

O DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO INFANTIL COMO DIREITO PÚBLICO SUBJETIVO A PARTIR DE SARLET: UMA LEITURA DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 1.008.166/SC

Laiana Karolina Demenech¹

Neuro José Zambam²

1 INTRODUÇÃO

Muitas crianças em nosso país se encontram privadas de suas necessidades básicas de desenvolvimento, haja vista que, para suprir as necessidades básicas de vida do grupo familiar, os pais, ou responsáveis, precisam trabalhar o dia inteiro, e, ainda assim, ter sua existência e de seus filhos atreladas a um mínimo existencial frágil, que não consegue sequer abarcar as condições mínimas que gerem dignidade humana.

Assim, a educação infantil abarca em seu sentido *latu sensu* a instrução proveniente da família, do convívio social e do ambiente cultural em que a criança está inserida. Em *stricto sensu*, o empregado pela Constituição Federal, no que tange ao acesso de crianças de zero a cinco anos de idade à creches e pré-escolas. As instituições de ensino infantil iniciaram no contexto brasileiro na década de 1870, em referência aos movimentos ocorridos na Europa no século XIX, dado o contexto de industrialização e urbanização marcantes no cenário do continente europeu. Neste sentido, ensina Moysés Kuhmann Jr. (2010, p. 469/470).

Destarte, a fim de que a integridade da criança seja preservada, estatui a Lei Fundamental da República o dever do Poder Público em efetuar a inscrição de crianças de até cinco anos de idade em creches e pré-escolas, conforme dispõe o art. 208, IV da Constituição Federal³.

Pode-se inferir da explanação acima, a importância da temática da educação infantil,

¹ Mestranda em Direito pela Faculdade IMED de Passo Fundo/RS. Graduada em Direito pela Faculdade Anhanguera de Passo Fundo/RS. Advogada. Membro do Centro Brasileiro de Pesquisas sobre a Teoria da Justiça de Amartya Sen. Membro do grupo de pesquisa Direitos Culturais e Pluralismo Jurídico. E-mail: laianademenech@gmail.com; Endereço para acessar este CV: <http://lattes.cnpq.br/040439135278354>

² Possui estágio pós doutoral em Filosofia na Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Doutor em Filosofia pela PUCRS. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade Meridional - IMED – Mestrado. Professor do Curso de Direito (graduação e especialização) da Faculdade Meridional – IMED de Passo Fundo. Membro do Grupo de Trabalho, Ética e cidadania da ANPOF (Associação Nacional dos Programas de Pós-graduação em Filosofia). Pesquisador da Faculdade Meridional. Líder do Grupo de Estudo Direitos Culturais e Pluralismo Jurídico. Líder do Centro Brasileiro de Pesquisa sobre a Teoria da Justiça de Amartya Sen: interfaces com direito, políticas de desenvolvimento e democracia. Passo Fundo/RS E-mail: nzambam@imed.edu.br; neurojose@hotmail.com. Endereço para acessar este CV: <http://lattes.cnpq.br/6893744456793355>

³ Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: IV - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade; (BRASIL, Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988, 1988)

bem como o trato especial empregado à Constituição Federal em relação ao tema.

Quanto à metodologia, este artigo científico usa a abordagem qualitativa, uma vez que busca a análise de questões do contexto social, e método de pesquisa a ser empregado é o dialético.

As técnicas de coletas de dados empregados são às de documentação indireta, uma vez que as informações consultadas já estão previamente estabelecidas, não sendo necessária pesquisa de campo ou de laboratório, como exige a modalidade de documentação direta.

Os tipos de pesquisa empregados são o bibliográfico e o da pesquisa na internet, visando, no primeiro caso, a consulta de informações nas referências já publicadas e, no segundo caso, o acesso à jurisprudência do Superior Tribunal Federal.

A constatação da problemática teórica e a busca da solução dos conflitos oriundos será desenvolvida por meio da interpretação, empregando-se, assim, a atividade intelectual como meio de resposta ao conflito jurídico da temática envolvida.

2 O DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO INFANTIL NA CARTA MAGNA E NA LEI DE DIRETRIZES E BASES DA EDUCAÇÃO

A Constituição Federal de 1988, que o direito à educação recebeu *status* de direito social no art. 6º⁴, como também tratamento especial nos arts. 205 a 214.

Em seu art. 205⁵, preocupou-se em estabelecer os fundamentos inerentes a este direito social, atrelando-o ao desenvolvimento da pessoa e seu preparo para o exercício da cidadania, além de estabelecer que a educação como direito de todos e um dever do Estado.

No mesmo sentido, a palavra educação na Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996), que tem por escopo complementar e integrar a vontade constitucional, está inserida com a designação seguinte: “Art. 1º A educação abrange os processos formativos que se desenvolvem na vida familiar, na convivência humana, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos movimentos sociais e organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais.”

O doutrinador Demerval Saviani (2008, p. 210) ao tratar sobre a importância da abordagem da educação básica na Lei de Diretrizes e Bases da Educação, refere que a educação básica “trata de uma importante conquista no sentido de se caminhar em direção a um verdadeiro sistema nacional de educação abrangente e universalizado, isto é, capaz de garantir a plena escolaridade a toda população do país”.

⁴ Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015) (BRASIL, Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988, 1988).

⁵ 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. (BRASIL, Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988, 1988)

O conceito de educação básica está definido no art. 21 da Lei em questão como um nível da educação nacional e que congrega, articuladamente, três etapas, quais sejam, a educação infantil (zero a cinco anos), o ensino fundamental (seis a quatorze anos) e ensino médio (quinze e dezessete anos). A educação infantil se desmembra em duas etapas: a oferta de creches para crianças de até três anos de idade (art. 30, I) e pré-escolas para as crianças de quatro a cinco anos de idade (art. 30, II).

A Carta Magna, em seu art. 208, inciso IV, estabelece, a garantia à criança de até cinco anos idade de acesso à creche e pré-escola.

Pode-se destacar, ainda, as disposições do art. 4º da Lei referida, no tocante ao dever do Estado com educação escolar pública mediante a garantia de educação infantil gratuita às crianças de até 5 (cinco) anos de idade (inciso II) e vaga na escola pública de educação infantil ou de ensino fundamental mais próxima de sua residência a toda criança a partir do dia em que completar 4 (quatro) anos de idade (inciso X).

Os entes federativos deverão se organizar em regime de coloração para organização de seus sistemas de ensino, conforme estabelecido no art. 211, caput, da Carta Magna, sendo que, no § 2º deste artigo, consta expressamente que os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil.

Assim, entende-se que a educação atribui a cada indivíduo a busca pela consciência ética e moral acerca de si mesmo, dos seus direitos e o exercício da cidadania. Em breve síntese, oportuna, pois, a definição de Uadi Lammêgo Bulos: "a educação é o caminho para o homem evoluir". (2014, p. 1582)

Em virtude do mencionado, o direito à educação acha-se como instrumento de acesso a outros direitos fundamentais, uma vez que possibilita a qualificação para o exercício de trabalho digno, a emancipação da pobreza e marginalização e a preparação da pessoa para o exercício da cidadania em um Estado Democrático de Direito.

3 O DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO INFANTIL COMO DIREITO PÚBLICO SUBJETIVO A PARTIR SARLET

A auto aplicabilidade do art. 208, IV, da Constituição Federal, foi reconhecida na decisão do Supremo Tribunal Federal no Agravo de Instrumento nº 761.908⁶, o qual passou a ser autuado como Recurso Extraordinário n. 1.008.166/SC, objeto do presente estudo, em que reconhecida repercussão geral do tema.

O direito fundamental à educação infantil não se trata de uma regra pragmática, mas sim norma de eficácia plena com aplicação imediata, conforme orienta o § 1º do art. 5º da Lei Maior: "§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata."

⁶ "[...] auto-aplicabilidade do art. 208, IV, da Constituição Federal. Dever do Estado de assegurar o atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade. (Agravo de Instrumento nº 761908/RG. Relator Ministro Luiz Fux. Data de Julgamento: 24 maio 2012)

Neste ponto, destaca-se o entendimento de Ingo Wolfgang Sarlet quanto ao trato de fundamentalidade dos dispositivos do Capítulo III da Carta Magna, arts. 205 a 214, de modo que aplicam ao art. 208, IV, da Constituição Federal, as mesmas diretrizes dos direitos fundamentais insculpidos no art. 5º, § 1º: Veja-se:

[...] não há como deixar de considerar que a problemática da eficácia do direito social à educação depende, em muito, da circunstância de se ter, ou não, certeza sobre fundamentalidade dos diversos preceitos e, em consequência, do complexo de normas que constituem o núcleo essencial do direito à educação, aqui tida em sentido amplo. Por esta razão, partiremos da análise dos quatro primeiros dispositivos do Capítulo III da ordem social (arts. 205 a 208), já que entendemos que no mínimo quanto a estes se poderá considera-los integrantes da essência do direito fundamental à educação, compartilhando, portanto, a sua fundamentalidade material e formal. (2011, p. 332)

A principal característica da aplicabilidade dos direitos fundamentais se traduz na força normativa autônoma, ou seja, produz efeitos mesmo que o referido direito não esteja regulamentado pelo legislador infraconstitucional.

Desse modo, constatada a regra da aplicabilidade imediata do direito fundamental à educação infantil.

A Constituição Federal de 1988 estabelece em seu art. 208, § 1º, que “o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo”.

Outro ponto relevante a ser discutido é o conteúdo de direito público subjetivo do direito fundamental à educação infantil, que está em destaque no cenário jurídico contemporâneo por estar presente na discussão da repercussão geral do Recurso Extraordinário n. 1.008.166/SC.

Ingo Wolfgang Sarlet destaca o conceito dos direitos públicos subjetivos esteve atrelada, desde sua origem, ainda que nem sempre de igual modo, pelos mesmos argumentos, ou seja, atribuídos ao indivíduo enquanto ser humano e, nesta perspectiva, tido como sujeito de direitos (SARLET. 2012, p. 292).

E acrescenta que falar em direito público subjetivo remota ao positivismo e ao liberalismo do século XIX, e o significa o poder do indivíduo de exigir do Estado o cumprimento de determinadas prestações. Nesses termos:

[...] há que se enfatizar que falar em direito subjetivo público é remeter a uma concepção que radica no positivismo e liberalismo do século XIX, e que, mais adiante, aplicada ao universo dos direitos fundamentais, passou a significar que o indivíduo teria direitos subjetivos, portanto, direitos exigíveis, perante o Estado. (SARLET. 2012, p. 293)

O autor salienta que os direitos subjetivos públicos não se limitam a poderes jurídicos dos indivíduos perante o Estado assegurados em órbita constitucional (SARLET. 2012, p. 293), já que “também representam decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, que se projetam em todo o ordenamento jurídico”. (SARLET. 2012, p. 296)

Ensina Sarlet que a concepção de direito público subjetivo não pode ser tida em uma acepção restrita, própria do direito privado, em que se origina a noção de direito subjetivo (SARLET. 2012, p. 294)

A perspectiva tomada por Sarlet aloca o direito em sentido amplo, sendo que em acepção geral o direito público subjetivo pode abarcar os seguintes fatores:

(a) o espaço de liberdade da pessoa individual não se encontra garantido de maneira uniforme; (b) a existência de inequívocas distinções no que tange ao grau de exigibilidade dos direitos individualmente considerados, de modo especial, considerando-se os direitos a prestações sociais materiais; (c) os direitos fundamentais constituem posições jurídicas complexas, no sentido de poderem conter direitos, liberdades, pretensões e poderes da mais diversa natureza e até mesmo pelo fato de poderem dirigir-se contra diferentes destinatários. (SARLET. 2012, p. 294)

Clarice Seixas Duarte ensina que o indivíduo, enquanto membro da sociedade, tem a possibilidade de colocar normas jurídicas em prol de seus interesses individuais, ou seja, o vocábulo direito público subjetivo quer dizer o meio pelo qual o indivíduo pode exigir do Estado algo como próprio, consoante se observa a seguir:

Trata-se de uma capacidade reconhecida ao indivíduo em decorrência de sua posição especial como membro da comunidade, que se materializa no poder de colocar em movimento normas jurídicas no interesse individual. Em outras palavras, o direito público subjetivo confere ao indivíduo a possibilidade de transformar a norma geral e abstrata contida num determinado ordenamento jurídico em algo que possua como próprio. A maneira de fazê-lo é acionando as normas jurídicas (direito objetivo) e transformando-as em seu direito (direito subjetivo). (DUARTE. 2004)⁷

O direito público subjetivo se configura como um instrumento jurídico de controle da atuação do poder estatal, pois permite ao seu titular constranger judicialmente o Estado a executar o que deve.

A partir da perspectiva lançada por Sarlet, aborda-se o direito fundamental à educação infantil como direito público subjetivo por se considerar que tal característica não se estende somente à categoria de ensino fundamental, consoante a pretensão do Município de Criciúma/SC no Recurso Extraordinário n. 1.008.166.

Nesse passo, imperioso designar que a própria Constituição Federal de 1988 reconhece, em seu art. 208, § 1º, o direito público subjetivo ao indivíduo em relação ao acesso ao ensino obrigatório e gratuito. Salienta-se que o dispositivo constitucional retrata o ensino obrigatório, não fazendo distinção entre as três etapas da educação básica: o ensino infantil, o ensino fundamental e o ensino médio.

Do exposto, conclui-se pela aplicabilidade do art. 208, § 1º da Constituição Federal, que assegura o direito de acesso à creche e à pré-escola de crianças de zero a cinco anos de idade. Assim, o reconhecimento de aplicabilidade direta ao direito fundamental à educação infantil permite seu exercício autônomo, independentemente do Poder Legislativo e do Poder Executivo e com pleito diretamente no Poder Judiciário, daí deriva sua natureza de direito público subjetivo.

3 A REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 1.008.166/SC

⁷ Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-88392004000200012. Acesso em: 03 jul. 2019.

O Supremo Tribunal Federal fixou entendimento no Recurso Extraordinário n. 436.996-6 no sentido de resguardar o direito fundamental à educação infantil de uma má administração do Estado, bem como que seu desenvolvimento não submeta em atos práticos, simplesmente por conveniência da administração governamental, prejudicando-se, assim, a integridade e a eficácia dos direitos sociais. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 436.996-6. Relator: Ministro Celso de Mello, 2005)

O tema ingressou novamente na Suprema Corte no Recurso Extraordinário n. 1.008.166/SC, em que se discute a auto aplicabilidade do direito fundamental à educação infantil nos moldes do art. 5º, § 1º da Constituição Federal de 1988. A questão já foi objeto de discussão no Recurso Extraordinário n. 436.996-6, todavia, o julgamento não foi realizado sobre a ótica da repercussão geral.

O Município de Criciúma/RS alega que característica de direito público subjetivo se refere apenas ao ensino fundamental, não se estendendo as características do art. 208, § 1º da Constituição Federal ao direito fundamental à educação infantil.

A repercussão geral no recurso extraordinário em comento restou configurada, aduzindo que os interesses da lide ultrapassam questões individuais e econômicas, consoante exige o artigo 1.035, § 1º do Código de Processo Civil. Neste contexto, o Agravo de Instrumento n. 761.908/SC passou a ser autuado como Recurso Extraordinário n. 1.008.166/SC.

A repercussão geral no Recurso Extraordinário n. 1.008.166/SC, estabelecido como tema 548, ao ser julgada poderá estabelecer uma súmula (art. 1.035, § 11 do Código de Processo Civil) para estabelecer a auto aplicabilidade do art. 208, IV da Constituição Federal, determinando a obrigatoriedade de concessão de vaga em estabelecimento de estabelecimento de ensino infantil, em decorrência do direito fundamento à educação infantil configurar direito público subjetivo.

Existem elementos que permitem evidenciar esta hipótese, sendo o principal argumento visualizado no fato da Corte Constitucional ter reconhecido no Recurso Extraordinário nº 436.996-6 como legítima a interferência do Poder Judiciário nos casos em que o Município não cumpre com o mandado constitucional que a Carta Magna lhe outorga (art. 211, § 2º da Constituição Federal).

Além disso, a atualidade da temática pode ser vista a partir do número de casos que são levados até o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS). A pesquisa, efetuada em 03 de junho de 2019, utilizou a expressão “acesso à creche”, tendo sido apresentados de 15.922 (quinze mil, novecentos e vinte duas) demandas, sendo que aplicado o filtro “Ano de Julgamento: 2019” constatarem 1.089 (hum mil e oitenta e nove) jurisprudências e o filtro “Data da Publicação: Abri/2019” se obteve o número de 470 (quatrocentos e setenta) casos. Salienta-se que optou-se pelo mês de abril por ser o período de início do ano letivo.

Outra constatação é a de que o mecanismo de repercussão geral está conecto ao princípio da efetividade do processo (art. 5º, LXXVIII da Constituição Federal): “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Ressalta-se, ainda, que o Poder Judiciário está mais próximo aos anseios do povo, podendo conferir transparências aos atos administrativos, como exige a Lei de

Responsabilidade Fiscal, bem como estancar desigualdades operantes entre os diversos setores sociais ou divergências entre direitos fundamentais colidentes.

Uma vez que qualquer um, a qualquer momento, pode precisar acessar administração pública seja por necessidades de saúde, previdência, segurança, educação, etc., e ter seu pleito negado às escuras, somente sobreposta a questão da reserva legal do possível e a impossibilidade orçamentária, de logo, vê-se uma brecha de atuação judiciária, visto que os direitos fundamentais consubstanciados nas necessidades do povo não podem estar à margem da administração pública.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A garantia dos direitos sociais encontra barreiras no contexto social, basta mencionar a negligência política dos representantes do país, o engessamento da questão da tripartição dos poderes, a intangibilidade da questão do princípio da reserva legal do possível, a inefetividade dos direitos sociais, em especial o direito fundamental à educação infantil e o princípio da dignidade da pessoa humana.

Além disso, dada a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (art. 5º, § 1º, da CF) e característica de obrigatoriedade dos direitos fundamentais e da observância dos preceitos da Lei Maior, não há como se admitir que o ensino infantil não seja efetivado, devendo, pois, a sociedade, seus representantes e os juristas do país visarem a ampliação dos mecanismos de concretização da educação infantil.

Portanto, fundamental que a atuação estatal opere em consonância ao fornecimento de educação infantil para população, a fim de se possa gozar de uma sociedade mais instruída quando da realização do senso universal, mais consciente em exigir seus direitos e mais cidadã no momento prática de seus deveres. Isto, somente a educação de qualidade irá fornecer!

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 19 abr. 2019.

BRASIL. **Lei de Diretrizes e Bases da Educação**. Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19394.htm>. Acesso em: 19 abr. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo de Instrumento nº 761908**. Agravante: Município de Criciúma. Agravado: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Relator : Ministro Luiz Fux. Brasília, 24 de maio de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=761908&classe=AI- RG>>. Acesso em: 19 abr. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 436.996-6**. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorrido: Município de Santo André. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 26 de out. 2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+436996%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://ti.nyurl.com/aqc7pl6>>. Acesso em: 19 abr. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 1.008.166**. Recorrente: Município de Criciúma/SC. Recorrido: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 14 maio 2012. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5085176>>. Acesso em: 30 jun. 2019

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2014.

DUARTE, Clarice Seixas. **Direito Público subjetivo e Políticas Educacionais**. São Paulo: Prespec. São Paulo. v. 18. 02 jun. 2004. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-88392004000200012. Acesso em: 01 jul. 2019.

KUHLMANN JUNIOR, Moysés. **Educando a infância brasileira**. In: LOPES, Eliane Marta Teixeira (Org.). 500 anos de Educação no Brasil. Belo Horizonte: Autêntica, 2010. 470-496.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais e justiça constitucional em Estado Democrático de Direito**. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

SAVIANI, Demerval. **A nova lei da educação: trajetória, limites e perspectivas**. 11. ed. Campinas: Autores Associados, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos na perspectiva constitucional**. 10. ed. 3. Tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.