

## O DIREITO À EDUCAÇÃO INFANTIL REINTERPRETADO A PARTIR DO PRINCÍPIO FEDERALISTA: RUMO A UM “SISTEMA ÚNICO”?

*THE RIGHT TO CHILDHOOD EDUCATION REINTERPRETED FROM THE FEDERALIST PRINCIPLE: TOWARDS AN “UNIFIED SYSTEM”?*

*Anderson Vichinkeski Teixeira\**

*Melina Dall'Igna\*\**

**Resumo:** O presente artigo abordará o direito fundamental à educação infantil dentro de uma perspectiva federalista e não reducionista. Inicialmente, trataremos de um dos argumentos mais utilizados como possível limitador à eficácia dos direitos fundamentais sociais: a reserva do possível. Desde suas origens até suas possíveis implicações, tentaremos, brevemente, expor os principais elementos acerca deste recorrente argumento de defesa do poder público quando em juízo. Em um segundo momento, examinaremos os principais dispositivos da legislação atinente à educação infantil no Brasil. Metodologicamente, a abordagem desses dois primeiros itens será analítico-descritiva. Por fim, sem pretensões de propor detalhadamente um novo sistema, buscaremos, a partir de uma metodologia crítico-reflexiva, discutir as bases de um possível “Sistema Único de Educação Infantil”.

**Palavras-chave:** Direitos Fundamentais Sociais. Educação Infantil. Reserva do Possível. Sistema Único.

**Abstract:** This article will address the fundamental right to childhood education within a federalist and non-reductionist perspective. Initially, we will deal with one of the most used thesis as arguable limits to the effectiveness of the fundamental social rights: “the reservation of possible”. From its origins to its possible

---

\* Pós-doutor junto ao Departamento Teoria e História do Direito da Università degli Studi di Firenze (IT), sob a orientação do Prof. Maurizio Fioravanti. Doutor em Teoria e História do Direito pela Università degli Studi di Firenze (IT), com estágio de pesquisa doutoral realizado junto à Faculdade de Filosofia da Université Paris Descartes-Sorbonne (FR). [Diploma revalidado como "Doutor em Direito" pela Universidade de São Paulo (USP) em 06.04.2011]. Mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Advogado e consultor jurídico (OAB/RS 57.132). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Professor visitante da Faculdade de Direito da Universidad de la Republica (UdelaR/Uruguay). Professor palestrante na Fundação Escola da Defensoria Pública do Rio Grande do Sul (FESDEP). Professor palestrante na Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst). E-mail: andersonvteixeira@hotmail.com

\*\* Graduada em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). E-mail: meldalligna@gmail.com

implications, we will try to explain briefly the main points concerning this recurring argument to the defense of governments when sued. In a second moment, we will examine the main legal provisions about childhood education in Brazil. Methodologically, the approach to these two first items will be analytical-descriptive. Finally, but without intentions to line out any detailed new system, we will seek to discuss, from a critical-reflexive methodology, the bases for a possible “Unified System of Childhood Education”.

**Keywords:** Fundamental Social Rights. Childhood Education. “Reservation of possible”. Unified System.

## 1 INTRODUÇÃO

Sob a égide da Constituição de 1988, vimos a categorizados direitos sociais ganhar uma condição inédita na história constitucional brasileira. Direitos, como saúde e educação, criaram deveres prestacionais para o Estado e consolidaram o chamado mínimo existencial do indivíduo. No entanto, diante de um vasto catálogo de direitos fundamentais, o Estado brasileiro muitas vezes acaba tendo que decidir entre quais direitos dar tutela prioritária. Nesse sentido, a Educação Infantil, que outrora fora tida como direito do trabalhador a ter seu filho em uma creche durante o horário de trabalho, i.e., um direito acessório à relação de trabalho, passou à condição de direito público subjetivo da criança. A evolução social e também do ensino resultaram na atual compreensão da creche como espaço para aprendizado, não mais um depósito de crianças.

Assim, no presente artigo buscaremos analisar, de modo geral, a condição do direito fundamental à Educação Infantil dentro de uma perspectiva federalista e não reducionista. Para tanto, em um primeiro, abordaremos um dos argumentos mais utilizados como possível limitador à eficácia dos direitos fundamentais: a reserva do possível. Este conceito possui uma imprecisão conceitual que impõe cautelas na sua análise, sobretudo quando pretendemos compreender qual a sua função no contexto federativo de aplicação de recursos na efetivação dos direitos fundamentais constitucionalmente previstos. Para tanto, das origens à natureza jurídica será o percurso que se tentará, brevemente, reconstruir em relação ao conceito de reserva do possível.

Em segundo lugar, pretendemos descrever o quadro normativo-constitucional que tutela o direito fundamental à Educação Infantil como direito subjetivo da criança, estando dotado de universalidade e gratuidade. Em uma parte metodologicamente analítico-descritiva da

pesquisa, buscaremos apresentar elementos que possam definir com clareza os principais referenciais normativos a respeito do tema.

Por fim, enfrentaremos a discussão existente acerca das insuficiências orçamentárias na prestação do direito fundamental à Educação Infantil. Sem entrar em análises profundamente estatísticas ou econométricas, proporemos, com base em uma metodologia crítico-reflexiva, a construção de alguns pontos de partida para um possível “Sistema Único de Educação Infantil”. Mesmo cientes de que propostas já foram levantadas no meio político acerca desta questão, esperamos poder contribuir com uma interpretação eminentemente jurídica do fenômeno em questão, uma vez que a supremacia da constituição impõe ao gestor público seguir, irrestritamente, em suas políticas públicas aquilo que o legislador constituinte estabeleceu em termos de Educação no Brasil.

## **2 BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA TESE DA RESERVA DO POSSÍVEL**

Atualmente verificamos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal uma série de decisões envolvendo a chamada reserva do possível, quase sempre usada como tese de defesa pelos poderes públicos para o não provimento de determinados recursos que possam tornar efetivos direitos fundamentais sociais. Porém, o conceito de reserva do possível possui uma imprecisão conceitual que demanda ser analisado com cautela nesta pesquisa, para que possamos saber qual a sua função no contexto federativo de aplicação de recursos na efetivação dos direitos fundamentais previstos pela Constituição Federal.

A efetivação de tais direitos muitas vezes esbarra em políticas públicas com deficiências nas mais diversas áreas, o que acaba determinando a intervenção judicial em proveito dos direitos previstos no texto constitucional. Some-se a isso o déficit prestacional em áreas essenciais decorrente de omissões por parte do poder público, seja por políticas públicas inadequadas, má gestão ou mesmo desvios de toda sorte. Assim, torna-se recorrente a discussão a respeito da reserva do possível como eventual limitação para a aplicação desses recursos em áreas específicas por parte do Estado. Há que se ter em mente que os direitos fundamentais não são absolutos, mas existe um limite para que se justifique sua efetivação, qual seja, a dignidade da

pessoa humana e o chamado mínimo existencial, que cuida do núcleo essencial à sobrevivência digna de todo e qualquer ser humano.

Por seu turno, os entes federativos costumam sustentar, em suas justificativas para a impossibilidade de determinados investimentos, a aplicabilidade do conceito de reserva do possível como tese de defesa junto ao Poder Judiciário. Deste modo, para que o restante da pesquisa possa atingir os seus objetivos, precisamos tecer algumas considerações pontuais sobre a origem, natureza jurídica e aplicabilidade da referida tese no direito brasileiro.

## **2.1 ORIGEM DO CONCEITO, SUA NATUREZA JURÍDICA E APLICAÇÃO AO CONTEXTO BRASILEIRO**

Inicialmente, impõe-se a discussão sobre a natureza jurídica da reserva do possível, pois não se encontra positivada em nosso ordenamento jurídico regra específica que a legitime de modo expresso.

O conceito em tela encontra suas origens no direito alemão, em especial na jurisprudência constitucional da década de 1970. Tem-se habitualmente como um possível marco inicial no tema o célebre caso *numerusclausus*, que tratava da questão de limitação do número de vagas em universidades alemãs. Ingo Sarlet (2010, p. 287) recorda que neste caso o Tribunal Constitucional Federal alemão (BVerfGE, 33, 303) afirmou que o direito de acesso ao ensino superior deve gerar uma prestação estatal que corresponda “ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo em dispondo o Estado dos recursos e tendo o poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável.” Acrescenta ainda que “poder-se-ia sustentar que não haveria como impor ao Estado 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, 2010, p. 287)

Em poucas palavras, a corte alemã proferiu decisão, de 18 de julho de 1972, em demanda judicial que foi ajuizada por estudantes que não haviam sido aceitos nas faculdades de medicina de Hamburgo e de Munique, em razão da política alemã da época que passara a limitar as vagas em cursos superiores. Os estudantes alegavam ofensa ao artigo 12 da Lei Fundamental

alemã, segundo o qual “todos os alemães têm direito de escolher livremente a sua profissão, local de trabalho e o seu centro de formação”. Com isso, o acesso à universidade passou a seguir padrões e critérios universais em toda a Alemanha, deixando mais claras e objetivas as “restrições de capacidade” (*Kapazitätsengpässen*) na distribuição de vagas nas universidades.

Com sua decisão, a Corte entendeu que o direito à prestação do número de vagas estava limitado pelas condições fáticas, criando um posicionamento no sentido de que somente poderia o cidadão exigir do Estado aquilo que razoavelmente pudesse esperar exigir da sociedade. Neste sentido, questões como dificuldades fáticas ou orçamentárias, deveriam ser tratadas com proporcionalidade, mediante a ponderação em sua aplicação, não podendo ser exigido do Estado prestações desproporcionais. Em sua origem a tese da reserva do possível não estava ligada unicamente à questão do erário, mas também à razoabilidade da pretensão proposta frente as possibilidades materiais e a importância do direito em questão. Com o tempo a reserva do possível passou a ser um limite para a efetivação de direitos sociais, por razões de fundo financeiro ou de impossibilidade de prestação jurisdicional.

Já no caso *numerusclausus* vimos um esboço do debate sobre os chamados custos dos direitos, o que significa dizer que a aplicação e a efetivação dos direitos fundamentais sociais implica investimentos por parte do poder público, e esses recursos surgem da arrecadação realizada por meio de tributos. Verifica-se tais custos mesmo quando estamos tratando de prestações negativas por parte do Estado. Fabiana Kelbert afirma que: “[O] mero reconhecimento dos custos de todos os direitos não configura uma questão problemática. Os problemas começam a surgir, por outro lado, quando se admite a escassez de recursos estatais para a promoção dos direitos fundamentais.” (KELBERT, 2011, p. 66)

Por não serem os direitos absolutos em si, existe uma possibilidade de flexibilização dos mesmos em face não somente de outros direitos, mas em relação às possibilidades reais de sua efetivação. Em contrapartida, qualquer possível flexibilização só será possível quando bem determinado o núcleo essencial que concerne principalmente à dignidade humana, considerada um mínimo a ser atingido e respeitado em qualquer situação. Nesse sentido, vale lembrar a famosa – e polêmica – obra *Costsofrights*, de CassSunstein e Stephen Holmes (1999), pois ambos autores ampliam essa discussão para toda a estrutura do Estado, associando a proteção de cada

direito à arrecadação tributária para tanto e, por consequência, terminam legitimando o debate público sobre quais direitos devem ser ou não tutelados pelo Estado. Sob a ótica de Sunstein e Holmes, a própria definição de um mínimo existencial seria questionável.

Em sentido menos extremado, Michelman alerta que os direitos sociais não diferem dos demais direitos garantidos pela constituição, os quais podem e devem ser sujeitos à ponderação para sua aplicabilidade no caso concreto, além de necessitarem de proteção pelo Poder Judiciário, estando este legitimado para fazê-lo quando necessário: “[O] fato de os direitos sociais criarem exigências orçamentárias e exigirem uma ação governamental e não apenas permitirem sua abstenção, não os torna radicalmente diferentes, do ponto de vista jurídico, de outros direitos constitucionalmente protegidos.” (MICHELMAN, 2005, p. 134)

Trataria, assim, de critérios de razoabilidade e proporcionalidade da pretensão face à necessidade de realização do direito. Se, por um lado, a discricionariedade administrativa não pode ser absoluta, por outro, ela também deve ser aplicada segundo esses critérios do que seria possível esperar dentro dos limites razoáveis e proporcionais de uso dos recursos públicos. O questionamento realizado por Michelman toca justamente nesse ponto, pois intenta saber, primeiramente, o que é razoabilidade em termos de flexibilização dos direitos sociais, e se, por consequência, a constitucionalização dos mesmos deveria produzir um efeito cogente nas políticas públicas.

Ocorre que a reserva do possível coloca-se como um limite para a efetivação de direitos, tendo em vista que tais direitos só poderiam ser exigidos, segundo tal concepção, dentro das condições fáticas possíveis encontradas pela administração pública. Olsen (2008, p. 199) afirma que, para alguns, a “reserva do possível configura limite imanente dos direitos fundamentais sociais, para outros, ela configura limite externo”. Diante dessas imprecisões, a reserva do possível acaba sendo tratada na jurisprudência brasileira de diversas formas: como princípio, como cláusula, como postulado e, ainda, como condições de realidade.

Parece inadequado, todavia, descrevê-la como *princípio*, pelo simples fato de não prescrever um determinado estado de coisas a ser atingido. Já a ponderação é utilizada, em relação à reserva do possível, para compreender o conflito entre os bens sociais perseguidos e a capacidade do Estado em poder supri-los frente a outros bens sociais, alegadamente de maior ou

menor importância. Por consequência, os termos *cláusula* ou *postulado* mostram-se mais adequados para se referir à reserva do possível, tendo em vista que ela estrutura a aplicação de normas no processo hermenêutico. Se a opção for por abandonar o âmbito normativo e focar apenas na dimensão fenomenológica, parecerá então mais adequado descrever o conceito em questão como uma *condição da realidade* que influenciará na aplicação dos direitos fundamentais. Ainda quanto às diferentes perspectivas de abordagem da reserva do possível, Kelbert (2011, p. 78) alude que a sua definição em termos de natureza jurídica seria a de que a mesma é um “limite fático e jurídico à efetivação dos direitos sociais”.

Não obstante as imprecisões conceituais que caracterizam o termo, inegável reconhecer que o modo como o conceito foi introduzido no Brasil aponta para uma limitação à realização dos direitos fundamentais. Entre as possíveis aplicações de recursos orçamentários, o governo deverá realizar escolhas que muitas vezes são em ordem de prioridade dos direitos a serem realizados. Sendo assim, os direitos que são preteridos nessas escolhas, acabam sendo, por consequência, relativizados. O mesmo ocorrerá quando a decisão for tomada por meio das vias judiciais. Portanto, o julgador deve ter esse aspecto em mente quando decidir casos com tal espécie de conflito.

Conforme podemos verificar no julgamento do RE 581.352 AgR/AM pelo Supremo Tribunal Federal, a aplicabilidade do conceito em tela à realidade brasileira é tida nos seguintes termos:

Cumpra advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.<sup>1</sup>

Em um primeiro olhar, significa dizer que a reserva do possível poderia ser vista como uma barreira à efetivação dos direitos, porém não poderia ser alegada nesse sentido caso trouxesse a aniquilação dos mesmos, anulando inclusive o núcleo essencial que diz respeito à dignidade da pessoa humana e o chamado mínimo existencial que dela decorre. Além disso, o relator do processo, Ministro Celso de Mello, ressalta que há um limite para a discricionariedade

administrativa, qual seja: “Mais do que nunca, é preciso enfatizar que o dever estatal *de atribuir efetividade* aos direitos fundamentais, *de índole social*, qualifica-se como expressiva limitação à discricionariedade administrativa.”

A limitação de recursos é contingência que acomete tanto os governos mais ricos como os mais pobres. No entanto, o gestor público não pode se esquecer que o objetivo central das constituições modernas pode ser resumido “na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência.” (BARCELLOS, 2002, p. 245)

Porém, o termo pode ser visto sob diferentes perspectivas. A questão relacionada ao “custo dos direitos” é apenas um dos aspectos em torno dos quais devemos refletir a reserva do possível, pois o referido conceito deve ser tomado com cuidados, uma vez que, caso seja seguida a lógica de Sunstein e Holmes, veremos que só existirá direitos aonde houver fluxo orçamentário que os permita. (Cf. GALDINO, 2005, p. 204) Antes de tudo, há que se evitar um esvaziamento dos direitos sociais, uma vez que a reserva do possível por si só pode permitir que a escassez de recursos seja sempre usada como um argumento para a não efetivação dos direitos fundamentais, sobretudo sociais.

A afirmação dos direitos sociais encontra fundamento na própria essência da Constituição Federal, uma vez que o Estado Democrático de Direito, erguido a partir de 1988, tem seus fundamentos e objetivos, nos artigos 1 e 3 do texto constitucional, dependendo de um comprometimento político-institucional em realmente efetivá-los em proveito dos cidadãos. Verificamos, assim, que: “[N]o entanto, ao conceber os direitos sociais como fundamentais, o Estado brasileiro assumiu um compromisso para com a sua efetivação, o que significa que deve pautar sua atividade com vistas à realização daqueles direitos.” (KELBERT, 2011, p. 76)

Isso significa dizer que as chamadas escolhas trágicas que deverão ser tomadas pelos administradores deverão sim levar em consideração a máxima efetivação dos direitos sociais, mesmo com a escassez de recursos enfrentada pelo Estado em algumas situações.



Passemos agora ao exame das três diferentes dimensões que são igualmente importantes para o entendimento do termo em objeto: a dimensão fática, a dimensão jurídica e a negativa.

## 2.2 POSSÍVEIS DIMENSÕES DE UM MESMO CONCEITO

### a) *Dimensão fática*

Conforme afirmamos acima, a ausência de recursos, a impossibilidade econômica para a não efetivação dos direitos fundamentais (os sociais, mais especificamente), implica somente em uma das dimensões sobre as quais incide a reserva do possível, i.e., a *dimensão fática*. E esses recursos podem ser de qualquer natureza, como econômicos, humanos ou quaisquer outros recursos materiais: “[O] que se observa é que não é apenas a escassez de recursos que se mostra problemática, mas sim, de que modo os recursos (limitados) são distribuídos.” (KELBERT, 2011, p. 79)

Um dos aspectos mais importantes a ser ressaltado nesse ponto é o fato de que essa escassez de recursos deve ser comprovada pelo poder público para que o mesmo possa alegar a reserva do possível como fundamento para a não efetivação de qualquer do direito fundamental social. Cabe alertar aqui que somente poderá ser ela usada como justificativa quando os parâmetros orçamentários estabelecidos na Constituição Federal tenham sido utilizados da forma correta. Significa dizer que cada arrecadação tributária possui uma finalidade, assim como cada ente federativo possui uma responsabilidade ou atribuição na destinação e aplicação de determinados recursos.

Somente poderá ser alegada a falta de recursos uma vez que esses critérios tenham sido corretamente seguidos e ainda sim não haja a possibilidade de efetivar determinado direito. Nesse sentido, Kelbert (2011, p. 78) afirma que “a dimensão fática da reserva do possível, umbilicalmente ligada à inexistência de recursos, é argumento que só pode ser aceito excepcionalmente, tanto pelo administrador público quanto pelo Judiciário. A escassez requer comprovação, assim como a aplicação de recursos existentes deverá estar afinada com as vinculações constitucionais.”

## ***b) Dimensão jurídica***

Além disso, temos também a segunda dimensão, a jurídica, que trata da objeção na indisponibilidade de recursos. Nesse caso, os recursos existiriam, mas por impossibilidade de mudança legal na sua destinação orçamentária é que os direitos não poderiam ser efetivamente tutelados. Aqui vemos mais de uma possibilidade, pois pode ocorrer que haja ausência de lei orçamentária, ou orçamento já aprovado em lei que não pode ser mudado, caso em que não possa haver remanejamento de verbas, ou ainda situações que envolvam a questão de regras de competência. (Cf. SARLET, 2010, p. 287-288)

Uma solução possível para casos dessa natureza seria o recurso à técnica da ponderação, permitindo que se faça questionamentos sobre qual a preponderância da fundamentalidade do direito em questão em relação à legitimidade orçamentária. Existiria, como ressalta Andreas Krell (2002, p. 53), diferenças socioeconômicas marcantes entre o sistema brasileiro e o alemão, de onde o termo teve origem, no tocante à aplicação dos recursos orçamentários, visto que aqui no Brasil corremos o risco de ver a reserva do possível sendo utilizada para justificar a exclusão social existente em nosso país e com a qual os administradores públicos precisam lidar. Segundo Krell (2002, p. 53), no Brasil seria o caso de responder a uma questão básica: quem diz, com base na reserva do possível, o que é considerado “possível”?

Assim como os direitos não são absolutos, a discricionariedade administrativa também não o deve ser. Deve então haver uma margem de controle da mesma por parte dos órgãos do Estado, o que muitas vezes acontece somente quando a demanda atinge as instâncias judiciárias. Perceba-se que mesmo os orçamentos públicos não são, nessa ponderação a ser realizada, absolutos. Com isso, vemos que o limite a ser observado em todos os casos toca a questão da dignidade humana, pois esta traz consigo o mínimo a ser respeitado em relação a qualquer indivíduo. Significa dizer que existe aqui uma barreira intransponível a ser observada, um ponto limite do qual nenhum gestor público pode se furtar. No momento em que esse mínimo deixa de ser observado, encontramos então a violação de um direito fundamental, seja ele social ou não. Entram aqui as questões do mínimo existencial e do núcleo essencial dos direitos, que trazem esse ponto de partida para o qual devemos considerar um direito como satisfeito.

Os conflitos que podem ser vistos na dimensão jurídica, ora em exame, devem partir do pressuposto de que “indisponibilidade de recursos encontra um limite no conteúdo mínimo inerente a todos os direitos, ou seja, mesmo o Judiciário estará legitimado a determinar uma despesa que vise à garantia do mínimo em conteúdo do direito pleiteado, sem que isso configure uma invasão na esfera de outro poder estatal.” (KELBERT, 2011, p. 87)

### ***c) Dimensão negativa***

Ainda temos a terceira dimensão da reserva do possível, i.e., a negativa. Trata da proteção contra o esvaziamento de outras prestações. Aqui o todo deve ser levado em consideração, ou seja, o conjunto de direitos a que faz jus um determinado indivíduo, visto que a proteção de um deles não deve ser excessivamente onerosa a ponto de impedir a realização de outros direitos. Também leva em conta a limitação dos direitos individuais em conflito com a coletividade. No dizer de Kelbert, verifica-se que “prestações que possam lesar a coletividade poderão deixar de ser satisfeitas, em face de uma potencial violação de outros direitos.” (KELBERT, 2011, p. 89)

Podemos também fazer uma alusão à questão da chamada vedação de retrocesso, trazendo aqueles direitos que já foram conquistados, concretizados, para um novo questionamento. Sendo assim, embora os direitos possuam um caráter relativo, eventuais ajustes que possam representar um retrocesso deverão ser devidamente justificados. Resta então dizer que o Estado está vinculado aos direitos fundamentais pela própria Constituição, devendo buscar não somente respeitá-los, mas promover a sua efetivação sempre no máximo possível.

Por fim, a faceta que mais nos importará para os objetivos desta pesquisa será a dimensão jurídica da reserva do possível, uma vez que buscaremos abordar alguns pontos referentes ao federalismo e ao sistema de distribuição de competências dos entes federativos, no tocante aos orçamentos e à disponibilidade de recursos. Além disso, buscaremos discutir meios de se superar os limites impostos pela reserva do possível ao exercício dos direitos sociais, em especial no tocante ao direito fundamental à educação infantil.

### **3 FEDERALISMO E TUTELA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Nesse momento, devemos examinar mais detidamente o federalismo no Brasil, em especial o modo como ele se estrutura e repercute na distribuição dos investimentos entre os entes federados. Existe um quadro orçamentário preconizado pelo texto constitucional, que distribui de forma específica os valores arrecadados pela tributação, permitindo que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios possam investir nas diversas áreas que se façam necessárias. Todavia, existem aspectos dessa distribuição que podem muitas vezes gerar o investimento inadequado ou insuficiente em determinados setores que seriam imprescindíveis para a população.

#### **3.1 DEFINIÇÃO CONCEITUAL DE FEDERALISMO E BREVE HISTÓRICO NO BRASIL**

Quando buscamos entender o federalismo no Brasil, necessitamos primeiramente compreender o conceito com o qual estamos lidando. Conforme podemos verificar, o federalismo é um sistema político que distribui os poderes e as funções de governo entre o órgão central e os entes políticos regionais, estabelecendo, então, um conjunto de direitos e deveres entre aqueles que serão chamados de entes federativos, as unidades que compõem esse sistema.

Recordando Kelsen, veremos que

O Estado federal caracteriza-se pelo fato de que o Estado componente possui certa medida de autonomia constitucional, ou seja, de que o órgão legislativo de cada Estado componente tem competência em matérias referentes à constituição dessa comunidade, de modo que modificações nas constituições dos Estados componentes podem ser efetuadas por estatutos dos próprios Estados componentes. (KELSEN, 1998, p. 453)

O regime federativo pressupõe a diversidade, onde há um governo central para todo o país e determinados governos regionais autônomos para as demais unidades territoriais. (Cf. MIRANDA, 2011, p. 147) Ainda existe a necessidade de que esse sistema forneça mecanismos e procedimentos para a resolução dos conflitos e disputas entre os entes, visto que existem competências comuns a eles, o que pode gerar dúvidas quanto ao fato de qual ente seria responsável por determinado investimento e também pela proteção de determinado direito

perante a população. O juspublicista Raymond Carré de Malberg (2004, p. 121), há quase cem anos, bem destacava que “se pode definir o Estado federal como um Estado cuja organização e funcionamento estão fundados em um princípio unitário e em um princípio federativo.” (tradução livre) Em outras palavras, o princípio unitário asseguraria a integridade e unicidade do Estado, sobretudo em relação ao exterior, enquanto que o princípio federativo asseguraria o equilíbrio entre os poderes políticos locais e o Estado federal em si, impedindo que o ônus pela proteção de dado direito recaia de modo demasiado oneroso sobre algum dos entes federados.

Oliveira e Santana (2010) ressaltam a assimetria entre as condições econômicas dos entes federados e a distribuição de competências previstas constitucionalmente. Na verdade, existe a questão de que, além da arrecadação obtida por cada Estado, por exemplo, com sua própria tributação, haverá também a distribuição dos valores arrecadados mediante a tributação realizada em todo o país, pelos tributos federais, que será de responsabilidade da União o posterior repasse aos demais entes federativos.

A referida assimetria refere-se à forma como os tributos são distribuídos em nosso sistema, pois haverá entes que receberão maiores valores, enquanto outros serão menos beneficiados com o fruto de determinadas tributações, como é o comparativo em relação à União e aos Estados, por exemplo. Porém, essa distribuição irá variar de acordo com a previsão constitucional, ou em referência a determinado tributo, assim como para as áreas de investimento possíveis. O sistema, como posto no caso brasileiro, gera uma tensão entre a centralização do poder e a sua descentralização, visto que ao mesmo tempo em que há um ente federado que concentra o maior poder, como é o caso da União, também os demais entes federados possuem poder de regulamentação e de investimentos em determinadas áreas. O federalismo cooperativo presente, no Brasil, especificamente na Constituição de 1988, estabeleceu uma federação em perspectiva de descentralização, o que traz maior desigualdade entre os entes federados do mesmo nível (os Estados, por exemplo), cabendo à União exercer um contrapeso no sentido de implementar ações supletivas na promoção de um maior equilíbrio ao sistema. Herdegen e Vogel (1993, p. 9) afirmam que o federalismo é um princípio de ordenamento político que tem por objetivo “unir certa unidade com uma certa multiplicidade.”

Em relação à questão histórica, Bonavides (1996) ressalta que as sementes do federalismo brasileiro justamente brotaram, já em meados de 1817, antes ainda de nossa independência, com o objetivo de uma descentralização, o que na prática não ocorreu, pois, na época, nossa primeira constituição fora notadamente unitária. Já durante a monarquia e até a proclamação da república, ocorreram diversas tentativas de criação do que seria uma Monarquia Federativa. Rui Barbosa, em 1889, já manifestava em suas obras o entendimento pelo federalismo, e então ao longo do tempo e da história do Brasil essa visão não foi abandonada, permanecendo vivo o objetivo de concretizá-la. Bonavides (1996, p. 342) ressalta que houve uma “[B]atalha política por uma organização federativa mais harmoniosa, mais justa e mais lógica (...)” Porém, embora na Constituição de 1891 já tenhamos optado pelo modelo federativo clássico, de inspiração estadunidense, foi durante a ditadura militar que a república, em 1967, passou a se chamar República Federativa do Brasil, estabelecendo, então, um federalismo cooperativo.

Isso nos faz entender um pouco mais sobre a origem do nosso federalismo, visto que Bonavides ressalta que o mesmo cresceu já permeado por ameaças autocráticas e autoritaristas em suas raízes históricas: “[M]as triste condição, essa do sistema federal em nosso país: ele já nasceu enfermo e cresceu raquítico, eivado de contradições e impurezas centralizadoras que lhe desfiguraram a imagem (...)” (BONAVIDES, 1996, p. 342). Ressalta que logo após a proclamação da República e, por consequência, da nossa primeira constituição republicana, em 1891, houve o que denomina de euforia descentralizadora, que teria gerado uma autonomia desenfreada, sem limitações por parte da União, colocando em risco inclusive a sobrevivência unitária do país. Em 1926, houve a promulgação de uma emenda que buscava maior intervenção federal novamente, e outras constituições vindas após apenas autorizavam que a União intervisse em caso de urgência, necessidade ou calamidade.

Em sua essência, havia anteriormente uma maior tradição autonomista, segundo ele, nos Municípios do que nas Províncias, em que haveria então uma realidade municipalista. Essa visão deveria, em seu entendimento, ter prosseguido, visto que teria então a caracterização genuína do federalismo pátrio, com suas linhas de evolução própria. Todavia, foi adotado, em vez disso, um modelo dualista União-Estados já desde 1891. Nesse sentido, ressalte-se que o

Município foi incorporado como ente federativo somente tardiamente, com a Constituição de 1988.

Podemos verificar, em relação ao histórico do federalismo no Brasil, que houve sempre um conflito quanto à descentralização ou não do poder, discutindo-se qual seria a medida correta para a participação e responsabilidade dos Estados e Municípios em nosso sistema federativo, assim como qual seria o papel da União na manutenção do sistema como um todo. Não houve, se assim podemos dizer, uma constância no sistema federativo brasileiro em sua forma de operação. Existiu, desde o princípio, um conflito em relação a como seria feita a administração e regulação do mesmo. Pode-se verificar isso pelo simples fato de que, desde a Constituição de 1891, variamos, uma constituição após a outra, de federalismos centralistas para cooperativos e vice-versa, sempre sob a influência dos humores que a política no momento apresentava.

### **3.2 O PAPEL DAS REGIÕES E DOS ENTES LOCAIS NA PROTEÇÃO DE DIREITOS**

Bonavides faz uma crítica ao fato de que, na formação da Constituição, houve a constitucionalização administrativa das regiões, mas o que não é feito, e deveria ser, é a “outorga constitucional das autonomias regionais.” (BONAVIDES, 1996, p. 339) Defende que o nosso país, com o sistema federativo atual, como está posto, seria uma “falsa federação”, em que há um círculo vicioso de submissão e dependência, pois está estabelecida uma dualidade União-Estado membro. Na verdade, entende que existe um conflito constante: “Em outras palavras, realidade de que o país federal se acha de todo divorciado.” (BONAVIDES, 1996, p. 339)

Defende que não deve haver, para que exista um equilíbrio do federalismo no Brasil, uma hipertrofia do poder central. Além disso, deve haver uma uniformidade tributária para que seja promovida a redução das desigualdades regionais, o que é um dos objetivos fundamentais consagrados pela nossa Constituição da República. Alega que tais objetivos “são de impossível concretização se não outorgarmos autonomia às regiões, se não lhes atribuirmos uma vontade política própria, autodeterminativa, co-partícipe na formação do poder governante em âmbito nacional.” (BONAVIDES, 1996, p. 344).

Eduardo Mendonça (2013, p. 373-374) também menciona com muita ênfase a importância do regionalismo para o desenvolvimento nacional como um todo. Relata que, em relação ao sistema orçamentário, ocorre com frequência a inexecução ampla e imotivada do orçamento, que são feitos cortes para áreas deficitárias, quando então o Poder Executivo retém, muitas vezes imotivadamente, as verbas, mesmo após processo deliberativo do orçamento. Refere que no Brasil o orçamento autorizativo traz previsões de gastos que não são obrigatórias, deixando para o Poder Executivo flexibilidade na execução orçamentária, gerando o que chama de “poder de não gastar”. (MENDONÇA, 2013, p. 375) Na verdade, verificamos que a Constituição Federal, ao regular as previsões orçamentárias, também autoriza apenas que as previsões de gastos deixem de ser realizadas, mas não que os valores possam ser usados em outra finalidade. O que tem ocorrido seria o fato de que muitas vezes o Executivo ignora a deliberação feita para o orçamento por ato unilateral, o que seria proibido. Por isso, ressalta Mendonça que o procedimento legislativo, para o caso do orçamento, é um fator de legitimação.

Oliveira e Santana (2010) afirmam que, em matéria orçamentária, o chamado Regime de Colaboração ampliou os níveis, incluindo o Município, deixando competências comuns no tocante à proteção de determinados direitos. Porém, alertam que há um descompasso entre os recursos disponibilizados a cada um e suas responsabilidades. Herdegen e Vogel (1993, p. 12) também defendem o fortalecimento das regiões através da cooperação e que deve haver um sistema que assegure a estabilidade e transparência mediante parâmetros essenciais previstos em lei, uma vez que o federalismo dá provas de sua eficiência quando é capaz de criar unidade e desencadear concorrência.

Dentro da distribuição das competências e responsabilidades em termos orçamentários, Mendonça (2013, p. 397-398) afirma que deve haver uma discricionariedade justificada que permita um maior controle político e social. A lei orçamentária não pode ser uma falseável pelo gestor público; deve haver uma racionalização a ser seguida, com critérios (motivos) objetivos.

Retornando a Bonavides, ele clama por uma nova ordem federativa que busque mais poder para desenvolver, não desagregar, o chamado federalismo das regiões, o que possibilitaria mais veracidade nas nossas instituições federativas. Traço característico do nosso federalismo é o



excesso de competências da União e o volume de atribuições do Presidente da República, com concentração horizontal e também vertical de poderes. Nesse sentido, Bonavides(1996, p. 383) acentua que “[N]o federalismo brasileiro coexistem três níveis de governo – o federal, o estadual e o municipal – observando-se absoluta preponderância do poder federal, com declínio da esfera estadual (autonomia dos estados membros) e estagnação da órbita municipal (autonomia dos municípios).” Afirma que o que existe é a ilusão de um federalismo cooperativo, pois há um Estado centralizador que cassou a autonomia dos entes federados. Alega que as disparidades regionais são o grito agudo da crise do federalismo que está posto, visto que uma região mais forte pode promover uma verdadeira batalha pelos incentivos fiscais. Em contrapartida, nas origens do federalismo, em sua essência, para os princípios do sistema federativo vemos que a autonomia e a participação são de extrema importância, o que implicaria na sua valorização na ordem constitucional. O sistema federativo é notadamente incompatível com carga centralizada de autoridade e limitada distribuição de poderes.

Sendo assim, pelo que pudemos constatar até então, existe uma dissonância entre o que é constitucionalmente previsto pelo sistema federativo em si, e o que temos na realidade brasileira. Verifica-se que a divisão de competências, prevista sobretudo nos artigos 21 a 30 da Constituição, trata a proteção aos direitos segundo um critério de complexidade intrínseca dos mesmos, por um lado, e segundo a amplitude e possível transindividualidade dos direitos envolvidos, por outro lado. Por exemplo, Educação em nível de pós-graduação é incentivada, preponderantemente, pela União, enquanto que a Educação nos seus primeiros níveis, como a Infantil e a Fundamental, é de competência dos Municípios e, no caso do Ensino Fundamental, dos Estados também. Ocorre que, como buscaremos desenvolver a seguir, a suposta baixa complexidade de alguns direitos não é proporcional ao impacto que a sua proteção pode gerar para aqueles entes responsáveis pela sua proteção imediata, cabendo um questionamento nesta seara.

## 4 REPENSANDO O DIREITO À EDUCAÇÃO INFANTIL A PARTIR DO PRINCÍPIO FEDERALISTA

### 4.1 A PREVISÃO CONSTITUCIONAL DE INVESTIMENTOS NA ÁREA DA EDUCAÇÃO INFANTIL

Algumas considerações devem ser feitas, neste momento, sobre a estrutura normativa da tutela do direito à Educação Infantil no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, dando especial atenção para as previsões constitucionais de investimentos na proteção do referido direito.

No que concerne às divisões de competências, vemos que o art. 30, da Constituição, determina que: “Compete aos Municípios: (...) VI – manter, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, programas de educação infantil e de ensino fundamental;” Gize-se, com especial vigor, esta norma do art. 30, pois será decisiva para a compreensão do argumento que será sustentado no item a seguir (3.2).

Especificamente ao direito à Educação Infantil, a Constituição Federal, em seu art. 208, fixa a regra maior e inicial em relação ao tema em objeto: “O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria; (...) IV – educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade;”

Depois da alteração na Lei de Diretrizes e Bases da Educação, pelo advento da Lei n. 12.796, de 04 de abril de 2013, o seu art. 30, II, passou a ter a seguinte redação: “A educação infantil será oferecida em: I – creches, ou entidades privadas, para crianças de até três anos de idade; II – pré-escolas, para as crianças de 4 (quatro) a 5 (cinco) anos de idade.”

Registre-se que a diferença entre creche e pré-escola é substancial: aquela trata do desenvolvimento físico, psicológico e cognitivo da criança, enquanto esta já inicia a aplicação de conteúdos pedagógicos que, futuramente, serão aprofundados no processo de ensino-aprendizagem.

Acrescente-se ainda o disposto no art. 212, parágrafo 3: “A distribuição dos recursos públicos assegurará prioridade ao atendimento das necessidades do ensino obrigatório, no que se refere à universalização, garantia de padrão de qualidade e equidade, nos termos do plano nacional de educação.” O caput do art. 212 também merece ser sublinhado: “A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino.”

A não destinação dos recursos mínimos previstos pela Constituição para a Educação costuma ser objeto de diversas ações judiciais. Quanto ao Ensino Infantil e a aplicação de recursos mínimos pelos Municípios, o entendimento do Supremo Tribunal Federal é pacífico no sentido do exposto no RE 465.066 AgR:

CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MATRÍCULA DE CRIANÇA DE ZERO A SEIS ANOS DE IDADE EM CRECHE E PRÉ-ESCOLAS MUNICIPAIS. FUNDAMENTOS INFRACONSTITUCIONAL E CONSTITUCIONAL. SÚMULA 283 DO STF. I - O acórdão recorrido determinou a matrícula de criança em creche municipal com apoio em fundamentos constitucional (art. 211, § 2º, da CF) e infraconstitucional (art. 54, IV, do Estatuto da Criança e do Adolescente). Manutenção do fundamento infraconstitucional. Incidência da Súmula 283 do STF. Precedentes. II - Agravo regimental improvido.<sup>2</sup>

Recorde-se que o mesmo entendimento vinha assentado no caso do RE 410.715 AgR, dando ênfase para o fato de que a discricionariedade administrativa dos entes municipais “não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social.”<sup>3</sup>

Devemos também analisar a norma que frequentemente é utilizada para fundamentar o dever de oferta universal de vagas em creches: o art. 54, IV, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90). A redação do referido artigo estabelece que: “É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente: (...) IV – atendimento em creche e pré-escola a crianças de zero a seis anos de idade”. Ou seja, trata-se de norma que não tem como gozar de eficácia plena, pois depende de regulamentação. Carece de norma regulamentadora porque não consegue por si mesma responder a perguntas práticas elementares, como a localização onde devem ser construídas, o número de crianças por creche ou pré-escola, o número de instituições por

---

*O direito à educação infantil reinterpretado a partir do princípio federalista: rumo a um “sistema único”?*

habitantes, o valor dos recursos a destinar, o modo de ingresso, os requisitos para o ingresso das crianças em tais creches ou pré-escolas etc.

Não se há de olvidar que o art. 22, XXIV, estabelece que é competência legislativa privativa da União legislar sobre “diretrizes e bases da educação nacional”, enquanto que o já citado art. 30, VI, trata da cooperação técnica e financeira do Município com a União e o Estado. Consequentemente, a norma prevista no art. 54, IV, do ECA dependerá, para poder gozar de eficácia, de norma regulamentadora a ser elaborada pelo Município.

No que tange a obrigatoriedade e universalidade do direito fundamental à Educação Infantil, o parágrafo primeiro do art. 208 da Constituição determina que “O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo”. Deste dispositivo constitucional podemos retirar três consequências diretas: (1) configura-se o direito público subjetivo à criança ser matriculada no ensino pré-escolar, a partir dos 4 (quatro) anos de idade; (2) dá-se a responsabilidade criminal dos pais ou responsáveis que se furtarem do dever constitucional de procurar matricular o(s) filho(s) no sistema educacional, tendo em vista o delito de abandono intelectual previsto no art. 243 do Código Penal; (3) incorrerá em responsabilidade fiscal o administrador público que não atender, no caso da educação infantil, os investimentos mínimos previstos, sobretudo no caput do art. 212 da Constituição.

Resumidamente, pais e poder público são legalmente obrigados, sob pena de responsabilização criminal e fiscal, respectivamente, a ter matriculadas no sistema de ensino todas as crianças que completarem 4 anos de idade, dando-se a entrada no pré-escolar. Já em relação à matrícula em creche, que inclui crianças até os 3 anos de idade, deve estar incluída no mínimo constitucional de 25% de recursos destinados para a Educação por parte dos Municípios. Todavia, quando satisfeito o referido investimento mínimo de 25%, não será possível falar em responsabilização fiscal do administrador público, mesmo que se esteja diante de uma situação concreta de ampla demanda por vagas.

## **4.2 AS DIFICULDADES ORÇAMENTÁRIAS DOS MUNICÍPIOS NA PROTEÇÃO DA EDUCAÇÃO: É POSSÍVEL UM “SISTEMA ÚNICO” PARA A EDUCAÇÃO INFANTIL?**

Do quadro normativo-constitucional recém exposto torna-se possível concluir, sem maiores dificuldades, que a competência dos Municípios na tutela da Educação Infantil é, praticamente, exclusiva. Aos demais entes federados, com base na regra da competência concorrente do art. 24 da Constituição, competirá qualquer responsabilidade neste setor da Educação apenas quando o Município não estiver em condições de prestar o serviço público e, destarte, proteger o direito à Educação. Ou seja, a ausência de uma maior integração no sistema permitirá que este se corrija somente depois que o serviço não estiver mais sendo prestado, ou então quando estiver sendo prestado em condições limitadíssimas, para que então o princípio federativo entre em atividade neste setor da Educação e possa atender às legítimas expectativas de pais e crianças prejudicadas pela omissão do poder público. Ora, alguma alternativa a esse cenário desalentador deve ser apresentada.

Se considerarmos os dados do IBGE que apontam a existência de 5.570 Municípios no Brasil, não será raro encontrar situações como a descrita acima: incapacidade de oferecimento local do serviço e a conseqüente necessidade de atuação de um outro ente federado. Se considerarmos, com a devida atenção, o fato de que a normativa constitucional, combinada com a infraconstitucional, sobre o tema, trata o direito à matrícula em creche como direito público subjetivo da criança, devendo ser gratuito e com acesso universal, não será necessário nenhum levantamento estatístico pormenorizado para descobrir que hoje um dos principais problemas que enfrentam os Municípios no Brasil é conseguir atender a demanda por vagas em creches. Trata-se de fato público e notório que nos últimos anos tem sido manchete constante nos noticiários jornalísticos. Ainda com base em dados do IBGE, vemos que mais de 90% dos Municípios possuem menos de 50 mil habitantes e modestíssimas receitas orçamentárias. A situação ganha ares de dramaticidade ao vermos que o Ministério da Educação e a Confederação Nacional dos Municípios divulgaram, amplamente durante todo o ano de 2013, dados e estudos que apontavam para um déficit de nada menos do que 8 milhões de vagas em creches para crianças com até 3 anos.

Embora a Constituição de 1988 não tenha estabelecido um sistema único para a Educação, como o fez com o Sistema de Saúde, a teleologia constitucional e os próprios dispositivos constitucionais que tratam da Educação Infantil permitem que pensemos acerca da viabilidade de um *Sistema Único de Educação Infantil*.

Em resumo, o que ocorre atualmente é um repasse de verbas da União, mais especificamente do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE) e do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica (FUNDEB), em situações de crise junto aos Municípios. Criado, em 2006, pela Emenda Constitucional 53 e regulamentado, em 2007, pelo Decreto 6.253, o FUNDEB se destinava, precipuamente ao Ensino Fundamental, tendo passado a versar maiores recursos para a Educação Infantil somente nos anos de 2013 e 2014, em virtude da avassaladora midiaticização que a falta de creches no Brasil acabou gerando. Já o FNDE, criado, em 1968, pela Lei 5.537, possui amplitude ainda maior, valendo para praticamente todo o contexto da Educação no Brasil. Em poucas palavras, o sistema normativo-constitucional de custeio da Educação Infantil parte, ordinariamente, do pressuposto de que os Municípios terão condições de arcar com seus custos, ficando para fundos, como o FUNDEB e o FNDE, a missão de, supletivamente, preencher os recursos faltantes em situações específicas. No entanto, como a ausência de recursos para a Educação Infantil é um cenário pandêmico, a exceção converte-se em regra e o sistema torna-se por completo subvertido. Se o Município de São Paulo/SP, com sua arrecadação anual que ultrapassa os 17 bilhões de reais, não tem condições de atender por conta própria as demandas por vagas em creches, havendo, no início de 2014, um déficit de mais de 140 mil vagas, o que pensar da situação de um Município como Pedro Leopoldo/MG? Com população de 62 mil habitantes e arrecadação anual de 17 milhões de reais, somente em 2005 veio a criar creches públicas, sob determinação judicial e ameaça de multa diária de 10 mil reais em caso de descumprimento da decisão judicial.

A criação de um Sistema Único de Educação Infantil permitiria:

- (1) a alta probabilidade de melhores níveis de remuneração para os profissionais da área, tendo em vista que seriam federalizados os padrões remuneratórios;
- (2) a padronização do nível de qualificação profissional exigido dos profissionais;

(3) a padronização dos modelos de espaços destinados para as creches, com a determinação de metragens máximas e mínimas das salas e demais espaços, bem como número máximo e mínimo de crianças por turma;

(4) a possibilidade de profissionais, como nutricionistas e assistentes sociais, por exemplo, trabalhando em um maior número de escolas, de modo exclusivo e em tempo integral, dando a devida atenção às particularidades locais que cada grupo possui;

(5) e, por fim, a criação de políticas nacionais voltadas para o Ensino Infantil, não apenas do ponto de vista de políticas institucionais, mas sim em termos de projetos político-pedagógicos capazes de estabelecer padrões mínimos para cada âmbito do desenvolvimento da criança.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sem ter a mínima pretensão de propor um novo sistema para a Educação Infantil, pretendemos chegar ao final do presente estudo em condições de, primeiramente, apontar a insuficiência e os perigos de argumentações jurídicas que buscam apenas limitar o exercício dos direitos fundamentais, sobretudo sociais, pelos seus titulares, como ocorre com a tese da reserva do possível. Tal tese, quando contrastada com a realidade eficiente do mundo, em especial, com a atual realidade da Educação Infantil no Brasil, torna-se desprovida de sentido e mesmo de legitimidade. Pretendemos ter mostrado, em segundo lugar, que o quadro normativo-constitucional acerca do tema em objeto coloca o direito fundamental à Educação Infantil como direito subjetivo da criança, estando dotado de universalidade e gratuidade.

Por fim, e em terceiro lugar, buscamos entrar no debate acerca das insuficiências do contexto orçamentário que custeia esse direito tão fundamental para a criança e para os pais trabalhadores. A crescente demanda por vagas, a frequente ocorrência de ambos pais trabalhadores e a velocidade das relações sociais em um mundo pós-moderno que impõe ao indivíduo o desenvolvimento de competências e habilidades cada vez mais diferenciadas, obriga o Estado a repensar a Educação como um todo, partindo-se, por óbvio, do momento inicial de todo o processo formativo: a Educação Infantil.

Propostas já foram levantadas no meio político e algumas até mesmo implementadas de modo incipiente em alguns Estados brasileiros. Todavia, a unicidade de um Sistema de Educação Infantil parece ser um passo decisivo para não apenas superar a crise atual, mas, sobretudo, para criar uma nova compreensão da Educação no Brasil. Recorde-se que o custo médio mensal de uma criança em creche municipal, durante tempo integral, é inferior a 700 reais, no corrente ano de 2014. Propor uma comparação com qualquer outra despesa pública poderia soar demagógico e falacioso neste momento de encerramento da pesquisa, mas não há como deixar de pensar o quanto representa – ou melhor, pouco representa – esses 700 reais/mês por criança em relação a outros tantos gastos públicos altamente questionáveis para o desenvolvimento dos objetivos da República (art. 3, da Constituição), como propaganda institucional de governos e isenções fiscais das mais variadas possíveis em nome de um suposto desenvolvimento socioeconômico. Isso para não citar os insólitos números estimados somente com propaganda eleitoral dos candidatos para a campanha presidencial de 2014: um bilhão de reais, segundo dados do próprio Tribunal Superior Eleitoral.... Paremos por aqui.

## NOTAS

- <sup>1</sup> STF – RE 581.352AgR/AM – Relator Min. Celso de Mello – Segunda Turma – Julgado em 29/10/2013.
- <sup>2</sup> RE 465066 AgR / SP - AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI Julgamento: 13/12/2006 - Órgão Julgador: Primeira Turma
- <sup>3</sup> RECURSO EXTRAORDINÁRIO - CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - RECURSO IMPROVIDO. - A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). - Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das "crianças de zero a seis anos de idade" (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. - 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. - Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. - Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à "reserva do possível". Doutrina. (RE 410715 AgR / SP - SÃO PAULO AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. CELSO DE MELLO Julgamento: 22/11/2005 - Órgão Julgador: Segunda Turma)

## REFERÊNCIAS

- AMARAL, Gustavo; MELO, Danielle. *Há direitos acima dos orçamentos?* In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org). *Direitos Fundamentais, orçamento e reserva do possível*. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p.79-100.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BONAVIDES, Paulo. *Constituição Aberta: Temas Políticos e Constitucionais da atualidade, com ênfase no federalismo das Regiões*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.
- GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- HERDEGEN, Mathias, VOGEL, Bernhard. *Federalismo e Estado de Direito*. São Paulo: Fundação Konrad-Adenauer-Stiftung. 1993.
- KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- KELBERT, Fabiana Okchstein. *Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- KRELL, Andreas. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*. Porto Alegre: SAFE, 2002.
- MALBERG, Raymond Carré. *Contribution à la Théorie générale de l'État*. Paris: Dalloz, 2004 [1922].
- MENDONÇA, Eduardo. *Da faculdade de gastar ao dever de agir: o esvaziamento contramajoritário de políticas públicas*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org). *Direitos*

Fundamentais, orçamento e reserva do possível. 2ªEd. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p.373-412.

MICHELMAN, Frank I. *A Constituição, os direitos sociais e a justificativa política liberal*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). *Jurisdição e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. Volume I, Tomo I. p. 131-156.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

OLIVEIRA, Romualdo Portela de Oliveira, SANTANA, Wagner (orgs.). *Educação e Federalismo no Brasil: combater as desigualdades, garantir a diversidade*. Brasília, Unesco, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org). *Direitos Fundamentais, orçamento e reserva do possível*. 2ªEd. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 13-50.

SUNSTEIN, Cass; HOLMES, Stephen. *Costs of rights: why liberty depends on taxes*. New York: Norton, 1999.

TIMM, Luciano Benetti. *Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia?* In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org). *Direitos Fundamentais, orçamento e reserva do possível*. 2ªEd. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 51-62.

TORRES, Ricardo Lobo. *O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org). *Direitos Fundamentais, orçamento e reserva do possível*. 2ªEd. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 63-78.

Recebido: 5/3/2015

Aprovado: 20/4/2015