas. A partir dessa definição, além das próprias crianças de 0 a 5 anos e suas famílias, são também alvo de uma política nacional para a infância, os cuidados e a educação pré-natal voltados aos futuros pais. Além da Constituição Federal (CF) e da LDBEN, o estatuto da Criança e do Adolescente consagram os direitos das crianças de 0 a 5 anos (...)* (p. 78)

Mais uma vez reconhece o legislador através da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, Lei nº 9.394/96, que a criança é sujeito de direitos, um ser que se encontra em desenvolvimento e que para garantir que este desenvolvimento ocorra em sua plenitude, demanda do poder público políticas públicas, sendo uma destas demandas a de acesso as instituições educacionais que promovam o direito a educação conforme previsão legal.

#### 4 - DO DIREITO DAS CRIANÇAS DE 0 A 3A E 11 MESES FREQUENTAREM INSTITUIÇÕES ESCOLARES E A INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO NA GARANTIA DESSE DIREITO

Compreendendo o papel delegado ao poder público como um dos atores reponsaveis pela promoção e garantia da materialização do direito a educação, como constitucionalmente defendido direito este de todos, é dever do Estado promover ações na esfera do executivo, com a elaboração de políticas públicas, do legislativo eleborando leis garantistas deste direito e do judiciário com o papel central de protetor e fiscalizador deste direito.

Sendo o judiciário constituído do dever constitucional de guardião da norma, não cabe ao mesmo ser omissos diante da inércia dos demais poderes ou da ineficácia das políticas públicas vigentes de que em alguma medida excluam os cidadãos do gozo pleno de seus direitos. Pois como bem defende Toffoli (2017),

*“a Educação é direito fundamental do cidadão, assegurada pela Constituição da Republica, e deve não apenas ser preservada, mas, também, fomentada pelo Poder Publico e pela sociedade, configurando a omissão estatal no cumprimento desse mister um comportamento que deve ser repellido pelo Poder Judiciário”, podendo esse “efetuar o controle judicial dos atos administrativos quando ilegais ou abusivos.” (AI no 658.491-AgR, Primeira Turma, de minha relatoria, j. em 20/3/12). (TOFFOLI,2017. p. 8-9)*

É central o olhar do judiciário em seu compromisso por zelar pela materialização dos direitos assim definidos e defendidos tanto pela nossa Carta Magna quanto pelas legislações vigentes, atuando e fiscalizando a atuação dos demais poderes na promoção de políticas que garantam a todos e todas de maneira equânime o seu pleno exercício de cidadania. Da mesma forma, é inerente ao poder judiciário confrontar os demais órgãos quando estes se encontram em situação de irresponsabilidade e atuando de forma divergente ao que preze o princípio da dignidade humana e de direitos fundamentais inerentes aos sujeitos.

Como aponta Bucci (2006) constitui-se como papel do judiciário tutelar as políticas públicas na medida em que elas expressem direitos, quando é primordial, na posição constitucional, que todo ato deve ser centrado na proteção dos direitos atribuídos aos sujeitos, sendo esse o elemento de conexão a ser considerado. Nesse sentido, os juízos que dizem respeito à qualidade e também à adequação são excluídos de opções ou caminhos, sejam eles políticos ou administrativos, de governo, consubstanciados na própria política pública. (BUCCI, 2006)

Assumindo a sua responsabilidade com o pleno exercício da norma e ocupando o espaço de guardião dos direitos sociais, não se omitindo do seu papel face ao clamor que ecoa do povo, através de ações judiciais, momentos nos quais o judiciário é chamado a interferir e a tomar a decisão cabível em face de legislação vigente, observa-se que atores como a Defensoria Pública, Ministério Público, movimentos sociais e sindicais, associações e o próprio cidadão tem ‘batido a porta’ do poder judiciário com o anseio de ver materializados os direitos a ele constituídos por lei.

Há de reforçar, que tais direitos, são garantidos em modelo de participação dos poderes, sendo a cada ator depositado deveres legais de viabilidade desses direitos. O cumprimento destes direitos em sua integralidade depende de uma ação ativa e coerente de todos, no planejamento de estratégias e políticas públicas que concretizem tais direitos. A omissão ou a ineficiência de qualquer um destes poderes no ato de garantia de direitos vem a fragilizar a eficácia e a abrangência destes.

É exatamente nesse contexto que se apresenta o conceito de Judicialização. Como bem nos apresenta Barroso (2008)

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade (...) No entanto, a judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política [...] o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria (BARROSO, 2008)

É inegável a linha tênue que se forma no que concerne à competência de cada um dos poderes – legislativo, executivo e judiciário. Entretanto, é necessário que tal percepção caminhe juntamente com a reflexão sobre os limites acerca da ação de cada um desses poderes e as intervenções possíveis quando em uma dessas esferas a ineficiência dos atos fragilizem a promoção dos direitos do cidadão. Mesmo compreendendo da melhor forma possível suas limitações impostas constitucionalmente, o judiciário tem enfrentado temas sobre garantia de direitos quando este não tem se efetivado principalmente pela esfera

Executiva, onde

*Impede assinalar, no entanto, que tal incumbência poderá atribuir-se, embora excepcionalmente, ao Poder Judiciário se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos políticos – jurídicos que sobre eles incidem caráter mandatário, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, como sucede na espécie ora em exame (Agravo Regimental no Recurso extraordinário n. 410.715-5) (BUCCI, 2006, p. 35)*

Percebe-se na citação acima, Bucci (2006)

*A técnica decisória utilizada teria paralelo no controle judicial dos atos administrativos, em que são sindicáveis não o mérito do ato, mas os vícios alegados, como desvio de poder, por exemplo, de que há amostra jurisprudencial bastante representativa. No caso em questão o trecho final da fundamentação deixa clara essa estratégia ao referir-se a ineficiência administrativa, o descaso governamental com direitos básicos do cidadão, a incapacidade de gerir recursos públicos, a incompetência na adequada implementação da programação orçamentária em tema de educação pública, a falta de visão política do administrador na justa percepção do enorme significado social de que se reveste a educação infantil e a inoperância funcional dos gestores públicos na concretização das imposições constitucionais estabelecidas em favor das pessoas carentes. (p. 35).*

Diante deste cenário de ampliação da busca do cidadão pelo poder judiciário como poder decisório na garantia da consumação de seus direitos é que a doutrina se debruça sobre este cenário buscando refletir e responder sobre os papel do judiciário e os limites deste papel de guardião dos direitos estabelecidos pela norma.

Tal discussão atravessa o campo de discussão para além dos julgados, que cada vez mais são favoráveis ao cidadão que se encontra lesado em seu direito, mas que tem evocado reflexões de como essas decisões afetam as, por exemplo, as políticas públicas elaboradas pelo Executivo. Assim, como bem observa Coutinho (2013)

*Ao mesmo tempo em que avançava, no campo jurídico, o debate doutrinário sobre as normas programáticas, seu status e eficácia, como resultado do aumento progressivo da judicialização das relações sociais e políticas, desde a década de 1980 uma larga gama de assuntos e conflitos passou a ser levada dos tribunais, sendo a discussão sobre a judicialização de políticas públicas – isto é, sobre os limites da intervenção (ou da “correção”), pelo Judiciário, em políticas públicas – um dos assuntos que mais atenção dos juristas vem recebendo. No caso brasileiro, esse debate tem como principal parâmetro jurídico a norma contida no art. 5º, inciso XXXV da Constituição de 1988: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Essa norma impede o Judiciário de recusar a análise de qualquer política pública – ou de qualquer ato administrativo por ela editado - que lese ou ameace lesar direitos. Em termos práticos, significa que nenhuma política pública está imune ao seu questionamento e revisão judiciais. (p. 14)*

Cabe neste ponto analisar como a doutrina tem enfrentado esse tema mediante uma prática cada vez mais constante nos processos demandados ao judiciário e que reflete posições ora com magistrados que entendem o papel do judiciário como salvaguarda da efetivação dos direitos protegidos pela norma, enquanto outra parcela da magistratura ainda busca entender os limites entre os poderes, de forma que um não interfira no papel, definido constitucionalmente, do outro.

Para os que entendem a intervenção do judiciário como legítima defendem que os direitos sociais são considerados direitos subjetivos e demanda que sua eficácia seja plena – todo cidadão tem o direito constituído pela norma – e que cabe ao judiciário na omissão ou ineficiência das políticas orquestradas para a efetivação desses direitos a todos, é dever do judiciário intervir e proteger os direitos daquele que se encontra a margem.

Essa parcela doutrinária identifica no papel do judiciário, poderes institucionais para tomadas de decisões que fiscalizem e quando necessário regularizem o acesso a um direito que esteja sendo negligenciado ao cidadão. Cabe ressaltar que a emergência de reconhecimento de direitos pode se dar tanto na esfera coletiva como individual, a depender das demandas apresentadas ao magistrado. Quando apresentado na esfera individualista, o direito a ser garantido é aplicável somente a este sujeito.

Deste modo, apresenta como argumentação aqueles defendem uma atitude ativa do judiciário e veem como legítimas as intervenções que os magistrados tem deferido em suas sentenças, prioriza, segundo Corrêa (2014)

*o olhar sobre os direitos sociais, considerando que têm eficácia plena e são direitos subjetivos do indivíduo, portanto, devem ser garantidos a qualquer custo e por qualquer que seja a instituição (MICHELMAN, 2007). Seria função do Poder Judiciário a defesa das minorias e um contato mais próximo com os casos reais e concretos, sensível às necessidades da população (CAPPELLETTI, 1999). O papel dos juízes, portanto, seria essencial porque funcionaria como canal de comunicação das pessoas marginalizadas (GARGARELLA, 2006) e seria estratégico para a promoção de mudanças sociais em favor dos mais vulneráveis (GLOPPEN, 2006). (CORRÊA, 2014. p. 31)*

Fundamenta também Coutinho (2013) o papel desempenhado pelo judiciário na defesa dos direitos através da lide apresentada, o que a doutrina tem definido como ativismo judicial:

*Há magistrados tipicamente “ativistas”, isto é, que consideram parte de seus papéis institucionais a possibilidade de alterar, remodelar, interromper ou mesmo criar uma política pública. Esses juízes tendem a decidir de modo voluntarista e, explícita ou implicitamente, atribuir ao Judiciário a responsabilidade ativa de pôr em curso políticas públicas em relação às quais o governo se revele eventualmente omissivo, além de corrigir os rumos de programas que, em sua implementação, supostamente fogem ao objetivo da lei ou da constituição. (p. 15)*

Parte como crítica a esse comportamento do judiciário, de interferência nas demandas de direitos sociais, que o magistrado fugiria do seu papel estabelecido, em regra, constitucionalmente e que faltaria ao Judiciário ao olhar, na maioria das situações para os direitos do indivíduo, trazia serias ameaças aos direitos do coletivo.

Caberia também ao poder Executivo, o planejamento de políticas públicas que atendessem o acesso de todos aos direitos fundamentados em lei. A ação do judiciário, segundo a doutrina, afetaria a eficácia dessas políticas, que por si só muitas vezes não conseguem dar conta de dar o acesso e efetivar tais direitos a todos que a norma contempla.

Assim, como destaca Coutinho (2013), se apresenta como argumentação daqueles que tecem críticas ao que se denomina ativismo judicial o fato de que

*o Judiciário tem características estruturais e institucionais que restringem significativamente sua capacidade de promover mudanças sociais abrangentes e de corrigir adequadamente o rumo de políticas públicas desde uma ótica substantiva ou distributiva. (...). Há a possibilidade real do Judiciário modificar, para pior, programas que, embora imperfeitos, foram concebidos e implementados por especialistas. Pior que isso, como as demandas que chegam ao Judiciário são na sua grande maioria individuais, argumentam que o ativismo judicial pode causar um efeito ainda mais perverso: sem conseguir medir ou antecipar os impactos distributivos de suas decisões, juízes voluntaristas podem estar privilegiando aqueles que, por terem recursos para pagar um advogado, “furam a fila” das políticas públicas geridas pelo Executivo. (COUTINHO, 2013. p. 16)*

Reforça a fragilidade da atuação do judiciário quando o magistrado defere em favor de um, direitos que se consagram como direitos coletivos. A defesa pelo direito de um pode afetar negativamente o direito de todos:

*Entretanto, em que pese a importância do ajuizamento de ações para exigir a efetividade das normas asseguradoras de direitos, em especial os direitos fundamentais, a crítica que se pode fazer a essa forma de atuação diz respeito à possível ocorrência da concorrência entre direitos. A atuação judicial, via de regra, tem o efeito de pulverizar os pleitos por direitos. Na medida em que o juiz não está vinculado à lógica da disponibilidade dos meios, como está o Poder Executivo, as consequências de uma decisão judicial específica sobre o universo de direito alheio aos limites da lide são imprevisíveis. (p. 16)*

Outra parte doutrinária tem defendido que ao poder judiciário caberia somente o papel fiscalizador do poder Executivo e se as políticas públicas planejadas por este assumem a formatação necessária para que se consuma a sua eficácia. Como cita Coutinho (2013),

*Há, de outro lado, juízes que contêm a si mesmos, entendendo que a análise judicial de políticas públicas deve ater-se, no máximo, ao controle formal (e não substantivo) dos atos praticados pelos gestores no Executivo. Nesse segundo caso, ao invés de rever o mérito da política pública, o juiz atribui a si o papel de assegurar que os procedimentos que direta ou indiretamente a regulam sejam respeitados – por exemplo, que um certo número de interessados seja ouvido, que prazos e cronogramas nela previstos sejam cumpridos, que os recursos financeiros com que conta sejam gastos corretamente e que os atos administrativos que a põem em curso sejam devidamente motivados e praticados por quem tem competência para tanto. (p. 15)*

Nesta perspectiva, o papel do magistrado se restringiria, sendo indeferida toda e qualquer lide que demandasse por efetividade de concessão de direitos, sendo estes de qualquer natureza. Entende os críticos dessa vertente que como garantidores do cumprimento dos direitos protegidos por lei quando o Legislativo ou o Executivo são omissos em seus papéis, é dever do poder Judiciário pleitear que esses poderes atuem para a promoção destes direitos.

*Se o que está em jogo são direitos constitucionais, dizem os defensores do ativismo judicial, é função do Judiciário interferir para garantir o seu cumprimento sempre que o Executivo e o Legislativo deixarem de cumprir suas obrigações, isto é, quando eles se abstiverem ou se omitirem. Para os defensores do protagonismo dos juízes nas políticas públicas, uma atitude passiva dos tribunais poderia equivaler, enfim, a uma verdadeira abdicação de sua principal missão constitucional. (COUTINHO, p. 16)*

Frente ao que o processo de judicialização tem demandado continuamente do poder judiciário brasileiro, é possível perceber que o posicionamento da magistratura tem se dado em direção a um comportamento decisório que se aproxima da concepção de ativismo jurídico, visto que os direitos pleiteados pela Defensoria Pública, Ministério Público, movimentos sociais e sindicais, associações e até mesmo pelo próprio cidadão de forma individualizada, tem demandado decisões favoráveis, no que concerne uma garantia imediata de efetivação do direito pretendido.

Pensar em um país que passou há um pouco mais de trinta anos por um processo de redemocratização, que a nossa Constituição que tem como princípio salvaguardar os direitos fundamentais de cada cidadão brasileiro conta com trinta e quatro anos de promulgação, e que

vivendo em um país organizado em um modelo econômico capitalista, ainda é possível perceber fragilidades em um cenário no qual a totalidade de um direito na realidade se configura como direito de poucos.

É nesse sentido que o posicionamento da magistratura se consolida: como deixar o cidadão brasileiro a mercê de políticas tanto do Executivo como do Legislativo, que de alguma forma ainda segregam e deixam a margem cidadãos protegidos perante a lei como detentores de direitos que devem ser garantidos por todas as esferas de poder, cada um dentro das suas competências estabelecidas pela norma?

*No Brasil, o Judiciário vem exercendo um papel cada vez mais ativo - ou ativista - na implementação de certos direitos sociais e normas programáticas por meio da revisão de políticas públicas em ações de diferentes tipos. Os juízes o fazem ordenando ao Estado, por exemplo, o fornecimento de medicamentos e procedimentos médicos não disponíveis no SUS, a garantia de acesso a vagas em escolas e creches superlotadas, a remoção de moradores em áreas urbanas e rurais, a inclusão de pessoas que têm deficiências, a determinação de que obras sejam realizadas, o reajuste de preços e tarifas, o gasto ou contenção orçamentária, entre muitos outros exemplos de decisões que, direta ou indiretamente, afetam políticas públicas implementadas nos níveis federal, estadual e municipal. (COUTINHO, 2013, p. 15)*

Há de se considerar também, como aponta Callegari (2017), que há políticas públicas, como mostra o próprio exemplo das políticas educacionais, que precisam, no intuito de se buscar a sua eficácia, transpor governos ir além de uma campanha política de governo para uma efetiva construção contínua de um processo democrático de direitos. Nesse sentido, o judiciário pode assumir o papel de garantir essa linearidade nos processos de implementação de políticas públicas, com a preocupação sempre de uma ampliação de direitos e não uma estagnação ou retrocesso a cada mudança de governos. Nesse sentido compreende-se que

*Políticas educacionais envolvem programas de longo prazo que ultrapassam os limites temporais dos governos. Planos e metas plurianuais definidos em lei requerem que o “sistema de Justiça” exerça um papel de guardião. Nesse sentido, responsabilidade maior cabe as lideranças do Judiciário, Ministério Público e Defensorias capazes de proporcionar adequadas orientações e boa coordenação a seus agentes de base, a fim de buscar a construção de estratégias em diálogo permanente e pactos sucessivos com os Poderes Executivo e Legislativo. Estes, por sua vez, devem entender o papel do Judiciário, não como gendarme ou algoz, mas como parceiro na elaboração e implementação de políticas públicas fundamentais para a existência de uma sociedade justa e desenvolvida, sustentada por um Estado Democrático de Direito capaz de superar as iniquidades históricas que caracterizam o Brasil.(CALLEGARI, 2017, p 79)*

Considerando o exemplo das políticas educacionais apontadas e retornando sempre os nossos olhos ao texto constitucional em seu artigo 205 que declara ‘a educação, direito de todos’, bem como o artigo 208,IV da Constituição Federal, o artigo 54, IV do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/90 e artigo 11,V da Lei de diretrizes e bases da Educação Nacional, Lei nº9.394/96 que voltam a sua atenção ao atendimento das crianças na etapa da Educação Infantil, nas modalidades creche e pré-escola, deflagra a atenção do judiciário no atendimento ao direito a educação as crianças na faixa etária de 0 a 3 anos e 11 meses, quando a sociedade civil conclama o judiciário em representações no intuito de um imediato atendimento ao direito a vaga em creches públicas.

*A judicialização das políticas e programas de Educação Básica no Brasil é um fenômeno crescente, figurando em posição de destaque a litigância em torno da Educação Infantil, em especial da ofertada em creches. Como em outros campos da vida social, a interferência do chamado “sistema de Justiça” nas relações entre o cidadão e os órgãos do aparelho de Estado se inscreve no movimento incessante de luta pela materialização dos direitos individuais e coletivos, muitos dos quais se configuram como conquistas registradas nos textos legais, nos planos e promessas governamentais, mas nem sempre disponíveis de fato. (CALLEGARI,2017.PG67)*

Destaca-se que o Supremo Tribunal Federal tem se posicionado na compreensão de que cabe ao judiciário a atuação na proteção e garantia de que os demais poderes atuem na promoção eficaz dos direitos fundamentais concernentes a cada cidadão e que não decorre de premissas para que tais poderes atuem de forma omissiva ou protelatória quando um direito já se encontra estabelecido e definido pela norma vigente. Como descreve Gotti e Ximenes (2018)

*(...) o STF declara expressamente que cabe ao Judiciário atuar subsidiariamente na garantia os direitos fundamentais sociais, determinando que sejam assegurados sempre que comprovada a omissão dos demais poderes. Nessas decisões e nas que se seguiram reiteradamente, o STF define a educação infantil como “prerrogativa constitucional indisponível”, cuja exigibilidade decorre do próprio texto constitucional e impõe ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré- escola. Interpretou de forma bastante restritiva a chamada “cláusula de reserva do possível” – amplamente alegada em ações contra o Poder Público - reconhecendo como única possibilidade de adiamento da aplicação do direito a educação infantil a hipótese de comprovação objetiva, por parte do gestor público, de que todas as iniciativas ao seu alcance foram tomadas, com a aplicação do máximo de recursos disponíveis. (GOTTI E XIMENES, 2018 p. 370-371)*

Sobre esta discussão é emblemático a decisão proferida no agravo regimental no Recurso Extraordinário nº 410.715, no qual se proferiu o voto do Ministro Relator o Sr. Ministro Celso de Mello, tendo como agravante o município de Santo André e agravado o

Ministério Público do Estado de São Paulo. Esta decisão é pragmática tanto para as decisões posteriores bem como para compreender o posicionamento do poder judiciário frente às demandas judiciais envolvendo direitos de segunda geração, visto que, como defende Callegari (2017)

*Um marco no posicionamento judicial sobre essas demandas foi a decisão proferida em 2005 pelo ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal (STF), reconhecendo o direito público subjetivo a Educação (art. 208, inciso IV da Constituição Federal de 1988) e, portanto, o dever do município de viabilizar, em favor das crianças, o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola. A decisão destaca, ainda, que em casos excepcionais e quando os órgãos estatais competentes se mostrarem omissos, o Poder Judiciário poderá formular e implementar políticas públicas para que não restem vulnerados os direitos fundamentais, como e o caso do direito a Educação.(p.70)*

No voto do relator apresentado pelo Ministro Celso de Mello, o mesmo destaca as razões apresentadas pelo agravante no recurso, onde o Município de Santo André argumenta que o dever de oferta da etapa Educação Infantil não estaria limitado aos Municípios, mas que um dever solidário entre o poder público Federal, Estadual e Municipal; que o atendimento a crianças por meio de ordem judicial, comprometeria a organização orçamentária do Município, bem como políticas públicas implementadas, que ocasionariam na perda da qualidade do atendimento as crianças público alvo da Educação Infantil; que a interferência do judiciário ao determinar a imediata matrícula de crianças na creche configuraria uma intervenção indevida do poder Judiciário em situações que caberiam constitucionalmente a gerência do poder Executivo; e lançando mão do princípio da reserva do possível, alegando que a ampliação das vagas em creches demandaria questões de orçamento e disponibilidade, onde seria papel do Município ter seus planejamento focado no ensino fundamental visto que este se daria de forma obrigatória.

Seguiu-se o exame e as considerações do Ministro Relator frente às argumentações apresentadas. Primeiramente reconhece a luz da carta constitucional que a educação é um direito público subjetivo, que impõe o dever jurídico de acesso a todas as crianças que se encontram na idade de atendimento na etapa Educação Infantil modalidade creche:

*É preciso assinalar, neste ponto, por relevante, que o direito à educação - que representa prerrogativa constitucional deferida a todos (CF, art. 205), notadamente às crianças (CF, arts. 208, IV; e 227, caput) - qualifica-se como um dos direitos sociais mais expressivos, subsumindo-se à noção dos direitos de segunda geração (RTJ 164/ 158-161), cujo adimplemento impõe, ao Poder Público, a satisfação de um dever de prestação positiva, consistente num Jacere, pois o Estado dele só se*

*desincumbirá criando condições objetivas que propiciem, aos titulares desse mesmo direito, o acesso pleno ao sistema educacional, inclusive ao atendimento, em creche e pré-escola, "as crianças de zero a seis anos de idade" (CF, art. 208, IV). (RE 410.715Rel.Min. Celso de Mello, DJ22/11/05)*

Defende o relator que o direito a educação foi um tema muito caro a Constituição de 1988 e que ao ampará-la no rol dos direitos sociais, e se torna indiscutível o não reconhecimento e disposição eficaz de ações públicas de implementação e acesso a todos, em especial, conforme assunto proposto, as crianças de a serem atendidas pelas creches e pré-escola:

*O alto significado social e o irrecusável valor constitucional de que se reveste o direito à educação infantil - ainda mais se considerado em face do dever que incumbe, ao Poder Público, de torná-lo real, mediante concreta efetivação da garantia de "atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade" (CF, art. 208, IV) - não podem ser menosprezados pelo Estado, (...) sob pena de grave e injusta frustração de um inafastável compromisso constitucional, que tem, no aparelho estatal, o seu precípua destinatário. (RE 410.715Rel.Min. Celso de Mello, DJ22/11/05)*

Reforça mais uma vez em seu voto o cuidado que o legislador constituinte delegou ao direito à educação, firmado em toda sua complexidade de atendimento a todos que se encontram em idade de atendimento e para aqueles que em idade ideal, por motivos quais não tenha acessado as instituições educacionais para a aprendizagem e desenvolvimento de habilidades acadêmicas. Permanecer omissos ou estabelecer políticas públicas que restringem o acesso eficaz de todos, é assumir que os direitos protegidos constitucionalmente são passivos de uma mera retórica sem uma efetiva concretização dos direitos fundamentais. Assim defende o legislador que

*O objetivo perseguido pelo legislador constituinte, em tema de educação infantil, especialmente se reconhecido que a Lei Fundamental da República delineou, nessa matéria, um nítido programa a ser implementado mediante adoção de políticas públicas conseqüentes e responsáveis - notadamente aquelas que visem a fazer cessar, em favor da infância carente, a injusta situação de exclusão social e de desigual acesso às oportunidades de atendimento em creche e pré-escola - , traduz meta cuja não-realização qualificar-se-á como uma censurável situação de inconstitucionalidade por omissão imputável ao Poder Público. (RE 410.715Rel.Min. Celso de Mello, DJ22/11/05)*

Outra argumentação cabível de análise no voto do Ministro Celso de Mello demarca o posicionamento acerca da manifestação do judiciário acerca de demandas que asseguram aos que buscam o judiciário a execução imediata da promoção de direitos elencados como fundamentais ao cidadão. Aponta o relator em seu voto, que já se apresentava tal

argumentação em decisões anteriores do STF, com o efeito de salvaguarda da efetividade constitucional dos direitos protegidos pela norma

*Salientei, então, em tal decisão, que o Supremo Tribunal Federal, considerada a dimensão política da jurisdição constitucional outorgada a esta Corte, não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais, que se identificam - enquanto direitos de segunda geração (como o direito à educação, por exemplo) - com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Rei. Min. Celso de Mello). É que, se assim não for, restarão comprometidas a integridade e a eficácia da própria Constituição, por efeito de violação negativa do estatuto constitucional motivada por inaceitável inércia governamental no adimplemento de prestações positivas impostas ao Poder Público(...).(RE 410.715Rel.Min. Celso de Mello, DJ22/11/05)*

Reforça o Ministro que o judiciário tem compreensão do seu papel instituído pelo legislador constituinte e que dela as decisões tomadas não se afastam, compreendendo que não cabe ao judiciário, formular ou implementar políticas públicas, visto que esta função interpõe-se primariamente aos poderes Legislativo e Executivo. Contudo, reafirma o ministro em seu voto, que o judiciário não pode se afastar deste tema quando envolve a omissão ou ineficiência das políticas desenvolvidas para a promoção de direitos sociais,

*Impende assinalar, no entanto, que tal incumbência poderá atribuir-se, embora excepcionalmente, ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, como sucede na espécie ora em exame. (RE 410.715Rel.Min. Celso de Mello, DJ22/11/05)*

Sobre o tema do princípio da reserva do possível, onde o poder público discorre sobre o seus limites de disponibilidade financeira face ao atendimento as decisões favoráveis tomadas pelo judiciário, o relator em seu voto, afirma compreensão dos limites orçamentários que envolvem as ações políticas planejadas pela Administração Pública e a necessidade de uma intervenção gradual no que se refere ao acesso aos direitos sociais protegidos, constitucionalmente. Entretanto, para o Ministro Celso de Mello o princípio da reserva do possível não pode ser usado como pretexto para omissão do dever público de garantista dos direitos sociais

*Não se ignora que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a alegação de incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal,*

*desta não se poderá razoavelmente exigir, então, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, contudo, ao Poder Público, em tal hipótese, criar obstáculo artificial que revele - a partir de indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência (ADPF 45/DF, Rei. Min. Celso de Mello, Informativo/STF n. 345/2004).*

*Cumpre advertir, (...) que a cláusula da "reserva do possível" - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. (RE 410.715Rel.Min. Celso de Mello, DJ22/11/05)*

Em se tratando da sustentação apresentada pelo Município de Santo André acerca do dever de ofertar instituições que acolham a educação infantil, em uma compreensão de responsabilidade compartilhada entre os poderes Federal, Estadual e Municipal, o Ministro Celso de Mello com base no dispositivo constitucional, artigo 211§2º CF, traz em seu voto como argumentação:

*Tenho para mim, desse modo, presente tal contexto, que os Municípios - que atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Carta Política, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se de atendimento das crianças, sem creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social(...).(RE 410.715Rel.Min. Celso de Mello, DJ22/11/05)*

Em continuidade, reforça mais uma vez em seu voto o papel, que para o relator se mostra essencial e fundamental, do judiciário, em resguardar a total aplicabilidade de direitos tão fundamentais a todo cidadão, como se reveste o direito a educação. É imprescindível que a qualquer ameaça ao efetivo cumprimento de um dever constitucional, e diante da impotência do sujeito frente o Legislativo e o Executivo, que este tenha no Judiciário o atendimento dos seus direitos, posto que

*Esse caráter de fundamentalidade, de que se acha impregnado o direito à educação, autoriza a adoção, pelo Judiciário, de provimentos jurisdicionais que viabilizam a concreção dessa prerrogativa constitucional, mediante utilização, até mesmo, quando for o caso, de medidas extraordinárias que se destinem - consoante observa Emerson Garcia ("O Direito à Educação e Suas Perspectivas de Efetividade", in II A Efetividade dos Direitos Sociais", pp. 149-198, 194, 2004, Lumen Juris) - a tornar efetivo "( ... ) o atendimento dos direitos prestacionais que*

*congregam os valores inerentes à dignidade da pessoa humana, como é o caso do direito à educação fundamental" (RE 410.715Rel.Min. Celso de Mello, DJ22/11/05)*

Ao findar seu voto o relator Ministro Celso de Mello reafirma seu entendimento de uma atuação imediata do poder público na garantia de vagas em instituições educacionais as crianças na faixa etária público alvo da Educação Infantil (artigo 208,IV, CF) e que o dever de promoção e acesso as instituições é constitucionalmente estabelecido aos Municípios (artigo 211,§2º,CF).

*Isso significa, portanto, considerada a indiscutível primazia reconhecida aos direitos da criança e do adolescente (Ana Maria Moreira Marchesan, "O princípio da prioridade absoluta aos direitos da criança e do adolescente e a discricionariedade administrativa", in RT 749 /82-103), que a ineficiência administrativa, o descaso governamental com direitos básicos do cidadão, a incapacidade de gerir os recursos públicos, a incompetência na adequada implementação da programação orçamentária em tema de educação pública, a falta de visão política do administrador na justa percepção do enorme significado social de que se reveste a educação infantil e a inoperância funcional dos gestores públicos na concretização das imposições constitucionais estabelecidas em favor das pessoas carentes não podem nem devem representar obstáculos ao adimplemento, pelo Poder Público, notadamente pelo Município (CF, art.211, § 2º), da norma inscrita no art. 208, IV, da Constituição da República, que traduz e impõe, ao Estado, um dever de execução inafastável, sob pena de a ilegitimidade dessa inaceitável omissão governamental importar em grave vulneração a um direito fundamental da cidadania e que é, no contexto que ora se examina, o direito à educação, cuja amplitude conceitual abrange, na globalidade de seu alcance, o fornecimento de creches públicas e de ensino pré-primário "às crianças de zero a seis anos de idade" (CF, art. 208, IV). (RE 410.715Rel.Min. Celso de Mello, DJ22/11/05)*

Em síntese, como apresenta Ranieri (2017), é possível observar no voto do Relator Ministro Celso de Mello cinco argumentos principais e fundamentais para o entendimento do judiciário para todas as demandas jurídicas posteriores sobre acesso a vagas em creches públicas por crianças de 0 a 3 anos e 11 meses, como o papel do judiciário no processo de judicialização dos direitos sociais no judiciário brasileiro:

*No voto do relator, ministro Celso de Mello, foram apresentados cinco argumentos principais: (a) a Educação Infantil e prerrogativa indisponível que assegura o atendimento em creches e o acesso a Pré-escola as crianças de 0 a 6 anos de idade, por força do artigo 208, IV; (b) esta prerrogativa impõe ao Estado a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, aquele acesso e atendimento; (c) a Educação Infantil e direito fundamental que não se expõe a avaliações discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de pragmatismo; (d) embora a questão seja pertinente a reserva do possível, os Municípios não podem se demitir do mandato constitucional do artigo 208, IV, juridicamente vinculante, a vista de sua responsabilidade prioritária pelo Ensino Fundamental e pela Educação Infantil (art. 211, § 2o); (e) o Judiciário tem competência para determinar de maneira excepcional implementação de políticas definidas pela própria Constituição por órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão pode comprometer a eficácia e a integridade dos direitos sociais; ao não*

*determinar a efetivação desses direitos, o próprio STF estaria incorrendo em grave omissão.* (RANIERI, 2017, p 127-128)

Seguindo com linearidade ao voto proferido pelo relator Ministro Celso de Mello há 17 anos na RE nº410.715, é cabível análise da última decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal face ao Recurso Extraordinário nº1008166, tema 548 da repercussão geral com o então relator o Ministro Luiz Fux, tendo como agravante o Município de Criciúma e por agravado o Ministério Público de Santa Catarina, onde arguiu o agravante que pelo texto constitucional a obrigatoriedade de atendimento educacional se daria somente a partir do ensino fundamental, descaracterizando a inserção de crianças da Educação Infantil em instituições educacionais como um direito público subjetivo, eximindo-se de uma ampliação e efetivação de matrícula em instituições educacionais públicas quando estas fossem instituídas por meio judicial e a contestação de que não caberia ao poder Judiciário interferir em questões que afetassem diretamente o orçamento do Município.

Os trechos que falam sobre o julgamento do Recurso Extraordinário nº 1008166, Tema 548 de repercussão geral, por ser recente em comparação à confecção do presente trabalho, ainda não figura em produções e trabalhos acadêmicos. Sendo assim, as informações foram retiradas do periódico de circulação nacional e acessível através de publicação na Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro, devidamente citada nas referências.

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário 1008166, Tema 548 de repercussão geral, decidiu que o dever constitucional do Estado de assegurar o atendimento de crianças de até 5 anos de idade em creche e pré-escola é de aplicação direta e imediata, sem que haja a necessidade de regulamentação pelo Congresso Nacional. O colegiado também estabeleceu, por unanimidade, que a oferta de vagas para a educação básica pode ser reivindicada na justiça através de ações individuais.

O Tema 548 versa sobre o dever estatal de assegurar o atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a 5 anos de idade. O agravo de instrumento foi interposto contra a decisão que inadmitiu o recurso extraordinário em que se discutia se o inciso IV do ar. 208 da Constituição Federal, que trata do dever estatal de assegurar o atendimento em creche e pré-escola às crianças da faixa etária mencionada anteriormente, seria autoaplicável.

O autor do Recurso Extraordinário, o Município de Criciúma (SC), questionou a decisão anterior do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Na decisão, o TJ-SC manteve a obrigação, fixada em mandado de segurança, de que a reserva de vaga em creche para uma criança deveria ser assegurada pela administração local.

A prefeitura de Criciúma argumentou no recurso que não cabe ao Poder Judiciário interferir em assuntos referentes às questões orçamentárias da municipalidade, uma vez que não é possível impor obrigações que majorarem gastos aos órgãos públicos sem que tais aumentos possuam valores orçamentários previstos.

O relator do recurso, ministro Luiz Fux, ao considerar que a negativa à educação infantil tanto em creches quanto em pré-escolas configuraria omissão estatal, votou pelo desprovimento do recurso. Ainda segundo o Ministro Fux, o Poder Judiciário tem o poder de determinar à administração pública a efetivação de tal direito em situações excepcionais, sendo necessária a comprovação de que não foi possível que a matrícula fosse realizada por via administrativa, por negativa indevida ou por demora irrazoável. O Ministro também destacou a necessidade de demonstrar que o autor do pedido não possui capacidade financeira para arcar com os custos que demandariam a manutenção da criança em uma instituição privada.

Por sua vez, para o ministro Edson Fachin o direito constitucional à educação é autoaplicável. Sendo assim, o ministro Fachin entende que tal regra não se dirige somente à criança, visando também a proteção da mulher. A ausência desse atendimento criaria um círculo vicioso de exclusão social, pois mulheres das camadas mais excluídas da população e que não teriam o apoio de creches para seus filhos, não poderiam trabalhar.

Segundo o ministro André Mendonça, apesar do acesso à educação infantil ser uma obrigação constitucional, o Congresso Nacional estabeleceu critérios de efetivação de tal política pública, sendo necessário seguir os parâmetros estabelecidos no Plano Nacional de Educação., instituído pela Lei 13.005/2014.

O ministro Alexandre de Moraes entendeu que o direito à educação é autoaplicável, porém demonstrou preocupação com relação à própria prestação do serviço, de maneira especial àquela que existe nos pequenos municípios do país uma vez que muitos destes não

possuem uma arrecadação suficiente para arcar com tais custos. Segundo o ministro, é necessário que seja feita a diferenciação entre a eventual inércia do gestor de questões orçamentárias, que inviabilizam o acesso a tal serviço.

O ministro Luís Roberto Barroso observou que, sendo o direito à educação básica uma norma constitucional de aplicação direta, uma decisão do Judiciário determinando o cumprimento de tal obrigação não poderia ser considerada uma intromissão. Além disso, o ministro Barroso acrescentou que muitos direitos constitucionais carecem de prazos para que sejam concretizados e para que sejam adequados às necessidades orçamentárias.

Já a ministra Rosa Weber fez questão de frisar que a oferta de creche e pré-escola é primordial e necessária para garantir às mães segurança no exercício do direito ao trabalho. A ministra Weber destacou que tal direito social se correlaciona com os direitos da liberdade e da igualdade de gênero, uma vez que torna possível à mulher ingressar ou mesmo retornar ao mercado de trabalho. Para Weber, o direito à educação básica não pode ser interpretado como discricionariedade, mas sim como obrigação do Estado.

Em resumo, a tese de repercussão geral 548 fixada foi a de que:

1) a educação básica em todas as suas fases, seja ela na educação infantil, no ensino fundamental ou no ensino médio, constitui direito fundamental de todas as crianças e jovens, sendo assegurado por normas constitucionais de eficácia plena e com aplicabilidade direta e imediata;

2) que a educação infantil compreende a creche e a pré-escola e que sua oferta pelo poder público pode ser exigida de maneira individual, da mesma forma que o caso examinado no referido processo;

3) e que o poder público possui o dever jurídico de efetivar integralmente às normas constitucionais que se referem ao acesso e à educação básica.

Estima-se que decisão do Plenário do STF com a eficácia de repercussão geral 548, vinculante a toda decisão a ser tomada sobre o mesmo pedido que tramite na esfera do judiciário, deverá atingir aproximadamente 28.826 processos que versam sobre a mesma

controvérsia e que se encontrava com a tramitação sobrestados em outras instâncias aguardando a decisão do Supremo.

Consagra-se mais uma vez, em uma compreensão temporal, traçando um paralelo entre a RE 410.715 e dezessete anos depois a RE 1008166, que o poder Judiciário reafirma seu papel como guardião constitucional, defendendo, como bem identifica ALVARENGA, (2018) ‘que o controle judicial de políticas públicas não implica na invasão de competências executivas ou legislativas pelo Poder Judiciário, nem na substituição da vontade política pela vontade jurídica. Ao contrário, implica na submissão dos demais poderes estatais a vontade constitucional’. (p. 295)

Sem pormenorizar a relevância que a repercussão geral 548 emitida pelo STF traz para efetivação do direito a educação, garantido constitucionalmente as crianças de 0 a 3 anos e 11 meses, é preciso assumir uma postura reflexiva frente aos atravessamentos políticos que já tem se apresentado quanto à demanda de vagas em creche através da judicialização.

A inserção de crianças em instituições públicas através de demandas judiciais interfere diretamente no planejamento do Município no que se refere a quantidade de crianças atendidas, o que gera consequências como o atendimento excedente de crianças por turma, busca do Município por ampliação de instituições educacionais a atender este público alvo, realizando convênios com instituições privadas, que acarretam em outros questionamentos como a qualidade do serviço ofertado. Como sintetiza Callegari (2017)

*Muito embora o mandado judicial vise a assegurar o direito da criança demandante, ele gera um efeito colateral que não pode ser desconsiderado ao se analisar o fenômeno da judicialização: matrículas realizadas por decisão judicial alteram a ordem cronológica das filas de espera que são normalmente adotadas pelas municipalidades para encaminhar o atendimento. Assim, essas decisões judiciais geram, na prática, o efeito de que as filas de espera formalmente constituídas sejam literalmente fragilizadas e desmoralizadas. Além desse relevante impacto, é preciso registrar que muitos municípios, para atender a pressão jurídica e social, acabam optando por expandir sua rede de creches por meio de convênios com entidades não governamentais. Trata-se, em geral, de um caminho mais rápido e frequentemente mais barato de ampliar o atendimento. Porém, nem sempre com os mais adequados padrões de qualidade e condições de formação e de trabalho dos seus profissionais. (p. 71-72)*

Assim, como identifica Oliveira et al (2018), a demanda de vagas em creches a partir de decisões jurídicas pode gerar uma desorganização no planejamento das demandas administrativas, visto que muitos municípios tem adotado a organização de suas demandas por vagas através de listas classificatórias, onde, ao término das vagas existentes, as crianças que não são contempladas em um primeiro momento ficam a espera de abertura de novas vagas para efetivação de suas matrículas.

Ocorre que crianças e suas famílias que podem estar ao final das listas classificatórias ou nem se inscreveram para pleitear uma vaga, ao obterem uma vitória judicial passam a frente daqueles que estavam no topo da lista ou que por algum motivo não ingressaram com ação judicial. É importante frisar que o fato de se ter uma lista classificatória que coordene a entrada de crianças nas instituições educacionais públicas já caracteriza uma precarização da eficácia do direito que toda criança tem à educação. O que se destaca é que a judicialização das vagas em creche atravessam consideravelmente o planejamento em execução da administração pública.

Não obstante tenha o poder judiciário decidido que cabe ao poder público fornecer a vaga na rede pública de ensino infantil em cada uma das ações individuais ajuizadas, a questão da efetividade do direito a educação infantil está longe de ser equacionada, o que, no limite, acaba por colocar sob questionamento a própria efetividade da política de massificação da judicialização das políticas públicas educacionais. O que se tem notado no plano prático é que a determinação judicial no sentido da disponibilização da vaga na rede pública de ensino infantil não possui o condão de ampliar a oferta de vagas de forma a cobrir toda a demanda.

Ao contrário, o que ocorre é a modificação da lista de espera por vaga na rede pública de ensino infantil. Assim, aqueles que ingressam com ações individuais na tutela do direito a educação infantil são realocados na lista de espera, passando a frente daqueles que não o fizeram. Essa realidade revela, de um lado, que o tratamento individualizado que vem sendo dado a matéria, mediante a massificação da judicialização das demandas envolvendo vagas na rede pública de ensino infantil é insuficiente. Com efeito, os direitos sociais, por possuírem como fundamento o princípio da igualdade material e por orientarem-se pelo valor da solidariedade, concebem os seus titulares como sujeitos socialmente situados. Logo, exigem tratamento coletivo. (ALVARENGA, 2018, p. 298-299)

Não se pode mais compreender o indivíduo à luz dos preceitos individualistas, que o definem como um ente isolado. O indivíduo é um ser social. Para que os direitos sociais sejam de fato efetivados há a condição de que tais questões sejam abordadas a partir de uma perspectiva ampla e necessariamente não individualizada. Em adição a isso, o controle judicial das políticas públicas não se resume e limita no controle judicial, mas principalmente na sua implementação pelos poderes estatais. Sendo assim, o tratamento de

tal questão pelo campo jurídico não pode ser considerada a resposta definitiva. Tal resposta se encontra no campo que lhe é próprio: o campo político. (ALVARENGA, 2018).

Considerando os problemas apresentados que se desenrolam a partir do movimento de judicialização das vagas para atendimento em creches públicas, principalmente quando esta se dá no campo da individualização dos direitos, mas que recorrer ao poder Judiciário se faz necessário quando constatado a ineficiência dos demais poderes na promoção do direito ao acesso as instituições educacionais, defende a doutrina que nesses casos se torna estratégico a defesa de direitos no âmbito judicial.

Diante desse contraponto defendem Coli e Ximenes (2021) o litígio coletivo como estratégia com maior capacidade de promoção e ampliação do atendimento, pela sua possibilidade de prevenir distorções que possam ser causadas pelo acesso desigual a justiça e por em tese ser o meio processual que possibilitaria uma discussão mais ampla sobre as políticas públicas.

Assim reitera-se a compreensão de que ‘a proposição de demandas judiciais estratégicas e/ou paradigmáticas pode, antes mesmo de se obter uma decisão judicial efetiva, servir para por em destaque determinada situação de violação, levando a que seja modificada pelo fortalecimento da pressão social’. (RIZZI e XIMENES, 2014)

*O litígio estratégico em defesa do direito à educação, nesses casos, passa tanto por evitar retrocessos nas políticas conquistadas como por construir demandas capazes de influenciar a prestação jurisdicional. Ao realizar tais defesas, se reconhece explicitamente a legitimidade e competência do Poder Judiciário para influenciar as políticas públicas. Essa atuação junto ao Sistema de Justiça deve, por outro lado, produzir reflexão crítica sobre a exigibilidade judicial, o papel dos três poderes na realização dos direitos e o lugar da participação social. (RIZZI e XIMENES, 2014, p. 5)*

Consagra-se assim, que mesmo reconhecendo os avanços no reconhecimento do direito à educação das crianças, viabilizando o acesso destas a instituições educacionais que atendam a etapa educação infantil na modalidade creche, mediante uma legislação que reflete um desenvolvimento que reside em uma dimensão de luta, ‘luta por inscrições mais democráticas, por efetivações mais realistas, contra descaracterizações multiladoras, por

sonhos de justiça (CURY, 2002. p. 247), há de se estabelecer um caminho de diálogo e reflexão sobre as perguntas que permanecem sem respostas, aos desafios ainda enfrentados pelos poderes na esfera da promoção dos direitos, da consolidação constitucional de uma sociedade garantista dos direitos sociais promulgados pelo legislador constituinte e pelas normas vigentes.

## 5 - CONCLUSÃO

Buscou-se pelos caminhos percorridos até o presente momento, apontar reflexões e respostas a questionamentos no que concerne a uma construção de políticas de acesso democrática ao atendimento educacional institucionalizado para crianças bem pequenas. Contudo esses caminhos apresentaram novas ramificações, que levaram a novas reflexões e a muitos novos questionamentos que ainda carecem de construção de novas respostas.

Com a compreensão recente (mesmo que constitucionalmente, esse reconhecimento já conte 34 anos) de que a criança é vislumbrada como sujeito de direitos e que diante das especificidades de sua faixa etária precisa ser protegida e amparada em seu desenvolvimento para que este se dê de forma plena, legitimou-se o compromisso que os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, assim como a família e a sociedade civil, assumem para a promoção dos direitos estabelecidos pela norma a toda criança brasileira, sem qualquer mérito discricionário. O direito da criança não está mais associado a prerrogativas, justificativas ou comprovações. Não é direito do adulto. É direito da criança!

Contudo, é através da justificativa de que o reconhecimento da criança como sujeito de direitos, ser de alguma forma interpretado como marco legal recente - e aqui se reforça mais uma vez que a discussão se dá em um marco temporal de 34 anos – que nos encontramos atualmente distantes de contemplar a universalização dos direitos das crianças brasileiras. Como justificativa para esta argumentação a análise do direito a educação para crianças de 0 a 3 anos e 11 meses demonstrou como a promoção desse direito ainda se encontra em larga discussão entre os poderes estatais.

Ao discorrer sobre o direito à educação, pretendeu-se identificar a relevância desse direito a vida de todo cidadão, fundamentado no princípio da dignidade humana e pela relevância que o legislador constituinte deu a este direito, sendo no rol dos direitos sociais o primeiro a ser contemplado no texto.

Se objetivou que através da educação o país emergiria, pós período ditatorial, com uma sociedade forte, capaz de reconstruir um país democrático e protetor dos direitos de todo cidadão, independente de raça, cor, gênero, religião ou qualquer forma de segregação discriminatória.

É nesse contexto que a Constituição de 1988 se fundamenta em uma educação para todos, posto que é através da educação que todos tem voz e também, escuta. É através dela que o exercício da cidadania e da participação democrática se constrói. É no exercício qualitativo da educação que o sujeito é potencializado em toda sua complexidade de ser humano, participando de um contínuo processo de aprendizado e desenvolvimento.

Construindo essa compreensão macro sobre a educação, não há como excluir qualquer pessoa deste movimento de (re)construção nacional, incluindo assim nesse cenário a participação ativa das nossas crianças, visto que elas não serão, ela já são sujeitos de direitos, e enquanto sujeitos sociais tem o direito de participar deste marco constitucional de um direito a educação para todos.

Como visto, para que se costurasse a legitimação do direito a educação para as crianças pequenas, foi analisado como o legislador alinhou o processo para o reconhecimento, atendimento e responsabilização entre poderes e sociedade civil para o devido cumprimento e acesso a todos ao direito constituído. Utilizou-se como parâmetro o texto da Constituição Federal de 1988, do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/90 e da Lei das Diretrizes e Bases da Educação Nacional, Lei nº 9.394/96.

O alinhamento entre as normas evidencia a preocupação do legislador em efetivar e reconhecer o direito a educação a criança a partir do seu nascimento, que enquanto Educação Infantil, primeira etapa da educação básica, deve ofertar vagas a todas as crianças nas modalidades creche e pré-escola, com o atendimento qualitativo e que considere todas as especificidades do atendimento desta faixa etária, e regulariza o dever dos poderes Legislativo, Executivo, Judiciário, da família e da comunidade no qual esta criança está inserida no processo de promoção deste direito.

Como último ponto central de análise, examinou-se o papel do judiciário em um cenário onde a incerteza das políticas públicas eficazes de acesso do cidadão a direitos sociais, em especial a vagas em instituições educacionais que atendem a modalidade creche, vem desencadeando um processo no poder judiciário denominado judicialização sobre questões de direitos sociais, onde Ministério Público, Defensoria Pública e até mesmo os pais das crianças tem buscado no poder Judiciário o efetivo direito a educação por meio de matrícula em

unidades escolares.

E neste ponto encontra-se a dualidade do discurso: enquanto parte da doutrina defende que o papel do judiciário deve se restringir a formalidade das políticas públicas planejadas pelo Legislativo e pelo Executivo, outra parte da doutrina, em um movimento de ativismo judicial defende que a imparcialidade do judiciário frente políticas públicas que não garantam a ampla promoção de direitos protegidos constitucionalmente se assenta como ato inconstitucional, visto que o artigo 5º, XXXV, CF determina que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Se o cidadão requer a atuação do judiciário em situação que este sente seus direitos desprotegidos, cabe ao mesmo apresentar a resposta adequada para que se cumpra o que determina a lei.

Diante dessa dualidade foi necessário analisar o posicionamento do judiciário brasileiro frente às demandas de direitos sociais que tem se apresentado as cortes. Para tal, com o foco do estudo na demanda por vagas em creches para crianças de 0 a 3 anos e 11 meses, foi alinhado uma narrativa entre o Recurso Extraordinário nº 410.715, Rel.Min. Celso de Mello, DJ22/11/05 e o Recurso Especial nº1008166, tema 548 da repercussão geral com o Relator o Ministro Luiz Fux, buscando apresentar como o judiciário tem se posicionado frente ao efetivo direito a toda criança de 0 a 3 anos e 11 meses de serem matriculadas em creches, sendo estes espaços instituições educacionais públicas e com qualidade definida e defendida pelo legislador, bem como o papel de guardião do judiciário frente a omissões e ineficiência dos demais poderes na promoção dos direitos sociais protegidos pela nossa constituinte.

Ao passo do caminho percorrido, que não se define como o fim, mas se descortina como a possibilidade de novos caminhos a serem percorridos, surgiram respostas, mas surgiram também provocações que exigem um movimento reflexivo por aqueles que entendem o direito a educação como direito constitucional que se estende as crianças de 0 a 3 anos e 11 meses.

Uma questão que aparece com potencia está totalmente relacionada à ampliação das vagas em creches sem a desqualificação do trabalho que precisa ser desenvolvido nos espaços que atendem a Educação Infantil, qualidade esta também protegida constitucionalmente.

A discussão se dá em torno de uma etapa da educação extremamente sensível,

construída através de especificidades visto que a preocupação da Educação Infantil como bem sinaliza o legislador brasileiro, é o desenvolvimento pleno da criança. Como então garantir que o Executivo se preocupe em executar um planejamento orçamentário eficaz a promoção de vagas em creche proporcional a sua demanda, dando cabo assim as longas filas de espera por vagas, sem abrir mão dos recursos necessários para que o atendimento as crianças ocorra conforme os critérios qualitativos estabelecidos pelas normas.

Outro ponto, onde se assume a legitimidade sobre a atuação do judiciário em situações em que direitos sociais são negados ao cidadão e diante a omissão e/ou ineficiência dos demais poderes, se faz necessário definir limites, estratégias, caminhos onde as decisões judiciais que atendam os direitos sociais de forma individualizada alcancem de forma coletiva, aqueles que, na atualidade, ainda tem o judiciário como algo inacessível. Em um país com evidentes desigualdades sociais, onde a inércia da administração pública pode afetar diretamente promoção de direitos aos cidadãos, se torna necessário pensar em como o poder judiciário atuará na efetivação desses direitos.

Último ponto a se observar refere-se à importância para o movimento de escuta. As narrativas que descrevam como a comunidade escolar – direção, professores, funcionários, famílias, crianças - atende as demandas do judiciário para as vagas de creche se demonstrariam relevantes sobre como tais decisões tem impactado a rotina escolar. Sobre o olhar desses atores sociais, a atuação do poder judiciário se configura em uma tentativa de efetiva universalização do direito de todos? Como assumir um movimento dialógico onde as diversas vozes da sociedade possam ser ouvidas na construção de ações compreendidas e legitimadas por todos em uma perspectiva presente de acesso imediato a direitos protegidos pela nossa legislação?

Diante de todos os caminhos percorridos até o momento, onde há de se consagrar os avanços e conquistas sobre o direito de acesso à educação às crianças pequenas às instituições públicas educacionais no que concerne a etapa educação infantil na modalidade creche, se reafirma, mais uma vez, a necessidade de se estabelecer um caminho de diálogo e reflexão sobre as perguntas que permanecem sem respostas, aos desafios ainda enfrentados pelos poderes na esfera da promoção dos direitos, da consolidação constitucional de uma sociedade garantista dos direitos sociais promulgados pelo legislador constituinte e pelas normas vigentes.

## REFERÊNCIAS

ALVARENGA, Flávia Quintaes Louvain. A Justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais e a questão da demanda por ensino infantil. RANIERI, Nina Beatriz Stocco; ALVES, Angela Limongi Alvarenga (orgs.). **Direito a educação e direitos na educação em perspectiva interdisciplinar** – São Paulo: Cátedra UNESCO de Direito a Educação/Universidade de São Paulo (USP), 2018.

ALVES, Angela Limogni Alvarenga. O direito à educação de qualidade e o princípio da dignidade humana. RANIERI, Nina Beatriz Stocco; ALVES, Angela Limongi Alvarenga (orgs.). **Direito a educação e direitos na educação em perspectiva interdisciplinar** – São Paulo: Cátedra UNESCO de Direito a Educação/Universidade de São Paulo (USP), 2018.

AQUINO, Líbia Maria Serpa. **Direito aplicado à educação**. Curitiba, IBPEX, 2008.

ARIÈS, Philippe. **História social da criança e da família**. Rio de Janeiro: LTC, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo**: Direito administrativo e seus novos paradigmas. Belo Horizonte: Fórum, p. 31-63, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. **Revista Consultor Jurídico**, v. 22, 2008.

BRASIL . **Base Nacional Comum Curricular. Ensino Médio**. Brasília: MEC. Versão entregue ao CNE em 03 de abril de 2018. Disponível em: [http://basenacionalcomum.mec.gov.br/images/BNCC\\_EI\\_EF\\_110518\\_versaofinal\\_site.pdf](http://basenacionalcomum.mec.gov.br/images/BNCC_EI_EF_110518_versaofinal_site.pdf)  
Acesso em: 10 de maio de 2022.

BRASIL. Ministério da Educação. Secretaria de Educação Básica. **Diretrizes curriculares nacionais para a Educação Infantil**. Brasília: MEC/SEB, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. **Código Penal. Decreto nº 847 de 11 de outubro de 1890**. Código Penal dos Estados Unidos do Brazil, 1890.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. **Políticas Públicas: Reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

CAMPOS, Maria Malta. Educação infantil no Brasil: avanços e desafios. In. CALLOU, Raphael; FERNANDES, José Henrique Paim Fernandes (org.). **Educação infantil em pauta**. Rio de Janeiro. FGV Editora, 2021.

CALLEGARI, Cesar. A judicialização da educação infantil no Brasil. In. Todos Pela Educação (org.). **Reflexões sobre justiça e educação** / — 1. ed. — São Paulo : Moderna, 2017.

CALLOU, Raphael. PAIM, José Henrique. **Educação infantil em pauta**. FGV. 2021.

CARNEIRO, Édison. **A Lei do Ventre-livre**. Afro-Ásia, n. 13, 1980.

COLI, Heloisa; XIMENES, Salomão Barros. **Judicialização da educação infantil: trajetórias e efeitos em um caso pioneiro**. *Jornal de Políticas Educacionais*, V. 15, e80738. Setembro de 2021.

CORRÊA, Luiza Andrade. **A judicialização da política pública de educação infantil no Tribunal de Justiça de São Paulo**. Diss. Universidade de São Paulo, 2014.

COSTA, Joseney Corteiro da; FRANÇA, Maria Rosa Jorge de; MESQUITA, Nikolas Wallace Lima; MESQUITA, Nickole Lima. **A Judicialização do direito da educação básica no município de Rio Branco: Acesso a vaga em creche**. *Pesquisas e atualidades em ciências jurídicas no Brasil*. Editora Strictu Sensu.

COUTINHO, Diogo R. O direito nas políticas públicas. A política pública como campo multidisciplinar, p. 282, 2013. In. MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de. (Eds.). **Política Pública como campo disciplinar**. São Paulo. Ed. Unesp, no prelo, 2013.

CURY, Carlos Roberto Jamil. **Direito à educação: direito à igualdade, direito à diferença**. *Cadernos de Pesquisa* n. 116 junho 2002.

DE AZEVEDO, Maurício Maia. **O Código Mello Mattos e seus reflexos na legislação posterior**. 2007. Disponível em <https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/47787414/D1 - Codigo de Menores e seus reflexos-with-cover-page-v2.pdf?Expires=1652314006&Signature=Co9CMOE9OxrIfT9~yeyRo8sUXs1PmPuWsir3cUbGMAAsJvgzVYdw-SnrdXzXx2FUcHGomtd0BRpBqP5XsUKcrZzJySs2jEaxfv70Krf2ATikYqua4QUCPnC2EdRrMOEUyrA4fae1Dfrpcz8ReNLbbVbCrtpO6-5bg5YXVOfcSsPdctUwRvww0GTNUC~d09IHFBK6gRRVaSUdAQajXkCyKJ8fmIjcAPotgmEgEKQj7nk9q1P7nV8K2vakkpLIAyIIMD2b9T2zPz4crx5gVZk2sXPap1DRkhJkdg5uKr-Ks6BZjdhJ8IjLWpbXFly4MEOuP~ZYvPzxadfw4All8CEUJA &Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA> acessado em 07 de maio de 2022.

DE MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. Editora Atlas, 2018.

LEI DO VENTRE LIVRE. **Lei nº 2040 de 28 de Setembro de 1871**. 1871. Disponível em [https://cpdoc.fgv.br/sites/default/files/movimento\\_negro/raca\\_racismo/Notas\\_LeiVentreLivre.pdf](https://cpdoc.fgv.br/sites/default/files/movimento_negro/raca_racismo/Notas_LeiVentreLivre.pdf) acessado em 08 de maio de 2022.

FEDERAL, Governo. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei federal, v. 8, 1990.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia da autonomia: saberes necessários à prática educativa**. Editora Paz e terra, 2014.

FREIRE, Paulo. **A Educação como prática de liberdade**. Editora Paz e Terra, 1967.

GOTTI, Alessandra; XIMENES, Salomão Barros. Proposta de litígio estrutural para solucionar o déficit de vagas em educação infantil. RANIERI, Nina Beatriz Stocco; ALVES, Angela Limongi Alvarenga (orgs.). **Direito a educação e direitos na educação em perspectiva interdisciplinar** – São Paulo: Cátedra UNESCO de Direito a Educação/Universidade de São Paulo (USP), 2018.

LEAL, Fernanda de Lourdes Almeida; LACERDA, Wanessa Maciel Ferreira. Educação infantil do/no campo: problematizando a oferta a partir de duas pesquisas. In. CALLOU, Raphael; FERNANDES, José Henrique Paim Fernandes (org.). **Educação infantil em pauta**. Rio de Janeiro. FGV Editora, 2021.

OLIVEIRA, Vanessa Elias; SILVA, Mariana Pereira da; MARCHETTI, Vitor. **Judiciário e políticas públicas: o caso das vagas em creche na cidade de São Paulo**. Educ. Soc. Ca, pinas, v. 39, nº 144, p. 652-670, jul-set., 2018.

POLONI, Maria José et al. **Creche: do direito à educação à judicialização da vaga**. 2017.

PROBLEMA social. Intérprete e compositor: Seu Jorge. In: **Ana & Jorge**. Rio de Janeiro. Sony Music. 2005. CD. Faixa 2.

RANIERI, Nina. Educação obrigatória e gratuita no Brasil: um longo caminho, avanços e perspectivas. In. RANIERI, Nina Beatriz Stocco; ALVES, Angela Limongi Alvarenga (orgs.). **Direito a educação e direitos na educação em perspectiva interdisciplinar** – São Paulo: Cátedra UNESCO de Direito a Educação/Universidade de São Paulo (USP), 2018.

RANIERI, Nina Beatriz Stocco Ranieri. Panorama da judicialização do direito à educação no Supremo Tribunal Federal entre 2000 e 2015. In. Todos Pela Educação (org.). **Reflexões sobre justiça e educação** / — 1. ed. — São Paulo : Moderna, 2017.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 410.715. **Revista do Ministério Público**. Rio de Janeiro: MPRJ, n. 32, abr./jun. 2009.

RIZZI, Ester; XIMENES, Salomão. **Litígio estratégico para a mudança de padrão decisório em direitos sociais**: ações coletivas sobre educação infantil em São Paulo. 8º Encontro da ANDHEP. Grupo de Trabalho: Mobilização jurídica e direitos humanos: pode o direito ser emancipatório? São Paulo, 2014.

ROSSI, Danilo Valdir Vieira. Do ativismo judicial na formação de políticas públicas: a falta de vagas em creches. RANIERI, Nina Beatriz Stocco; ALVES, Angela Limongi Alvarenga (orgs.). **Direito a educação e direitos na educação em perspectiva interdisciplinar** – São Paulo: Cátedra UNESCO de Direito a Educação/Universidade de São Paulo (USP), 2018.

TAVARES, André Ramos. **Direito fundamental à educação. Direitos sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 771-788, 2008.

TOFFOLI, José Antonio Dias Toffoli. Prefácio. Fomentar o debate sobre o fenômeno da judicialização da Educação no Brasil. In. Todos Pela Educação (org.). **Reflexões sobre justiça e educação** / — 1. ed. — São Paulo : Moderna, 2017.

VEIGA, Maicon Guiland. O direito à Educação: o princípio da igualdade e a afetividade das ações afirmativas. **Revista Educação Pública**, v. 19, nº4, 19 fev. 2019.

VICTOR, Rodrigo Albuquerque de. **Judicialização de Políticas Públicas para a educação infantil**. Editora Saraiva. 2012.

WESTIN, Ricardo. Fazendeiros tentaram impedir a aprovação da Lei do Ventre Livre. **Arquivo S. Site do Senado Federal**. 2021.