

## **SOBRE A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO INFANTIL: ANÁLISE DO PRECEDENTE RE 639.337/SP**

*ON THE CONCRETIZATION OF THE FUNDAMENTAL RIGHT TO BASIC EDUCATION:  
ANALYSIS OF PRECEDENT RE 639.337/SP*

Elmer da Silva Marques<sup>1</sup>

Submissão em 06/05/2021

Aceite em 25/07/2024

### **RESUMO**

O presente estudo tem como objetivo fazer uma análise crítica do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo n.º 639.337/SP/STF, que decidiu pela obrigatoriedade da oferta de vagas em creches e pré-escolas para crianças de zero a cinco anos de idade. Para tanto, buscou compreender os efeitos da decisão na economia estatal e na salvaguarda da democracia nacional, bem como suas nuances enquanto decisão, como a possibilidade da prática de ativismo judicial e de correta ponderação entre a cláusula da reserva do possível e o mínimo existencial característico do direito à educação. Ainda, busca-se analisar acerca da compatibilidade da multa cominatória e sua aplicabilidade à pessoa jurídica de direito público e possíveis alternativas às astreintes, como o bloqueio de bens, reversão da multa para entidades sociais e multa ao agente responsável pelo cumprimento da medida. Ao final, este estudo trata de compreender a relação entre o binômio democracia-educação, notadamente a relação de um estado democrático com o ensino fundamental primário e os possíveis efeitos da decisão nesta questão.

**Palavras-chave:** Direito fundamental; direito à educação; precedente judicial.

### **ABSTRACT**

The present study aims to conduct a critical analysis of the Appeal n.º 639.337/SP/STF, which decided on the mandatory offer of vacancies in daycare centers for children from zero to five years old. To this end, it sought to understand the effects of the decision on the state economy and the safeguarding of national democracy, as well as its nuances as a decision on itself, such as the possibility of maybe be practicing judicial activism and the correct balance between the “possibility” clause and the characteristic existential minimum of the right of education. Furthermore, it seeks to analyze about the compatibility of the comminatory and as its applicability to public entities and possible alternatives to the daily fines, such as the judicial blocking of financial reserves, bestowal of the fine for social entities and a fine for the agent responsible for complying with the judicial decision. In the last chapter, this study tries to understand the relationship between democracy and education, notably the relationship between a democratic state and primary elementary education and the possible effects of the decision on this issue.

**Keywords:** Fundamental right; right to education; judicial precedent.

### **INTRODUÇÃO**

Com os dizeres “[...] não restam dúvidas de que o presente e o futuro da infância já são uma questão de justiça”<sup>2</sup>, Emílio García-Méndez finaliza seu artigo intitulado “Infancia, ley y democracia: una cuestión de justicia”. Ao contrário de Méndez, com estes dizeres iniciamos o

---

<sup>1</sup> Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Mestre em Direito pela Universidade Estadual de Londrina. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Maringá. Professor-adjunto da Graduação em Direito da Universidade Estadual do Oeste do Paraná - *campus* de Francisco Beltrão.

<sup>2</sup>“*El enfoque esquizofrénico de la compasión-represión perdura, todavía hoy, en muchas cabezas y en algunas pocas leyes; de lo que no cabe duda, en cambio, es de que el presente y el futuro de la infancia ya son una cuestión de justicia*” (GARCÍA MÉNDEZ, 2006, p. 117). Tradução livre: A abordagem esquizofrênica da compaixão-repressão permanece, ainda hoje, em muitas cabeças e em algumas leis; assim, não restam dúvidas de que o presente e o futuro da infância já são uma questão de justiça.

presente estudo, que busca fazer uma análise compreensivo-crítica do precedente firmado no Recurso Extraordinário n.º 639.337/SP pelo Supremo Tribunal Federal (STF),<sup>3</sup> que decidiu pela obrigatoriedade da oferta de vagas em creches e pré-escolas municipais para crianças de até cinco anos de idade. Metodologicamente, utiliza-se do modelo descritivo-crítico, pretendendo-se compreender criticamente o precedente firmado por meio de extração de sua *ratio decidendi* compreendida com o auxílio de pesquisa bibliográfica referente ao direito à educação, sua relação com o desenvolvimento econômico do Estado e, ao final, o binômio educação-democracia; notadamente, nestes pontos, a análise se restringe à educação infantil.

Inicialmente, vale compreender, brevemente, uma parte da historicidade normativa da infância na América Latina e, principalmente, no Brasil: com a aprovação da Convenção sobre os Direitos da Criança vigente desde 1990 (ONU, 1990), os Estados-partes comprometeram-se em assegurar a proteção universal das crianças<sup>4</sup>, principalmente de protegê-las de discriminações<sup>5</sup>, e, ainda, comprometeram-se em lhes assegurar quaisquer assistências necessárias para o seu desenvolvimento com dignidade. Na Convenção, é previsto, dentre outras coisas, o direito à vida, à proteção contra a pena capital, de ter uma nacionalidade, a proteção de seus interesses, um nível adequado de vida, a proteção contra o abuso e exploração sexual e, notoriamente, o direito à saúde e à educação (ALVES, 2011, p. 60-61).

A Convenção sobre os Direitos da Criança foi apresentada somente em 1979; a demora para sua aprovação, em 1989, explica-se pela diferença de tradições, concepções, cultura e condições socioeconômicas que os Estados-parte possuem em relação à infância, variando, também, na delimitação da faixa etária da infância, da adoção e do papel da criança na sociedade. Contudo, ao final, prevaleceu o princípio da proteção integral à infância – princípio este que influenciou e norteou o Estatuto da Criança e do Adolescente do Brasil, descrito pelo Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF) como Estatuto modelar (ALVES, 2011, p. 60-61).

---

<sup>3</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 639.337. Ministro Relator Celso de Mello, julgado em 23 ago. 2011.

<sup>4</sup> “Os Estados Partes respeitarão os direitos enunciados na presente Convenção e assegurarão sua aplicação a cada criança sujeita à sua jurisdição, sem distinção alguma, independentemente de raça, cor, sexo, idioma, crença, opinião política ou de outra índole, origem nacional, étnica ou social, posição econômica, deficiências físicas, nascimento ou qualquer outra condição da criança, de seus pais ou de seus representantes legais” (ONU, 1990, Artigo 2, Item 1).

<sup>5</sup> “Os Estados Partes tomarão todas as medidas apropriadas para assegurar a proteção da criança contra toda forma de discriminação ou castigo por causa da condição, das atividades, das opiniões manifestadas ou das crenças de seus pais, representantes legais ou familiares” (ONU, 1990, Artigo 2, Item 2).

A Convenção dos Direitos da Criança veio inaugurar a fase da proteção integral da criança e do adolescente, em substituição à fase do menorismo marcada pela perspectiva da doutrina da situação irregular. As reformas que se promoviam anteriormente a 1990 constituíam-se em alterações que se enquadravam na moldura ideológico-normativa do menorismo, que se constituía em horizonte de possibilidade das inovações adotadas à época.

Este (não) direito da criança e do adolescente, como coloca García, fundava-se no uso da compaixão-repressão às crianças e adolescentes (GARCÍA MÉNDEZ, 2006, p. 110), um direito aplicado para a “violação e restrição dos direitos humanos”, que era norteado por um imaginário de infância irreal (CUSTÓDIO, 2008, p. 24-25). O que se observa a partir daí são apenas “variações sobre o mesmo tema, para decidi-lo de uma forma um pouco mais elegante”<sup>6</sup> e uma inércia jurídica que se estenderá até 1990, com o início da vigência da Convenção sobre os Direitos da Criança.

Contudo, a vigência da Convenção trouxe um estranho problema jurídico à América Latina: a coexistência de duas concepções diferentes do conceito de infância: uma era a doutrina menorista, embasada no reducionismo “adultocentrista” (CUSTÓDIO, 2008, p. 25) e a outra, da proteção integral à infância. Esta coexistência de visões trará, como se verá mais a frente, à existência um novo menorismo, chamado neomenorismo.

Destarte, não é possível olvidar-se dos profundos impactos que a Convenção produziu no Brasil, sendo um deles, já mencionado, a elaboração e aprovação da Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Outra mudança promovida no Brasil pelo ECA é a conjunção da infância, da lei e da democracia; uma mudança importantíssima, pois implica numa “reavaliação crítica do sentido e da natureza do vínculo entre a condição jurídica e a condição material da infância”<sup>7</sup>, que culminará nas várias decisões regidas pelo princípio da proteção integral da criança proferidas pelos tribunais brasileiros.

É neste contexto que se insere o precedente firmado no RE n.º 639.337/SP: fruto da doutrina da proteção integral adotada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente que, por sua

---

<sup>6</sup> “Cumplida la primera etapa del proceso de reformas, desde 1940 a 1990, los pocos cambios jurídicos ocurridos han sido invariablemente intrascendentes: variaciones sobre un mismo tema para decirlo en una forma un poco más elegante” (GARCÍA MÉNDEZ, 2006, p. 110). Tradução livre: “Concluída a primeira etapa do processo de reforma, de 1940 a 1990, as poucas mudanças jurídicas ocorridas foram invariavelmente irrelevantes: variações sobre o mesmo tema, para decidi-lo de uma forma um pouco mais elegante”.

<sup>7</sup> “La nueva relación infancia-ley, implica una profunda revaloración crítica del sentido y la naturaleza del vínculo entre la condición jurídica y la condición material de la infancia” (GARCÍA MÉNDEZ, 2006, p. 110). Tradução nossa: A nova relação infância-lei implica numa profunda reavaliação crítica do sentido e da natureza do vínculo entre a condição jurídica e a condição material da infância.

vez, decorre da Convenção sobre os Direitos da Criança adotada pela ONU e da qual o Brasil é signatário.

O precedente é firmado em contexto de ação civil pública movida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo visando a compelir o Município de São Paulo a aumentar a oferta de vagas em creche e pré-escolas para crianças até cinco anos de idade.

Da análise do precedente em estudo, percebe-se a preocupação do Ministro Relator em três tópicos principais: o primeiro é sobre a obrigatoriedade do estado em ofertar educação às crianças, em especial a educação infantil (creches e pré-escolas); o segundo trata de analisar a estrita relação do Direito com a situação orçamentária do Estado, a aplicação da reserva do possível no caso de concretização de direitos sociais e a garantia de não retrocesso social; o terceiro ponto principal trata da possibilidade de interferência judicial visando à concretização da garantia do acesso à educação às crianças.

## **1. MOLDURA NORMATIVA DA EDUCAÇÃO INFANTIL NO BRASIL**

Todos os brasileiros possuem o direito constitucional de acesso à educação. O Estado e a família – em colaboração com a sociedade - possuem o dever solidário de educar sua população e os membros de sua família. A educação tem por objetivos viabilizar o pleno desenvolvimento da pessoa, prepará-la para o exercício da cidadania e qualificá-la para o trabalho (CF, art. 205, *caput*).

Dentro do corte metodológico do presente estudo, interessa-nos a educação infantil, aquela concedida às crianças até os 5 (cinco) anos de idade. É dever do Estado – estabelecido constitucionalmente de forma expressa – fornecer educação infantil gratuita para todas as crianças até os 5 (cinco) anos de idade (CF, art. 208, II). A responsabilidade pela oferta, pela gestão administrativa e financeira da educação infantil é dos Municípios (CF, art. 211, § 2º), razão pela qual as ações coletivas ou individuais cujo mérito recaia sobre a oferta de vagas na educação infantil possuem seu polo passivo ocupado por municípios.

A educação infantil é ministrada nas creches e nas pré-escolas, ambas sob responsabilidade de oferta e gestão dos municípios (Lei nº 9.394/1996, art. 11, V).<sup>8</sup> Juntamente

---

<sup>8</sup> “Desde as primeiras creches, financiadas pelo setor privado e destinadas à infância pobre; e os primeiros jardins de infância públicos, destinados a uma pequena elite, muita coisa mudou. a pressão das famílias e, especialmente, do movimento feminista, as sucessivas tentativas de aplacar os “riscos” representados por contingentes cada vez maiores de grupos empobrecidos da população e, mais recentemente, a ampliação das pesquisas sobre a educação infantil foram, todos, determinantes para que houvesse, ao longo da história, mudanças significativas nessa área. assim, a CF/88 reconheceu a educação infantil como dever do estado e como direito de todas as crianças até 6 anos de idade (agora 5 anos). vimos, ainda, o reconhecimento dessa etapa como parte de nossa educação básica, sujeita,

com o ensino fundamental e com o ensino médio, a educação infantil compõe a primeira etapa da chamada educação básica (Lei nº 9.394/1996, art. 21, I),<sup>9</sup> e 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” (Lei nº 9.394/1996, art. 29).<sup>10</sup>

A educação infantil abrange: a) creches para crianças até os 3 (três) anos de idade; b) pré-escolas, para as crianças de 4 (quatro) a 5 (cinco) anos de idade (Lei nº 9.394/1996, art. 30).

A educação – infantil ou não – constitucionalmente se enquadra na categoria dos direitos de segunda dimensão, direitos sociais que impõem ao Estado um dever de prestação positiva, é reconhecida como um direito fundamental da criança,<sup>11</sup> razão pela qual não poderá ser excluída do texto constitucional (CF, art. 60, § 4º, III). Esse reconhecimento da educação infantil como direito fundamental pelo precedente firmado no RE 639.337/SP vem ao encontro do entendimento de que nem todos os direitos fundamentais estariam previstos no Título II da Constituição Federal, podendo ser encontrados de forma esparsa no texto constitucional.

Em linhas gerais, essa é a moldura jurídica da educação infantil no Brasil. Somem-se àquela moldura as importantes decisões – tomadas em sede de *ratiodecidenti* – proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no precedente firmado no RE 639.337/SP, no qual a Suprema Corte confirmou decisões das instâncias inferiores no sentido de determinar à capital bandeirante a matrícula de crianças em unidades de ensino infantil – creches e pré-escola – próximas de sua residência ou do endereço de trabalho de seus responsáveis legais (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, RE 639.337/SP, p. 130).

---

portanto, às normas nacionais que apontavam para o estabelecimento de padrões mínimos de qualidade” (CORREA, 2011, p. 21).

<sup>9</sup> “Resulta daí que a educação infantil é a raiz da educação básica, o ensino fundamental é o seu tronco e o ensino médio é seu acabamento. É dessa visão holística de “base”, “básica”, que se pode ter uma visão conseqüente das partes. A educação básica torna-se, dentro do artigo 4º da LDB, um direito do cidadão à educação e um dever do Estado de atendê-lo mediante oferta qualificada” (CURY, 2008, p. 295).

<sup>10</sup> “Após a alteração na lei maior da educação brasileira (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional), o termo educação infantil e sua visão foram incluídos como primeira etapa da educação básica. É certo que a Constituição de 1988 já garantia o direito de crianças de zero a seis anos à educação em creches e pré-escolas, sendo reiterado no Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990. No entanto, a inclusão deste direito em diretrizes e normas, na esfera da educação nacional, simboliza uma alteração histórica para a educação infantil no País” (SOUZA, ARAÚJO, SILVA, 2017, p. 154).

<sup>11</sup> “A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. [...] 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 até 5 (cinco) anos de idade’ (CF, art. 208, IV, na redação dada pela EC nº 53/2006)” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, RE 639.337/SP, p. 126;166).

Interessa-nos, entretanto, para fins deste tudo, as importantes decisões proferidas pela Corte na fundamentação de seu precedente, identificando a *ratio decidendi* que se espera, em um sistema que preza pela determinação legal de que os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente (BRASIL, Código de Processo Civil, art. 926, *caput*), lance seus devidos efeitos jurídicos para outros casos que versem sobre a concretização dos direitos fundamentais.

Para melhor compreensão do direito de acesso à educação infantil enquanto direito fundamental, é de mister importância trazer a conceituação de Luigi Ferrajoli sobre direitos fundamentais, que os define como todos os direitos subjetivos atribuídos aos seres humanos enquanto possuidores da condição de pessoas, de cidadãos ou aqueles com condição de trabalhar (FERRAJOLI, 2014, p. 19). Entendendo, prossegue Ferrajoli, como direitos subjetivos “qualquer expectativa positiva (de prestação), ou negativa (de não sofrer lesões), atribuída a um sujeito por uma norma jurídica” e por *status*, a “condição de um sujeito, igualmente, prevista por uma norma jurídica”, sendo um “pressuposto de sua idoneidade para ser titular de situações jurídicas e/ou autor dos atos criados por elas”.<sup>12</sup> Quanto ao entendimento da parte “fundamentais” dos direitos fundamentais, vale a conceituação de José Afonso da Silva, que os define como aqueles que, sem os quais, “a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive” (SILVA, 2005, p. 178).

Além dos direitos fundamentais, escritos e assegurados por uma Constituição, há os direitos sociais que, num ordenamento jurídico de direito constitucional positivo, traduzem-se, também, em direitos fundamentais, independentemente de serem escritos expressa ou implicitamente na carta constitucional ou leis esparsas, pois possuem fundamentalidade formal e material (possuem relevância e essencialidade), tal qual os direitos fundamentais (SARLET; FIGUEIREDO, 2007, p. 177-178). Ademais, equiparam-se os direitos sociais aos fundamentais

---

<sup>12</sup> “Son ‘derechos fundamentales’ todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a ‘todos’ los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por ‘derecho subjetivo’ cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por ‘status’ la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas” (FERRAJOLI, 2014, p. 19). Tradução livre: “Direitos fundamentais são todos os direitos subjetivos que correspondem universalmente a todos os seres humanos, na medida em que são dotados de condição de pessoa, cidadão ou pessoa com capacidade de trabalhar; compreendo por direito subjetivo qualquer expectativa positiva (de prestação), ou negativa (de não sofrer lesões), atribuída a um sujeito por uma norma jurídica; e por status a condição de um sujeito, igualmente, prevista por uma norma jurídica, como pressuposto de sua idoneidade para ser titular de situações jurídicas e/ou autor dos atos criados por elas”.

todos aqueles que foram positivados no âmbito internacional e reconhecidos pelo país via tratados (SARLET; FIGUEIREDO, 2007, p. 178).<sup>13</sup>

Ainda, como previamente colocado, os direitos fundamentais (abarcando, portanto, os direitos sociais) não são necessariamente universais. Ferrajoli, a exemplo, impõe algumas limitações como a condição de ser trabalhador, referente aos direitos fundamentais trabalhistas (FERRAJOLI, 2014, p. 19). Contudo, em relação aos direitos fundamentais da criança, o Estatuto da Criança e do Adolescente declara, em seu art. 3º, parágrafo único<sup>14</sup>, o caráter universal dos direitos fundamentais, aplicando-os a todas as crianças, não sendo possível, portanto, limitação da universalidade dos direitos fundamentais quando se refere à sua aplicação às crianças.

Outrossim, o texto constituinte estabelece, no *caput* do art. 227<sup>15</sup>, os direitos fundamentais inerentes à condição da criança e do adolescente, como sendo dever da família, da sociedade e, grifa-se, do Estado em assegurá-los às crianças - aqui, merece posição de destaque o direito fundamental à educação, que, como se verá adiante, antecede e constrói a base de outros direitos fundamentais elencados pelo artigo, a saber: o direito à alimentação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência comunitária.<sup>16</sup>

Vimos anteriormente que o precedente firmado no RE 639.337/SP considerou o acesso à educação infantil (creches e pré-escolas) como sendo um direito social de segunda dimensão fundamental da criança, não podendo, portanto, ser afastado em virtude de avaliações

---

<sup>13</sup>Confira-se, entretanto, advertência de Virgílio Afonso da Silva: “[...] a concepção segundo a qual os direitos fundamentais a prestações positivas do Estado, especialmente os direitos fundamentais sociais, conferem direitos subjetivos a seus titulares ainda não goza da mesma aceitação que os direitos subjetivos têm no âmbito das liberdades públicas” (SILVA, 2011, p. 77, nota de rodapé n. 44).

<sup>14</sup>ECA, art. 3. “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” (BRASIL, Estatuto da Criança e do Adolescente, 1990, *online*).

<sup>15</sup>CF, 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, Constituição Federal, 1988, *online*).

<sup>16</sup>“A Constituição pretendeu reafirmar a proposição de que os direitos fundamentais são titularizados por todos, incluindo os menores, com o propósito deliberado de deferir-lhes o princípio da prioridade de tratamento” (TAVARES, 2020, p. 278).

discricionárias pelo gestor público (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, RE 639.337/SP, p. 126).

Esse posicionamento vai ao encontro com a posição de Emílio Garcia Méndez, no sentido de que, para ele, “nenhum direito é capaz de refletir a realidade tão bem quanto os direitos especiais, que, paradoxalmente, partem do reconhecimento da impossibilidade de universalizar na prática as políticas sociais básicas (saúde e educação para todos)”<sup>17</sup>.

Não obstante, o direito à educação é assegurado pela Convenção sobre os Direitos das Crianças, promulgada no Brasil pelo Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. Aqui, é especial a análise do Artigo 28 (BRASIL, Decreto nº 99.710, Art. 28):

<b>Convenção sobre os Direitos das Crianças</b>	
Art. 28, 1	Os Estados Partes reconhecem o direito da criança à educação e, a fim de que ela possa exercer progressivamente e em igualdade de condições esse direito, deverão especialmente:
Art. 28, 1, a	Tornar o ensino primário obrigatório e disponível gratuitamente para todos;
Art. 28, 1, b	Estimular o desenvolvimento do ensino secundário em suas diferentes formas, inclusive o ensino geral e profissionalizante, tornando-o disponível e acessível a todas as crianças, e adotar medidas apropriadas tais como a implantação do ensino gratuito e a concessão de assistência financeira em caso de necessidade;
Art. 28, 1, c	Tornar o ensino superior acessível a todos com base na capacidade e por todos os meios adequados;
Art. 28, 1, d	Tornar a informação e a orientação educacionais e profissionais disponíveis e <del>acessíveis</del> a todas as crianças;
Art. 28, 1, e	Adotar medidas para estimular a frequência regular às escolas e a redução do índice de evasão escolar.

Importante notar que, nos termos dos dispositivos acima citados da Convenção sobre os Direitos da Criança, o ensino primário (que no Brasil corresponde à educação básica) deve ser obrigatório, universal e de oferta gratuita. Neste ponto, o acórdão objeto deste estudo cumpre

<sup>17</sup> “Ningún derecho “refleja mejor la realidad” que aquellos “derechos especiales” que parten, paradójicamente, del reconocimiento de la imposibilidad de universalizar en la práctica las políticas sociales básicas (salud y educación para todos)” (GARCÍA MÉNDEZ, 2006, p. 111). Tradução livre: "Nenhum direito "reflete melhor a realidade" do que aqueles "direitos especiais" que partem, paradoxalmente, do reconhecimento da impossibilidade de universalizar na prática as políticas sociais básicas (saúde e educação para todos)".

com eficácia o referido item, ao ponto de o Ministro Relator declarar que a primeira etapa do processo de educação básica é o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (BRASIL, ARE 639337 AGR, 2011, p. 2).<sup>18</sup>

Assim, o acórdão em análise representa parte de uma saída da atuação passiva do sistema jurídico na aplicação e manutenção dos direitos fundamentais às crianças e caminha em direção à atuação ativa, quebrando com as “variações sobre o mesmo tema” vistas na América Latina durante o período de 1940 a 1990, que serviam apenas “para decidi-lo de uma forma um pouco mais elegante” (GARCÍA MÉNDEZ, 2006, p. 110).

Ainda como demonstração de acerto da decisão do acórdão, pontua-se que, em 2010, a universalidade da educação entre os 6 e 14 anos, que foi atingida em 1990, não alcançou a pré-escola (objeto da decisão do acórdão em análise) e ao ensino médio, possuindo um percentual de alcance de aproximadamente 77% e 84%, respectivamente (CARVALHO, 2020, p. 240). Em 2019, a taxa de escolarização dos 4 aos 5 anos atingiu 92,9%, dos 6 aos 14 anos chegou a 99,7% (IBGE, 2020, p. 4). Entretanto, apontam-se desigualdades regionais, uma vez que na região Norte do Brasil a taxa de escolarização entre os 4 e 5 anos atingiu, em 2019, apenas 86,6% das crianças e na região Centro-Oeste, 87,3% (IBGE, 2020, p. 5). Porém, é certo que não é possível apontar a decisão do Supremo Tribunal Federal, sozinha, como o único fator motor desse significativo aumento, mas certamente contribuiu, principalmente como precedente para futuras decisões, além de analisar, em seu texto, o argumento da escassez orçamentária na garantia do direito fundamental à educação, como se verá a seguir.

## 2. EDUCAÇÃO E ORÇAMENTO PÚBLICO

A segunda questão de destaque do precedente firmado no RE 639.337/SP diz respeito às possibilidades orçamentárias do Estado, i. e., à disponibilidade financeira para custear a concretização do direito de acesso à educação infantil. Trata-se do extensamente debatido confronto entre a reserva do possível e o mínimo existencial.

Quanto a esta questão, pode-se identificar a seguinte *ratiodecidenti*, extraída da fundamentação do acórdão em estudo e compreendida à luz do contexto fático sobre o qual o precedente foi firmado: a educação infantil, enquanto direito fundamental da criança, é

---

<sup>18</sup> “A educação escolar, pois, é erigida em bem público, de caráter próprio, por ser ela em si cidadã. E por implicar a cidadania no seu exercício consciente, por qualificar para o mundo do trabalho, por ser gratuita e obrigatória no ensino fundamental, por ser gratuita e progressivamente obrigatória no ensino médio, por ser também a educação infantil um direito, a educação básica é dever do Estado. E como se trata de um direito juridicamente protegido, em especial como direito público subjetivo no âmbito do ensino fundamental, é preciso que ele seja garantido e cercado de todas as condições” (CURY, 2008, p. 296).

constitutiva do mínimo existencial e, portanto, não pode deixar de ser concretizada sob alegação de falta de recursos orçamentários do Estado (reserva do possível), e não está sujeita à liberdade discricionária do gestor público.<sup>19</sup>

Acerca da possibilidade de efetivação dos direitos sociais, alguns elementos podem vir a ser adversidades ou até mesmo impedir que a administração pública os efetive. Nessa lógica, é construída a tese da reserva do possível, originária da Alemanha, e que coloca a efetividade dos direitos fundamentais com prestações materiais sob a égide da capacidade financeira do Estado e de sua capacidade jurídica (SARLET; FIGUEIREDO, 2007, p. 188-199).

Contudo, esta tese deve ser objeto de uma análise ampla, pois não é configurada apenas pela capacidade financeira dos cofres públicos ou pela capacidade jurídica do Estado (SARLET; FIGUEIREDO, 2007, p. 188). Nesse sentido, pode-se incluir, a exemplo, a ideia de que ao Estado não é possível impor a “prestação de assistência social a alguém que efetivamente não faça jus ao benefício, por dispor, ele próprio, de recursos suficientes para seu sustento” (SARLET; FIGUEIREDO, 2007, p. 188-199) - contudo, essa lógica não é passível de aplicação ao direito à educação infantil, como analisado anteriormente, por se tratar de direito universal de todas as crianças.

Sob a égide da análise econômica da reserva do possível, cumpre observar que em seu voto, o Ministro Relator do precedente firmado no RE 639.337/SP não olvida de analisar a questão orçamentária de tal decisão, comentando que não se deve ignorar que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais está vinculada às condições financeiras do Estado, não podendo, pois, exigir o cumprimento de matéria financeiramente impossível (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, RE 639337/SP, 2011, p. 149).

Contudo, ainda em seu voto, o Ministro Relator reconhece a situação de conflito entre os recursos orçamentários e o dever de realização dos direitos fundamentais, argumenta que o encargo de superar essa situação de conflito pelo Poder Público deve acontecer por meio de “escolhas trágicas”, isto é, “superá-los mediante opções por determinados valores, em detrimento de outros igualmente relevantes” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, RE 639337/SP, 2011, p. 151). Ainda nesse sentido, o Ministro Relator aponta que “embora invocável como parâmetro a ser observado pela decisão judicial, a cláusula da reserva do possível encontrará, sempre, insuperável limitação na exigência constitucional de preservação

---

<sup>19</sup> “[...] a cláusula da reserva do possível encontrará, sempre, insuperável limitação na exigência constitucional de preservação do mínimo existencial [...] a educação infantil [...] tem por fundamento regra constitucional cuja densidade normativa não permite que, em torno da efetiva realização de tal comando, o Poder Público, especialmente o Município (CF, art. 211, § 2º), disponha de um amplo espaço de discricionariedade que lhe enseje maior grau de liberdade de conformação [...]” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, RE 639.337/SP, p. 154;158).

do mínimo existencial” e, prossegue, “representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, RE 639337/SP, 2011, p. 154).

Também como contraponto ao argumento de escassez orçamentária, coloca-se que o retorno financeiro dos investimentos em educação, principalmente a “educação primária”<sup>20</sup>, configura-se como um retorno de longo prazo, isto é, qualquer investimento realizado em educação pode levar décadas até apontar retorno econômico ao Estado; por exemplo, o investimento em educação primária pode levar a uma diminuição significativa do índice de natalidade que, por consequência, pode aumentar o investimento por aluno – ou mantê-lo estagnado -, considerando haver diminuição da quantidade de alunos no ensino primário. Ainda sobre a diminuição da taxa de natalidade ocasionada pelos investimentos em educação primária e sua universalidade, ocorre, por causalidade, um expressivo aumento da renda *per capita* da população. Também, na década seguinte a um investimento na “educação primária”, ocorre um acréscimo dos investimentos em capital físico<sup>21</sup> (KELLER, 2006, p. 28).

Decorre do investimento em educação, ainda, aumento dos direitos políticos, principalmente quando abrange uma maior quantidade de pessoas. Não apenas os direitos políticos, visto que também são afetados, mesmo que indiretamente, no sentido de melhoria, outros fatores de desenvolvimento que afetam a renda *per capita*, como por exemplo: aumento de produtividade, maior facilidade da população no uso de novas tecnologias e diminuição da desigualdade de renda (KELLER, 2006, p. 18/28 e 30-32).<sup>22</sup>

Contudo, não é possível analisar com maior precisão a forma como esses efeitos indiretos do investimento em educação podem gerar retorno ao Estado, uma vez que, enquanto o capital humano faz parte da teoria econômica já consagrada, as dimensões exatas e formas de gastar com educação carecem de pesquisas profundas (KELLER, 2006, p. 30). Entretanto, é certo dizer que os países que investem em educação, principalmente a primária, possuem um

---

<sup>20</sup> O termo utilizado pela autora é *primaryeducation*, em referência à divisão de sistema educacional em ensino primário, secundário e superior. Assim, em respeito à metodologia adotada pela autora, optou-se por traduzir o termo como “educação primária”.

<sup>21</sup> *Physical capital, in economics, a factor of production. It is one of three primary building blocks (along with land and labour) that, in combination, can be used to produce goods and services.* (LEWIS, Paul C., **Physical capital**, EncyclopædiaBritannica, out. 2019. Disponível em: <https://www.britannica.com/topic/physical-capital>) Tradução livre: Capital físico, em economia, um fator de produção. É um dos três pilares primários (junto da terra e do trabalho) que, em combinação, podem ser usados para produzir bens e serviços.

<sup>22</sup> “A educação infantil precisa estar articulada às famílias e à comunidade. As ações precisam ser complementares, buscando o diálogo e a parceria entre elas. Há, no entanto, uma função característica das instituições de educação infantil no que diz respeito a acrescentar experiências, aumentar os conhecimentos do educando, o seu envolvimento com o ser humano, pela convivência e integração social” (SOUZA, ARAÚJO, SILVA, 2017, p. 155).

rápido crescimento econômico – e na escassez de recursos financeiros para custear esses investimentos, o direcionamento para a “educação primária”, ao invés do ensino médio, é a melhor medida (KELLER, 2006, p. 30).

Ademais, quanto menos recursos financeiros o Estado dispor, maior deve ser a “deliberação responsável a respeito de sua destinação, o que nos remete diretamente à necessidade de buscarmos o aprimoramento dos mecanismos de gestão democrática do orçamento público” (SARLET; FIGUEIREDO, 2007, p. 190).

Outro ponto a se observar quanto à decisão em relação à efetivação dos direitos humanos e a capacidade econômica do Estado, é que acompanha a linha de pensamento internacional que se instaurou no cenário mundial após o período da Guerra Fria de que “a ausência de níveis satisfatórios de desenvolvimento econômico-social não é mais aceita como escusa para a inobservância dos direitos” – colocando, dessa forma, a universalidade dos direitos humanos “acima de quaisquer particularismos” (ALVES, 2011, p. 45).

Assim, apresenta-se não apenas constitucionalmente adequada a decisão proferida pela Suprema Corte, mas capaz de afetar positivamente o crescimento econômico do país e a eficiência na alocação dos recursos dos cofres públicos. Contudo, passadas as discussões acerca do direito à educação e sua relação com as economias do Estado, ainda há de se discutir se a decisão do STF se manteve dentro de sua competência constitucional analisada sob a perspectiva da independência dos Poderes.

### **3. DA COMPETÊNCIA JURISDICIONAL PARA INTERFERÊNCIA NAS QUESTÕES DE INFÂNCIA**

Terceira questão de importância fundamental para a compreensão do ambiente constitucional brasileiro diz respeito à possibilidade de o Poder Judiciário interferir na formulação e implementação de políticas públicas, atividades tipicamente de competência do Poder Executivo e do Poder Legislativo. Em regra, a partir da perspectiva da separação e independência dos Poderes, essa interferência não é possível. Entretanto, em caráter excepcional, o Poder Judiciário pode determinar alterações na condução de políticas públicas comandadas pelos demais Poderes. É essa possibilidade que se configura a terceira *ratio decidendi* que se pode extrair do precedente em análise neste estudo: a intervenção do Poder Judiciário na formulação e execução de políticas públicas é admissível, em caráter excepcional, quando os Poderes Executivo e Legislativo se omitem ou retardam,

excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos por expressa determinação da Constituição Federal.

É notório que nas últimas décadas o Supremo Tribunal Federal vem desempenhando uma função de agente ativo nas instituições brasileiras, destacando-se como protagonista em diversas situações, seja na implementação de políticas públicas, seja no questionamento de escolhas morais ou mesmo ao tomar decisões meramente políticas, representando um “avanço da justiça constitucional sobre o espaço da política majoritária” (BARROSO, 2009, p. 18). A isto, chama-se ativismo judicial.

Assim, em análise do precedente em estudo poder-se-ia afirmar que ele não configura ativismo judicial por parte do Supremo Tribunal Federal, pois, ainda que o conceito básico de ativismo judicial esteja associado à ampla e intensa participação do Judiciário na “concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes” (BARROSO, 2009, p. 22), no precedente em estudo é inexistente uma das características que configuram o ativismo judicial, a saber, a aplicação direta da Constituição em situação não contemplada de forma expressa em seu texto.<sup>23</sup> Nesse sentido, está expresso no texto constitucional a obrigatoriedade de oferta de educação infantil às crianças de até 5 (cinco) anos. Trata-se de direito a ser concretizado por meio de políticas públicas que se encontram expressamente positivadas no texto constitucional. Não se trata, assim, de ativismo judicial, de intervenção do Judiciário a fim de determinar a execução de política pública não prevista direta e expressamente no texto constitucional.<sup>24</sup>

---

<sup>23</sup>“A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas” (BARROSO, 2009, p. 22).

<sup>24</sup> Esta possibilidade fundamenta-se na concepção dos direitos fundamentais como normas jurídicas, e não mera declaração de princípios, como adverte Virgílio Afonso da Silva: “Um grande avanço na teoria geral dos direitos fundamentais no pós-guerra foi, sem dúvida alguma, a consolidação definitiva da ideia segundo a qual as declarações de direitos fundamentais não são meras ‘declarações de princípios’, mas contêm verdadeiras normas jurídicas que, pelo menos no que tange às liberdades públicas, conferem direitos subjetivos aos indivíduos”. (SILVA, 2011, p. 76-77) Eduardo Cambi aponta o que ele chama de desneutralização política do Judiciário, decorrente do advento do Estado Social que gerou uma explosão de litigiosidade, de tal forma que “o desempenho judiciário passou a ter maior relevância social e suas decisões se tornaram objeto de controvérsias públicas e políticas. O Poder Judiciário está constitucionalmente vinculado à efetivação dos direitos fundamentais e, por isso, à política estatal” (CAMBI, 2009, p. 194). Em seguida, Cambi esclarece: Ademais, não cabe ao Judiciário criar as políticas públicas necessárias para efetivação dos direitos fundamentais culturais, econômicos e sociais, mas apenas de conformá-las, modelá-las aos direitos e princípios consagrados na Constituição. Desta forma, o juiz não realiza atividade política *stricto sensu*, i. e., não decide com base em fundamentos de política partidária, mas julga com base em fundamentos de políticas constitucionais, pautadas por valores, princípios e regras contidas no ordenamento jurídico (CAMBI, 2009, p. 269-271).

Percebe-se preocupação do Ministro Relator de que a decisão proferida não se configure em ativismo judicial, ao passo que ele relata ser inquestionável a prerrogativa dos Poderes Legislativo e Executivo na matéria de execução e formulação das políticas públicas. Contudo, prossegue, é possível ao Poder Judiciário determinar a implementação das políticas públicas, especialmente quando previstas pela Constituição Federal, quando negligenciadas, por omissão, pelos órgãos competentes (“por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter impositivo”) (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, RE 639337/SP, 2011, p. 126-127<sup>25</sup>). Nas palavras do Ministro Relator Celso de Mello, esse comportamento negativo (de omissão) transgride “a própria integridade da Lei Fundamental, estimulando, no âmbito do Estado, o preocupante fenômeno da erosão da consciência constitucional” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, RE 639337/SP, 2011, p. 145), o que justificaria – em termos de uma teoria da decisão judicial adequada ao ambiente normativo de constitucionalidade democrática – a intervenção do Poder Judiciário visando à concretização da política pública expressamente prevista no texto constitucional.<sup>26</sup>

Não obstante, o Ministro Relator ainda complementa esclarecendo que, por se tratar de políticas governamentais na área da educação infantil e que estão previstas e determinadas pela Constituição, a atuação do Supremo Tribunal Federal “objetiva neutralizar os efeitos lesivos e perversos, que, provocados pela omissão estatal, nada mais traduzem senão inaceitável insulto a direitos básicos que a própria Constituição da República assegura à generalidade das pessoas” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, RE 639337/SP, 2011, p. 146-147).

Para fins de obter do Poder Executivo a concretização do direito fundamental expressamente previsto no texto constitucional e que vem sendo objeto de injustificável e indevida inércia ou omissão estatal, o precedente em estudo decidiu pela possibilidade de fixação de *astreintes* contra o Poder Público, medida executiva indireta que visa ao

---

<sup>25</sup> “Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político- - jurídicos que sobre eles incidem em caráter impositivo, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, RE 639337/SP, 2011, p. 126-127).

<sup>26</sup> Segundo Eduardo Cambi, “negar a legitimidade democrática do Judiciário para aplicar, imediatamente, direitos fundamentais seria ignorar a submissão do legislador à Constituição e o papel da jurisdição constitucional na efetivação do Estado Democrático de Direito. O Judiciário deve zelar pelo respeito aos direitos fundamentais que são as bases substanciais para a realização da democracia. Sem a permanente vigilância na observância dos direitos fundamentais, não há democracia”. Entretanto, ressalva Cambi, a intervenção do judiciário nas políticas públicas não é irrestrita ou irresponsável, pois se trata de uma intervenção derivada ou subsidiária, “estando limitada pelas potencialidades de interpretação sistemática da Constituição ou das leis e a solução da situação fática emoldurada no caso concreto” (CAMBI, 2009, p. 271).

convencimento do destinatário da ordem judicial, considerando que a essência dessa medida é o “cumprimento da tutela específica de obrigação de fazer” (CUNHA, 2020, p. 206).

Quanto a esta questão, outra *ratione decidendi* pode ser extraída do precedente: a multa coercitiva (*astreinte*), enquanto medida executiva indireta, pode ser validamente aplicada visando a compelir o Poder Público ao cumprimento de ordem judicial.<sup>27</sup>

Acerca da aplicabilidade da multa cominatória a pessoas jurídicas de direito público, o próprio Relator do acórdão apontou a inexistência de “obstáculo jurídico-processual à utilização, contra entidades de direito público, da multa cominatória” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, RE 639337/SP, 2011, p. 146), sendo, contudo, necessária submissão à “sistemática do precatório”, uma vez que as condenações impostas contra a Fazenda Pública, exceto aquelas de pequeno valor, estão submetidas ao precatório (CUNHA, 2020, p. 204-205).<sup>28</sup>

Nessa lógica, a doutrina sustenta que meios alternativos podem apresentar melhor eficiência em assegurar a execução daquilo que for decidido (CUNHA, 2020, p. 205). A exemplo de meios alternativos, têm-se a imposição de multa “ao agente responsável pelo cumprimento da medida”, sem prejuízo de a multa ser exigida da entidade de direito público (CUNHA, 2020, p. 205); outra medida alternativa é a aplicada em decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, de matéria similar ao acórdão em análise neste artigo, no qual suscita a substituição da imposição de multa diária pelo bloqueio de valores, considerando esta medida ser menos onerosa à administração pública<sup>29</sup>; ainda, há a possibilidade de reverter as *astreintes* ao Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente (CMDCA) local, dado que assim haverá medida que assegure o cumprimento da

---

<sup>27</sup> “Na realidade, a ‘*astreinte*’ – que se reveste de função coercitiva – tem por finalidade específica compelir, validamente, o devedor, mesmo que se cuide do Poder Público, a cumprir o preceito, tal como definido no ato sentencial. Inquestionável, dessa maneira, por ser juridicamente válida, a imposição, no caso ora em exame, pelo Poder Judiciário paulista, de multa diária por criança não atendida pelo Município de São Paulo” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, RE 639337/SP, 2011, p. 146-147).

<sup>28</sup> Sobre a aplicação de *astreinte* à Fazenda Pública, cf.: MARQUES, Elmer da Silva; BELLINETTI, Luiz Fernando. A antecipação da tutela inibitória em face da Fazenda Pública e o destinatário das medidas coercitivas. *Revista de Processo*, v. 141, p. 72-93, 2006.

<sup>29</sup> “EDUCAÇÃO INFANTIL. VAGA EM CRECHE MUNICIPAL. DIREITO SOCIAL CONSTITUCIONALMENTE GARANTIDO. A educação é um direito social, previsto constitucionalmente, que deve ser assegurado com absoluta prioridade em relação às crianças e adolescentes, incumbindo ao poder público a responsabilidade de garantir seus ingressos nas escolas ou creches, independentemente das regras administrativas. IMPOSIÇÃO DE MULTA DIÁRIA EM CASO DE DESCUMPRIMENTO DA ORDEM JUDICIAL. SUBSTITUIÇÃO POR BLOQUEIO DE VALORES PARA ASSEGURAR O CUMPRIMENTO DA DECISÃO. POSSIBILIDADE. O bloqueio de valores apresenta-se como medida menos onerosa do que a imposição da multa diária”. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento nº 70041942152. Relator Desembargador Jorge Luís Dall'Agnol. Sétima Câmara Cível. Julgado em 01/04/2011, publicado no DJe de 11/04/2011)

tutela de obrigação de fazer concomitante ao aperfeiçoamento dos órgãos de proteção a crianças e a adolescentes do município.

Ademais, verifica-se que a decisão, como já exposto, trata-se de ação coletiva, abarcando o direito da coletividade, não se tratando de ação individual. Portanto, esta decisão não apenas atua no sentido de impedir a omissão e inação estatal, mas também como agente capaz de conceder celeridade ao Poder Judiciário, pois ao emitir decisão favorável à pretensão coletiva e servir como precedente judicial pode reduzir eventuais novos processos que chegariam até a Corte.<sup>30</sup>

#### **4. A EDUCAÇÃO COMO MEIO PARA A CIDADANIA PLENA**

Considerando a cidadania como a categoria básica de uma teoria de justiça e democracia (FERRAJOLI, 2014, p. 41), infere-se a necessidade de uma cidadania plena. Para a existência de uma cidadania plena, é necessária a coexistência dos direitos civis (participação dos cidadãos no governo da sociedade), políticos (legitimação da organização política) e sociais (participação na riqueza coletiva). Contudo, para a existência de cada um destes direitos, a regra muda: para os direitos sociais, não é necessária a existência dos direitos civis e políticos; para os direitos civis, não é necessária a existência dos direitos políticos; para os direitos políticos, é necessário a existência de, pelo menos, os direitos civis. A educação está no rol dos direitos sociais (CARVALHO, 2020, p. 15-16).

É certo dizer que o conceito de cidadania possui inúmeras dimensões e demanda uma organização social que beira o inatingível (CARVALHO, 2020, p. 16), mas também é certo dizer que a escola é “a instituição mais generosa da democracia”, é o espaço com a capacidade de assegurar o ensino para todos e de modernizar e, tão importante quanto, adequar a população a uma sociedade de informação e do conhecimento (BENAVENTE, 2001, p. 106)<sup>31</sup>.

O direito à educação confere à criança a possibilidade de ela compartilhar com a herança cultural de seu povo e de obter os requisitos cognitivos necessários para participara atividade da sociedade da qual faz parte:

O direito à educação parte do reconhecimento de que o saber sistemático é mais do que uma importante herança cultural. Como parte da herança cultural, o cidadão torna-

---

<sup>30</sup> Nessa lógica: “É necessário estimular-se a cultura das pretensões coletivas, que não apenas desafogaria o sistema judiciário, mas poderia conceder resposta rápida e uniformizada aos titulares de direitos em iguais condições” (MENDES; BRANCO, 2018, p. 1117).

<sup>31</sup> “Por isso, a educação básica deve ser objeto de uma política educacional de igualdade concreta e que faça jus à educação como o primeiro dos direitos sociais inscrito na CF, como direito civil inalienável dos direitos humanos e como direito político da cidadania” (CURY, 2008, p. 301).

se capaz de se apossar de padrões cognitivos e formativos pelos quais tem maiores possibilidades de participar dos destinos de sua sociedade e colaborar na sua transformação. Ter o domínio de conhecimentos sistemáticos é também um patamar sinequa non a fim de poder alargar o campo e o horizonte desses e de novos conhecimentos. O acesso à educação é também um meio de abertura que dá ao indivíduo uma chave de autoconstrução e de se reconhecer como capaz de opções. O direito à educação, nesta medida, é uma oportunidade de crescimento cidadão, um caminho de opções diferenciadas e uma chave de crescente estima de si (CURY, 2002, p. 260).

Dessa forma, não tratar a educação, em especial a educação infantil, como prioridade, pode levar à preponderância de outros direitos sociais sobre ela, à fragilização do processo de consolidação dos outros direitos e ao desestímulo do exercício ativo da cidadania, impedindo a expansão dos direitos civis e políticos (NUNES JR, 2019, p. 1311).

Como aponta José Afonso da Silva, o art. 205 da Constituição Federal prevê que a educação possui três objetivos básicos: a) o pleno desenvolvimento da pessoa; b) seu preparo para o exercício da cidadania; c) sua qualificação para o trabalho. Ao passo que, nestes objetivos, integram-se “valores antropológico-culturais, políticos e profissionais” (SILVA, 2005, p. 312).<sup>32</sup>

Para o Autor, ainda, a realização plena desses objetivos elencados pela Constituição é possível apenas em um sistema educacional democrático, imbuído pelos princípios constitucionais da “universalidade (ensino para todos), igualdade, liberdade, pluralismo, gratuidade do ensino público, valorização dos respectivos profissionais, gestão democrática da escola e padrão de qualidade” – todos posicionados no art. 206 da Constituição Federal (SILVA, 2005, p. 312-313).

Ora, a vivência da criança em um espaço plural, democrático e, em tese, igualitário, ainda que em sua tenra idade, é a base da formação do indivíduo, ao passo que Émile Durkheim já expunha a função da escola como o espaço que nos torna “conscientes das normas que devem orientar a conduta de cada um e do valor imanente e transcendente das coletividades às quais cada um de nós pertence, ou deverá pertencer” (ARON, 1999, p. 347).

---

<sup>32</sup> “Assim, seja por razões políticas, seja por razões ligadas ao indivíduo, a educação era vista como um canal de acesso aos bens sociais e à luta política e, como tal, um caminho também de emancipação do indivíduo diante da ignorância. Dado este leque de campos atingidos pela educação, ela foi considerada, segundo o ponto de vista dos diferentes grupos sociais – ora como síntese dos três direitos assinalados – os civis, os políticos e os sociais ora como fazendo parte de cada qual dos três. A magnitude da educação é assim reconhecida por envolver todas as dimensões do ser humano: o *singulus*, o *civis*, e o *socius*. O *singulus*, por pertencer ao indivíduo como tal, o *civis*, por envolver a participação nos destinos de sua comunidade, e o *socius*, por significar a igualdade básica entre todos os homens. Essa conjunção dos três direitos na educação escolar será uma das características do século XX” (CURY, 2002, p. 254).

Estudos recentes indicam que um estado democrático não leva, necessariamente, ao aumento das taxas escolares<sup>33</sup>, mas, ao contrário, o aumento do índice educacional de uma população induz uma democracia plena (GLAESER; PONZETTO; SHLEIFER, 2007, 80-81), sendo que o aumento das taxas educacionais representa um forte indicativo da transição de regimes autoritários para regimes democráticos (GLAESER *et al*, 2007, 81). Esse efeito ocorre porque, em lógica similar àquela indicada por Durkheim, “a educação pode aumentar os benefícios (ou reduzir os custos) da atividade política”<sup>34</sup>, uma vez que é local de ensino acerca da participação do indivíduo na sociedade e na política; espaço no qual ocorre interações sociais de trocas de informações; no qual há ocorrência de coordenação entre indivíduos e, em suma, é o meio de aquisição de novas habilidades para tratar tanto com pessoas quanto com informações (GLAESER *et al*, 2007, 81). Assim, em síntese, educação é a aquisição de capital social, parte essencial do capital humano (GLAESER *et al*, 2007, 81), base de uma sociedade moderna.

Outrossim, a educação está intimamente ligada à capacidade de regimes democráticos se defenderem contra avanços autoritários (GLAESER *et al*, 2007, 93), levando-nos ao corolário de que a educação é a essência de uma democracia plena, mesmo que as razões dessa relação não sejam tão claras (GLAESER *et al*, 2007, 93).

Apoiado nestes fundamentais é que se propõe, em diversas searas, um pacto social a favor da educação:

Apesar de vários avanços alcançados, estes ainda não foram suficientes para cumprir os dispositivos constitucionais e legais de nosso ordenamento jurídico. A realidade educacional continua apresentando um quadro severo muito aquém dos benefícios que a educação desencadeia para o conjunto social e se encontra longe das promessas democráticas que ela encerra. A LDB e o PNE nos põem diante de um desafio instaurador de um processo que amplia a democracia e educa para a cidadania, rejuvenesce a sociedade e irriga a economia. Estamos diante da necessidade de uma saída urgente para uma educação de qualidade. Uma saída que obedeça aos ditames da razão que a educação inaugura. O Estado que não assume essa via decreta sua perdição. A Sociedade que não busca essa saída aceita a autoridade da submissão e refuga o caminho da autonomia. Para sair de uma condição que nos constrange, em vários aspectos, a um confinamento educacional próprio do século 19, é preciso que a Sociedade e o Estado pactuem um novo esforço em prol da educação sem o qual não ultrapassaremos os limites dos avanços até agora celebrados. O futuro não espera! Só uma política de Estado que presentifique o potencial da educação será capaz de superar as contradições e as barreiras que impedem a construção de uma democracia mais ampla. Se quisermos associar democracia e modernidade, ou o país como um

---

<sup>33</sup> Contudo, há indicativos de que o tipo de regime em um estado influencia o investimento deste para com capitais humanos, sendo que o regime democrático possui maior tendência a investir nesse tipo de capital (BAUM; LAKE, 2003, p. 335-336).

<sup>34</sup> No original: “Education may promote democracy because it raises the benefits (or reduces the costs) of political activity” (GLAESER, 2007, p. 81).

todo toma a decisão inadiável e necessária de priorizar a educação básica como tarefa inadiável ou perderemos, todos, a velocidade da História (CURY, 2016, p. 15).

O precedente analisado constitui-se em importante contribuição do Poder Judiciário nesse pacto social a favor da educação, pacto instituído expressamente no texto constitucional e que se constitui em política pública de concretização obrigatória.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Da análise do precedente judicial em estudo, é possível atribuir à decisão a característica de não apenas ser constitucionalmente adequada, como ser a representação de uma saída do polo passivo do sistema jurisdicional na aplicação e manutenção dos direitos fundamentais às crianças, como tantas outras decisões o foram na história da América Latina (GARCÍA MÉNDEZ, 2006, p. 110). Assim, o precedente se coloca como um caminho a um papel ativo do Judiciário na garantia dos direitos das crianças – a decisão tratar de direito coletivo apenas soma à esta questão.

A atuação ativa do Supremo Tribunal Federal, como demonstrado anteriormente, não configura ativismo judicial, pois visou à efetivação de uma política pública positivada constitucionalmente e que é alvo de sistemática omissão de administradores públicos municipais.<sup>35</sup> Além disso, a concretização da educação infantil caracteriza-se como política pública de primeira grandeza, pois, nas palavras do Ministro Herman Benjamin, em julgamento proferido no Superior Tribunal de Justiça, “a violação do direito à educação de crianças e adolescentes mostra-se, pois, em nosso sistema, tão grave e inadmissível como negar-lhes a vida e a saúde” (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Resp. 440.502/SP, 2010, p. 7).

Ainda, a decisão acerta em reconhecer a característica de mínimo existencial que o direito à educação possui, ponderando com a cláusula da reserva do possível e concluindo que esta sempre encontrará “insuperável limitação na exigência constitucional de preservação do mínimo existencial” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, RE 639337/SP, 2011, p. 25). Nesse sentido, ainda em relação à cláusula da reserva do possível, conclui-se que, afora as limitações já expostas pelo Ministro Relator, ela não é aplicável ao direito à educação quando tratar-se de sua universalização, considerando que o retorno a longo prazo dos investimentos nesta área gera um aumento significativo da renda *per capita* da população, dos investimentos em capital

---

<sup>35</sup> “[...] não são os direitos fundamentais que devem andar no quadro determinado pela lei e pelo administrador, mas a lei e o administrador público que devem ser conformados pelos direitos fundamentais”. (ZANETI JR., 2015, p. 205)

físico e dos direitos políticos de uma nação, havendo, adicionalmente, expressiva diminuição das desigualdades sociais (KELLER, 2006, p. 18; 28; 30-32).

Contudo, vale apontar que, se a universalidade da educação, ao menos em relação às creches e pré-escolas, é matéria de entendimento pacificado pelo Supremo Tribunal Federal, é necessário, igualmente, buscar alcançar a qualidade dessa educação universalizada a fim de garantir, de fato, aquilo que é preconizado pela Constituição Federal em seu art. 206, ao estabelecer como princípio da educação a “garantia de padrão de qualidade”.

Conclui-se que o precedente em análise é qualificado pela correção constitucional ao decidir pela obrigatoriedade da oferta de vagas em creches e pré-escolas para crianças de zero a cinco anos; tornou possível um caminho em direção à consolidação plena da universalidade do direito fundamental à educação e, tão importante quanto, passa a fazer parte da história evolucionária do constitucionalismo brasileiro, considerando que “a história do constitucionalismo é a história da progressiva ampliação da esfera pública dos direitos”.<sup>36</sup>

## REFERÊNCIAS

ALVES, José Augusto Lindgren. **Os direitos humanos como tema global**. 2ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2011.

ARON, Raymond. **As etapas do pensamento sociológico**. 5ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, n. 13, p. 17-32, 2009.

BAUM, Matthew A.; LAKE, David A. The political economy of growth: democracy and human capital. **American Journal of Political Science**, v. 47, n. 2, p. 333-347, 2003.

BENAVENTE, Ana. Portugal, 1995/2001: reflexões sobre democratização e qualidade na educação básica. **Revista Iberoamericana de educación**, v. 27, n. 1, p. 99-123, 2001.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, **Recurso Especial n.º 440.502/SP**. Relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma. Julgado em 15/12/2009, publicado no DJe de 24/09/2010. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=200200699966&dt\\_publicacao=24/09/2010](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200200699966&dt_publicacao=24/09/2010). Acesso em 27 mar. 2021.

BRASIL. Congresso Nacional. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Diário Oficial da União, 191-A, 05 out 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 14 set. 2020.

---

<sup>36</sup>La historia del constitucionalismo es la historia de esta progresiva ampliación de la esfera pública de los derechos (FERRAJOLI, 2014, p. 39).

- BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências**. Brasília: Diário Oficial da União, 16 jul. 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm). Acesso em 14 set. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo n.º 639.337/SP**. Relator Ministro Celso de Mello. Segunda Turma. Julgado em 23/08/2011, publicado no DJe de 15/09/2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428>. Acesso em 12 set. 2020.
- BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Brasília: Diário Oficial da União, 17 mar. 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm). Acesso em 03 out. 2020.
- CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- CORREA, Blanca Cristina. Políticas de educação infantil no Brasil: ensaio sobre os desafios para a concretização de um direito. **Jornal de políticas educacionais**, n. 9, p. 20-29, jan./jun. 2011.
- CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. 26ª. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2020.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A fazenda pública em juízo**. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- CURY, Carlos Roberto Jamil. A educação básica como direito. **Cadernos de Pesquisa**, v. 38, n. 134, p. 293-303, maio/ago. 2008.
- \_\_\_\_\_. Vinte anos da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDBEN). **Jornal de Políticas Educacionais**, v. 10, n. 20, p. 3-17, jul./dez. 2016.
- \_\_\_\_\_. Direito à educação: direito à igualdade, direito à diferença. **Cadernos de Pesquisa**, n. 116, p. 245-262, jul. 2002.
- CUSTODIO, André. Teoria da proteção integral: pressuposto para compreensão do direito da criança e do adolescente. **Revista do direito**, n. 29, p. 22-43, 2008.
- FERRAJOLI, Luigi et al. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. 4ª ed. Madrid: Trotta, 2014.
- GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. Infancia, ley y democracia: una cuestión de justicia. In: FELITAS RUIZ, Reina; MÁRQUEZ, Miguel. **Antología preparada para el primer curso diplomado en desarrollo humano local, género, infancia, población y salud**. Havana: Universidad de La Habana, 2006, p. 109-119.
- GLAESER, Edward L.; PONZETTO, Giacomo AM; SHLEIFER, Andrei. Why does democracy need education? **Journal of economic growth**, v. 12, n. 2, p. 77-99, 2007.

IBGE, **Folheto Informativo de Educação**: 2019 da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua. IBGE: Rio de Janeiro, 2020. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/index.php/biblioteca-catalogo?view=detalhes&id=2101736>. Acesso em: 18 set. 2020.

KELLER, Katarina RI. Investment in primary, secondary, and higher education and the effects on economic growth. **Contemporary Economic Policy**, v. 24, n. 1, p. 18-34, 2006.

MARQUES, Elmer da Silva; BELLINETTI, Luiz Fernando. A antecipação da tutela inibitória em face da Fazenda Pública e o destinatário das medidas coercitivas. **Revista de Processo**, v. 141, p. 72-93, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. 13ª ed. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

NUNES JR, Flávio Martins Alves. **Curso de direito constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

ONU – Organização das Nações Unidas. **Convenção sobre os direitos da criança**. Adotada pela Assembleia Geral da ONU em 20 de novembro de 1989. Aprovada pelo Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo nº 28/1990 e promulgada pelo Decreto Presidencial nº 99.710/1990. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 22 nov. 1990.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento nº 70041942152**. Relator Desembargador Jorge Luís Dall'Agnol. Sétima Câmara Cível. Julgado em 01/04/2011, publicado no DJe de 11/04/2011. Disponível em: [https://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/download/exibe\\_documento.php?numero\\_processo=70041942152&ano=2011&codigo=491310](https://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?numero_processo=70041942152&ano=2011&codigo=491310). Acesso em 08 nov. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, v. 1, n. 1, p. 171-213, 2007.

SILVA, José Afonso da, **Curso de direito constitucional positivo**. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do Direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2011.

SOUZA, Gloria Maria Anselmo de; ARAÚJO, Gisele Coelho de Oliveira; SILVA, Waldeck Carneiro da. Vinte ano da Lei nº 9.394/96, o que mudou? Políticas educacionais em busca da democracia. **Revista Retratos da Escola**, Brasília, v. 11, n. 20, p. 147-160, jan./jun. 2017.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

ZANETI JR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**. Salvador: JusPodium, 2015.