

## O DIREITO À EDUCAÇÃO INFANTIL DIANTE DA DECISÃO DO STF NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1008166

Eduardo Casimiro do Prado<sup>1</sup>

Aline Sueli de Salles Santos<sup>2</sup>

**Resumo:** O presente artigo é um estudo da decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) tomada no Recurso Extraordinário 1008166, relativa à educação infantil, que atende crianças de 0 a 5 anos. Nesse sentido, será traçado um panorama histórico-social sobre o direito à educação no ordenamento jurídico brasileiro, com foco na educação infantil. Após, será analisado este direito de acordo com base na legislação e jurisprudência atuais, bem como será observada a construção da decisão mencionada. Para composição do presente ensaio foi utilizada a metodologia indutiva, a partir de uma pesquisa básica, com abordagem qualitativa e exploratória, tudo com o objetivo precípua de analisar o Recurso Extraordinário em tela. Conclui-se que a educação infantil constitui direito fundamental de todas as crianças de 0 a 5 anos, estendida, ainda, às idades posteriores. Tal direito é assegurado por normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade direta e imediata. Sua oferta pode ser exigida individualmente e o poder público tem dever jurídico de dar efetividade integral a essa norma constitucional.

**Palavras-chave:** Educação Infantil. Recurso Extraordinário 1008166. Supremo Tribunal Federal.

## THE RIGHT TO PRESCHOOL EDUCATION BEFORE THE STF DECISION IN EXTRAORDINARY APPEAL 1008166

**Abstract:** This article is a study of the decision of the Federal Supreme Court (STF) taken in Extraordinary Appeal 1008166, regarding early childhood education, which serves children from 0 to 5 years old. In this sense, a historical-social overview will be drawn on the right to education in the Brazilian legal system, with a focus on early childhood education. Afterwards, this right will be analyzed according to the current legislation and jurisprudence, as well as the construction of the mentioned decision will be observed. For the composition of this essay, the inductive methodology was used, based on a basic research, with a qualitative and exploratory approach, all with the main

---

1 Graduando de Direito da Universidade Federal do Tocantins. E-mail: [eduardo.casimiro@mail.uft.edu.br](mailto:eduardo.casimiro@mail.uft.edu.br)

2 Doutora em Direito pela Universidade de Brasília, docente de Bacharelado em Direito na Universidade Federal do Tocantins. E-mail: [alinesalles@mail.uft.edu.br](mailto:alinesalles@mail.uft.edu.br)

objective of analyzing the Extraordinary Appeal on screen. It is concluded that early childhood education is a fundamental right of all children from 0 to 5 years old, even extended to later ages. This right is guaranteed by constitutional norms of full effectiveness and direct and immediate applicability. Its offer can be demanded individually and the public power has a legal duty to give full effect to this constitutional norm.

**Keywords:** Child education. Extraordinary Appeal 1008166. Federal Supreme Court.

## 1 INTRODUÇÃO

O direito à educação é extraído da Constituição Federal e permeia a vida dos cidadãos brasileiros de forma muito significativa, seja na infância, seja na adolescência ou na vida adulta: a educação é processo contínuo. Ora, o ser humano constantemente é alcançado pela educação pois ela agrega o conhecimento necessário para viver e sobreviver.

O presente artigo tem como objetivo analisar a situação da oferta da educação para crianças de 0 a 5 anos, bem como sua aplicação prática na sociedade, tudo sob o escopo da Constituição Federativa do Brasil de 1988 e do Recurso Extraordinário (RE) 1008166, julgado pelo Supremo Tribunal Federal (STF), em 22 de outubro de 2022.

A justificativa reside na observância de que o tema em análise se encontra muito em voga na sociedade hodierna, conforme evidenciado pela decisão do STF e suas repercussões, objeto de análise primordial do trabalho, bem como pela importância da educação como um todo para a sociedade. Ademais, referido tema se demonstra complexo, devido à exigência de uma análise minuciosa do longo processo citado, que também é extremamente recente, comprovando o pioneirismo quanto ao estudo do tópico. Portanto, observadas pertinência e atualidade do tema, justifica-se a realização do presente artigo.

No tocante ao valor e relevância do direito à educação, de acordo com Mendes e Branco (2018), dentre os direitos sociais, a educação tem assumido importância predominante para a concretização dos valores tutelados pela Constituição e, principalmente, para a construção de um patamar mínimo de dignidade para os cidadãos. O autor também traz que o Brasil é marcado pelo histórico descaso no tocante à oferta educacional, descaso este que acarretou em problemas na concretização de inúmeros outros direitos fundamentais.

Por tal, a Constituição de 1988, em seu art. 205, preceitua que a educação deve ser promovida “visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho” (BRASIL, 1988). Assim, mostra-se evidente o caráter basilar do direito à educação na sociedade, uma vez que o próprio texto constitucional demonstra a extrema importância para a garantia desse patamar mínimo de dignidade para os cidadãos.

Contudo, embora a educação seja um direito fundamental garantido pela Constituição, nem sempre as Cartas Magnas brasileiras reconheceram esse direito com tamanha amplitude. O estudo do direito à educação dentro dos dispositivos

constitucionais ao longo da história do Brasil, assim como o contexto histórico da educação infantil no Brasil, isto é, a educação de 0 a 5 anos é tema de análise do primeiro capítulo deste artigo, buscando analisar seu processo formativo ao longo da história até chegar aos dias de hoje.

Posteriormente, e com o mesmo intuito de observar o processo de criação e evolução, o capítulo seguinte traz um estudo do surgimento da educação para crianças de 0 a 5 anos no Brasil, desde seu surgimento no final do século XIX até os períodos hodiernos. A análise atual conta com mudanças constitucionais específicas trazidas por emendas e dados apresentados pelo INEP, refletindo as dificuldades e problemas atuais da educação infantil e, por tal, servindo como base contextual para o posterior capítulo.

No terceiro capítulo do presente artigo encontra-se, substancialmente, o objetivo geral do trabalho: o estudo do processo do Recurso Extraordinário (RE) 1008166 até sua decisão plenária, realizada pelo Supremo Tribunal Federal. Concluído em 22 de outubro de 2022, a Suprema Corte, em suma, decidiu que há sim dever constitucional do Estado de assegurar o atendimento em creche e pré-escola às crianças de até 5 anos de idade, sendo de aplicação direta e imediata, sem a necessidade de regulamentação pelo Congresso Nacional. Por unanimidade, o colegiado também estabeleceu que a oferta de vagas para a educação básica pode ser reivindicada na Justiça por meio de ações individuais e processos administrativos.

Para o referido estudo, todas as peças e decisões do processo estão disponibilizados online no sítio eletrônico do STF, como a petição inicial e as manifestações das partes recorrentes e dos *amici curiae*. Assim, o método utilizado nesta pesquisa será o indutivo, visto que a partir de observações feitas de um determinado fenômeno, assim como a identificação de repetições nessas observações, é que haverá uma conclusão (MARCONI E LAKATOS, 2022). No caso, será analisada, principalmente, a decisão do STF discutida no RE 1008166, relativa à educação infantil.

Nesse âmbito, será feita, também, a análise das sessões nas quais houve o julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 1.008.166. Esse estudo se dará com intuito de observar as deliberações dos ministros do STF, de estudar a formação da decisão judicial no referido órgão colegiado e enxergar como se deu a decisão do recurso em tela.

A natureza da pesquisa é básica, pois é definida principalmente por seu foco em aprofundar o conhecimento, no caso específico, sobre a educação de 0 a 5 anos e sobre como será aplicada. Quanto à abordagem do problema, esta é qualitativa, pois não se prende somente a números e estatísticas, mas a critérios objetivos. Já passando a analisar quanto ao objetivo da pesquisa, observa-se que se classifica como exploratória pois procura explorar um problema, de modo a fornecer informações para uma investigação mais precisa (MARCONI E LAKATOS, 2022).

Para fundamentar o presente ensaio, serão utilizadas pesquisas bibliográficas, para discorrer acerca do tema; pesquisa documental e estudo de caso, analisando

critérios o RE 1008166 e seus desdobramentos, tanto quanto às deliberações processuais como às alternativas e aplicações do processo.

No âmbito da análise minuciosa da decisão do referido recurso, seria de suma importância que fosse analisado o acórdão da decisão, entretanto, o mesmo foi disponibilizado somente após o início da redação deste artigo. Porém, observando que um acórdão designa um texto composto por todos os atos da sessão deliberativa, apresentados em sequência, desde o relatório até os votos (individualmente considerados) e os debates orais, mostra-se relevante que sejam observadas as manifestações orais na sessão plenária dos ministros do Supremo Tribunal Federal, uma vez que estas são a formação, a construção da decisão, bem como sua fundamentação.

Por fim, o último capítulo trará as considerações finais acerca da resolução do RE 1.008.166 e do trabalho como um todo, carregando consigo toda a bagagem oriunda dos capítulos anteriores para entender em que pé o direito à educação infantil se encontra e como vai se efetivar a partir da referida decisão.

## **2 A EDUCAÇÃO COMO DIREITO CONSTITUCIONAL: DO IMPÉRIO À CONSTITUIÇÃO DE 1988**

A Constituição Federal é o conjunto de normas que rege o país, ocupando o topo da hierarquia legal de uma nação (MOTTA, 2021). No Brasil, a atual Constituição foi promulgada em 1988 e dita regras, disciplina o ordenamento jurídico, organiza o papel do poder público, elenca e limita poderes e funções e estabelece direitos para setores e cidadãos. Entre estes direitos estabelecidos está o direito à educação, disciplinado nos artigos 6º e 205 do referido texto, onde sua importância e amplo alcance são definidos (BRASIL, 1988).

Embora hoje a educação tenha um alcance abrangente e os próprios legisladores constituintes, bem como estudiosos da Constituição e autores focados no aspecto educacional pedagógico a descrevam como um pilar fundamental para o fortalecimento da sociedade brasileira, é fato que a educação ainda passa por muitos empecilhos para sua concretização universal. Como bem observa Victor (2011, p. 12-13) “a deficiência das políticas públicas destinadas à educação conduz à inevitável judicialização da matéria”.

Para se falar do cenário do direito à educação atualmente, é necessário analisar seu processo formativo dentro do país, observar seu contexto histórico e como suas raízes no passado moldaram o presente, uma vez que a Constituição é um instrumento do processo civilizatório. Ela tem por finalidade conservar as conquistas incorporadas ao patrimônio da humanidade e avançar na direção de valores e bens jurídicos socialmente desejáveis e ainda não alcançados (BARROSO, 2018).

Primeiramente, é importante salientar que todas as constituições brasileiras trataram da educação, seja de maneira superficial e vaga, ou de forma mais ampla, como a atual. O histórico deste direito, portanto, nasce já com a primeira

Constituição nacional, a de 1824, que estabeleceu a gratuidade da instrução primária para todos os cidadãos e previu a criação de colégios e universidades. A primeira Carta Magna do Brasil foi “fortemente influenciada pela Revolução Francesa, com seus ideais de liberdade, igualdade e fraternidade” (LUNA, *et al.* 2017), contudo elenca apenas um artigo tratando sobre a educação, especificando o tema em dois breves parágrafos, sendo estes sobre a “inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros” e “a instrução primária é gratuita a todos os cidadãos” (art. 179, §32) (BRASIL, 1824), ou seja, esta primeira Constituição já estabeleceu a gratuidade da instrução primária para todos os cidadãos.

Ainda dentro do tema, o referido texto constitucional previu a criação de colégios e universidades, como se vê: “Colégios e universidades, onde serão ensinados os elementos das ciências, belas letras e artes” (art. 179, §33) (BRASIL, 1824).

Decorridos sessenta e cinco anos de vigência da Constituição outorgada em 1824, desponta uma nova Carta Magna que, de acordo com Vieira (2007), é produto do alvorecer de uma República marcada por contradições por ter sido proclamada pelo Exército e ter à frente um monarquista.

A Constituição de 1891, marcada pela substituição do regime monárquico pelo republicano, trouxe então a descentralização política do país, com o federalismo, e, nessa esteira, do ensino, que antes estava sob controle da Coroa. O artigo 35 incumbiu ao Congresso Nacional a tarefa de “criar instituições de ensino superior e secundário nos Estados” (BRASIL, 1891). No aspecto republicano de rompimento com a Igreja, a Constituição determinou a laicização do ensino nos estabelecimentos públicos, conforme extraído de seu artigo 7, § 6º.

Contudo, a partir de 1930, segundo Vieira (2007), a educação passa a ser um assunto mais em voga, em especial pela criação do Ministério de Educação e Saúde, pelo então presidente provisório Getúlio Vargas, e o surgimento do movimento Escola Nova, de 1932, cujas ideias serviram de norte para a educação nacional e impulsionou reformas educacionais nos Estados Brasileiros.

Neste contexto surgiu a Constituição de 1934, que dedicou um título à família, à educação e à cultura, tendo sido a primeira da história do Brasil a dedicar um capítulo inteiro para tal. A referida Carta Magna manteve a base educacional prevista anteriormente, incumbindo à União a função de traçar as diretrizes da educação nacional (art.5º, XIX) (BRASIL, 1934), e de fixar o Plano Nacional de Educação, compreensivo do ensino de todos os graus e ramos, comuns e especializados, organizar e manter os sistemas educativos dos Territórios. Entre as normas estabelecidas para o Plano Nacional de Educação estão o “ensino primário integral e gratuito e de frequência obrigatória extensivo aos adultos e tendências à gratuidade do ensino ulterior ao primário, a fim de o tornar mais acessível”(art. 150, parágrafo único, “a” e “b”) (BRASIL, 1934).

Logo em seguida, em 1937, uma nova Constituição foi outorgada pelo presidente Getúlio Vargas, sendo “claramente inspirada nas constituições de regimes fascistas europeus” (VIEIRA, 2007). No que concerne à Educação, o Estado Novo, utilizando-se da nova Constituição, “concedeu acentuado privilégio ao ensino

particular, reservando ao Estado uma função suplementar de preencher deficiências e lacunas desse ensino.” (HERKENHOFF, 1987 *apud* LUNA, *et al.* 2017).

Como se observa, em certa medida, nesta Carta Magna, o dever do Estado para com a educação é colocado em segundo plano, evidenciando sua concepção de que a educação pública é aquela destinada aos que não puderem arcar com os custos do ensino privado, em uma função subsidiária. Tal pensamento é evidenciado no artigo 129 da referida Constituição, que dispõe:

Art. 129 - A infância e à juventude, a que faltarem os recursos necessários à educação em instituições particulares, é dever da Nação, dos Estados e dos Municípios assegurar, pela fundação de instituições públicas de ensino em todos os seus graus, a possibilidade de receber uma educação adequada às suas faculdades, aptidões e tendências vocacionais. (BRASIL, 1937).

Ademais, do texto constitucional mencionado, extrai-se que a educação física, o ensino cívico e o de trabalhos manuais tornaram-se obrigatórios em todas as escolas primárias, normais e secundárias; ao passo que a educação religiosa se tornou facultativa, nos termos dos artigos 131 e 133 da referida Carta (BRASIL, 1937).

Após a II Guerra Mundial e a queda do Estado Novo, surge então a Carta de 1946, que traz um resgate dos princípios das Constituições de 1891 e 1934 e discorre sobre o direito à educação em seu art. 5º, inciso XV, alínea d, tratando-o como direito de todos e enfatizando a ideia de educação pública (BRASIL, 1946). Contudo, conforme discorre Vieira (2007), não há neste texto constitucional um vínculo direto entre esse direito e o dever do Estado em um mesmo artigo, como ocorrera no texto de 1934. O artigo 167 da Constituição de 1946 traz que “o ensino dos diferentes ramos será ministrado pelos Poderes Públicos e é livre à iniciativa particular, respeitadas as leis que o regulem” (BRASIL, 1946).

Além disso, é mantida a competência da União para legislar, englobando as diretrizes e bases da educação nacional; e mantida a competência residual para os Estados, com a responsabilidade de inserção dos sistemas de ensino nacional e estadual. Em seu artigo 169, esta Constituição trouxe a inovação da vinculação de recursos para a educação, estabelecendo que a União deve aplicar nunca menos de 10% e Estados, Municípios e Distrito Federal nunca menos de 20% das receitas resultantes de impostos na “manutenção e desenvolvimento do ensino” (BRASIL, 1946).

Contrastando com a experiência de democratização vivenciada anteriormente, em 1964 o Brasil seria marcado, novamente, pelo autoritarismo, instalado a partir do golpe militar. Nesse contexto surge a Constituição de 1967, marcada por traços fortes de censura (LUNA, *et al.* 2017). A educação foi fortalecida no âmbito privado, conforme se extrai de seu art. 168, § 2º, quando afirma que, “respeitadas as disposições legais, o ensino é livre à iniciativa particular, a qual merecerá o amparo técnico e financeiro dos Poderes Públicos, inclusive bolsas de estudo” (BRASIL, 1967).

Com o fim do regime ditatorial no Brasil e o processo de redemocratização do país, nasce a Constituição de 1988, que vigora até os dias atuais. Conforme Vieira (2007), a atual Constituição Federal considera a educação como sendo um direito social, previsto no Título II, que trata dos Direitos e Garantias Fundamentais. Segundo o art. 6º, “são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição” (BRASIL, 1988).

Como bem observa Sousa (2010, p. 19), a atual Constituição tratou de assegurar o que se denomina de “mínimo existencial como base principiológica para a concretização dos direitos fundamentais, mais especificamente do direito à educação”. Assim, segundo a autora, o direito à educação representa um

[...] pressuposto para a sobrevivência do Estado de Direito, porque ele enseja a própria condição de desenvolvimento da personalidade humana de cada indivíduo, conseqüentemente, da cidadania. De maneira geral, busca-se mostrar o direito à educação como um direito de conteúdo inseparável do conceito de “mínimo existencial” (SOUSA, 2010. p. 19)

Com base nesse pressuposto, a Constituição Federal de 1988 é a mais extensa e detalhada Carta Magna brasileira até então no tocante ao assunto educacional, tratando do tema em dez artigos específicos (arts. 205 a 214) e figurando em quatro outros dispositivos (arts. 22, XXIV, 23, V, 30, VI, e arts. 60 e 61 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT) (BRASIL, 1988).

De forma mais específica, é disposto no artigo 205 que a educação: “é direito de todos e dever do Estado e da família, devendo ser promovido e incentivado 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, 1988).

Em sintonia com o momento de abertura política, o espírito do texto é o de uma “Constituição Cidadã” que propõe a incorporação de sujeitos historicamente excluídos do direito à educação, expressa no princípio da “igualdade de condições para o acesso e permanência na escola” (VIEIRA, 2007, p. 14).

Além disso, a CF/88 traz as seguintes conquistas no âmbito educacional: a educação como direito público subjetivo (art. 208, § 1º); o princípio da gestão democrática do ensino público (art. 206, VI); o dever do Estado em prover creche e pré-escola às crianças de 0 a 6 anos de idade (art. 208, IV); a oferta de ensino noturno regular (art. 208, VI); o ensino fundamental obrigatório e gratuito, inclusive aos que não tiveram acesso em idade própria (art. 208, I); o atendimento educacional especializado às pessoas com deficiências (art. 208, III) (BRASIL, 1988).

No tocante às competências, por seu turno, é mantida a competência privativa da União para “legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional” (art. 22, XXIV); e compartilhada com os Estados, o Distrito Federal e os Municípios para “proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência” (art. 23, V); aos municípios é atribuída a manutenção, “com a cooperação técnica e financeira da

União e do Estado, os programas de educação pré-escolar e de ensino fundamental” (art. 30, VI); e a orientação reforçada na determinação de sua atuação prioritária no ensino fundamental e pré-escolar (art. 211, § 2º) (BRASIL, 1988).

Essa formatação é discorrida pela Constituição em seu artigo 211, que dispõe que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios devem organizar seus sistemas de ensino em regime de colaboração. Assim, a União organiza e financia “o sistema federal de ensino e o dos Territórios” e presta “assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos municípios para o desenvolvimento de seus sistemas de ensino e o atendimento prioritário à escolaridade obrigatória”, conforme redação extraída do artigo 211, § 1º do texto constitucional (BRASIL, 1988).

Frise-se que, acerca da liberdade de ensino, o legislador constituinte inverteu a lógica da primazia das escolas particulares, evidenciado em textos anteriores, quando trouxe que “o ensino é livre à iniciativa privada”, observando-se o “cumprimento das normas gerais da educação nacional” e a “autorização e avaliação de qualidade pelo poder público” (art. 209, I e II) (BRASIL, 1988).

Por fim, cabe ainda mencionar a previsão de lei específica para estabelecer o Plano Nacional de Educação (art. 214), assim como a concentração de esforços do Poder Público na eliminação do analfabetismo e na universalização do ensino fundamental (ADCT, art. 60) (BRASIL, 1988). Por essa razão, o primeiro Plano Nacional de Educação (PNE) entrou em vigor através da Lei nº 10.172, de 9 de janeiro de 2001. O atual Plano Nacional de Educação, ou Lei nº 13.005, de junho de 2014, possui vigência até 2024, observado o preceito constitucional desse mesmo art. 214 de que o Plano deve ter duração de dez anos (BRASIL, 1988).

Pelo exposto, observa-se que a presença ou ausência da temática da educação nas Constituições brasileiras evidencia seu menor ou maior grau de importância ao longo da história nacional. Nas primeiras Constituições (1824 e 1891), as referências são mínimas, ilustrando sua pequena relevância para a sociedade da época. Com o aumento da demanda por acesso à escola, a presença de artigos relacionados com o tema cresce significativamente nas Constituições posteriores (1934, 1937, 1946, 1967 e 1988) (VIEIRA, 2007).

De acordo com Mendes e Branco (2018), o histórico descaso do Estado no que diz respeito ao oferecimento de uma rede educacional extensa e de qualidade, acarretou em problemas quanto à aplicação efetiva e universal do direito à educação, bem como na marginalização de amplos setores da sociedade, prejudicando, inclusive a concretização de outros direitos fundamentais.

Tais consequências são facilmente notadas no direito à educação de 0 a 5 anos, pois, como se observa, “o reconhecimento da criança como sujeito de direitos é recente e foi marcado por embates e discussões da sociedade civil, que resultaram na criação de políticas e de leis” (MOLETTA *et al.* 2018. p. 18). Razão pela qual o tema da educação infantil para crianças de 0 a 5 anos merece uma atenção mais acurada na presente pesquisa.



### 3 O HISTÓRICO DA EDUCAÇÃO DE 0 A 5 ANOS NO BRASIL

De acordo com Marafon (2017), a educação propriamente dita da primeira infância surge com o médico alemão Friedrich Froebel que, de forma pioneira, fundou os *Kindergarden* (jardins-de-infância), fazendo evidente alusão ao jardineiro que cuida da planta desde pequenina para que ela cresça bem, uma vez que os primeiros anos das crianças são considerados fundamentais para o seu desenvolvimento posterior.

Moletta *et al* (2018) corroboram com esse pensamento quando destacam que a infância representa um momento muito importante para o desenvolvimento da criança e de suas habilidades, especialmente para áreas como expressão e comunicação. Contudo, as autoras pontuam que tal compreensão só se legitimou ao final do século XIX e início do século XX, após intensa luta, cujo movimento permanece atual para que a infância e a criança sejam reconhecidas na condição de ser em desenvolvimento.

O atendimento às crianças de 0 a 6 anos foi evoluindo na Europa e a ideia chegou ao Brasil no final do século XIX, pois antes deste período, o atendimento de crianças pequenas longe da mãe em instituições como creches praticamente não existia (MARAFON, 2017). Essa situação mudou em razão de fatores como a migração para a zona urbana, a participação da mulher no mercado de trabalho e as mudanças na organização e estruturas familiares.

Contudo, a história do Jardim de Infância, no Brasil, inicia-se em 1875, ocasião em que Joaquim Menezes Vieira e sua esposa, D. Carlota, inauguram uma instituição com o objetivo de atender crianças entre 5 e 7 anos (KISHIMOTO, 2002 *apud* SILVA e SOUSA, 2017).

Nesse período surgiu, também, o movimento Escola Nova, que defendia melhorias e ampliações no setor educacional, estando entre essas requisições um ensino focado na infância. Havia, então, a reivindicação de mais vagas em instituições de ensino assegurando o direito de atendimento da criança e do adolescente. Mulheres trabalhadoras também encabeçavam muitos movimentos nos anos 20 e 30, pleiteando locais para deixar seus filhos durante os horários de trabalho (MARAFON, 2017).

Nota-se que:

No século XIX, no Brasil, não havia programas de educação voltados para a educação infantil. As crianças das classes sociais mais favorecidas tinham acesso à educação por meio de professores em suas residências. A partir de 1920, surgiram jardins de infância, mas ainda voltados às classes favorecidas. Muitas crianças de classes trabalhadoras trabalhavam, e aquelas que eram órfãs ou consideradas delinquentes recebiam atendimento assistencial em internatos ou orfanatos (MOLETTA *et al*, 2018. p. 18).

Marafon (2017) complementa, ainda, que esse pleito foi resolvido pela iniciativa privada, em grande parte por meio da filantropia e instituições beneficentes para a classe mais abastada, isto é, creches para as mães trabalhadoras. Portanto, o

Estado nesse período agia apenas como fiscalizador das instituições privadas que de fato prestavam o serviço. A exemplo disso, ainda segundo a autora, em 1930 o Ministério da Educação e Saúde traz uma nova preocupação, a de organizar as instituições para evitar a marginalidade e a criminalidade, pois se tratava de crianças pobres.

Observa-se que o nascimento das instituições voltadas à criança no Brasil é influenciado por processos de industrialização do país e do mundo. Este tipo de instituição caracterizava-se, desde já, como um “mal necessário”, destinado a cuidar de crianças enquanto suas mães estivessem nas fábricas, trabalhando. As personagens – que no cenário social atuam com o cuidado e a educação de crianças em seus lares – seriam as mesmas a atuarem nos asilos e nas instituições de Educação Infantil criadas no início do século, com este mesmo objetivo de cuidar e educar, ou seja, funções historicamente construídas, baseadas na versão masculina do trabalho da mulher (OLIVEIRA, 2005 *apud* SILVA e SOUSA, 2017).

Posteriormente, durante a década de 60, foi aprovada a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei nº 4024, de 20 de dezembro de 1961), pela primeira vez incluindo os jardins-de-infância no sistema de ensino, ainda que não fossem da alçada do poder público. A referida lei estabelecia que:

Art. 23 – A educação pré-primária destina-se aos menores de até 7 anos, e será ministrada em escolas maternas ou jardins-de-infância.

Art. 24 – As empresas que tenham a seu serviço mães de menores de sete anos serão estimuladas a organizar e manter, por iniciativas próprias ou em cooperação com poderes públicos, instituições de educação pré-primária (BRASIL, 1961).

Novas mudanças na Consolidação das Leis de Trabalho (CLT), ocorridas em 1967 (período do regime militar), trataram o atendimento aos filhos das trabalhadoras apenas como questão de organização de berçários pelas empresas, abrindo espaço para que outras entidades, afora a própria empresa empregadora da mãe, realizassem aquela tarefa por meio de convênios. O poder público, contudo, não cumpriu o papel de fiscal da oferta de berçários pelas empresas. Assim, poucas creches e berçários foram nelas organizadas (OLIVEIRA, 2002, *apud* MARAFON, 2017).

Como resultado do contexto histórico de industrialização, urbanização e manifestações sociais mencionados anteriormente, em 1988 foi promulgada a Constituição Federal da República Federativa do Brasil, sendo a primeira Carta Magna brasileira na história da educação infantil a garantir o direito das crianças de 0 a 6 anos frequentarem creches e pré-escolas. Moletta *et al* (2018) pontuam que nas duas décadas, de 1970 e 1980, a luta por creches para a educação infantil teve participação atuante e decisiva do movimento feminista, evidenciando as transformações do papel da mulher na sociedade brasileira. Por essa razão, o direito de toda criança receber atendimento adequado na educação infantil, especialmente de 0 a 5 anos de idade, está diretamente relacionado ao direito da mulher, garantindo, por conseguinte, mais respeito e sua cidadania plena. Para as autoras, a

correlação entre o direito das mulheres e das crianças fica evidente na reivindicação por creches para as crianças de mães trabalhadoras e, também, no direito de as mães somente voltarem ao trabalho após os 120 ou 180 dias de licença maternidade a que têm direito.

Dessa forma, os artigos 205 e 208 da Constituição Federal de 1988 estabelecem:

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.

(...) Art. 208. O dever do Estado com a Educação será efetivado mediante a garantia de:

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

IV - atendimento em creche e pré-escola às crianças de 0 a 6 anos de idade. (BRASIL, 1988).

Como se nota, além de ter ampliado os direitos à educação, também houve um comprometimento quanto à democratização e universalização do direito à educação. Porém, sua concretização ficou em segundo plano e foi apenas em 1990, com a criação do Estatuto da Criança e do Adolescente que se efetivou a consolidação dos direitos das crianças adquiridos por meio da Constituição, em especial em seu artigo 208, IV (OLIVEIRA, 2005 *apud* SILVA e SOUSA, 2017)

Com o advento da Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB), Lei nº 9.394/96, a educação infantil foi organizada junto com todo o sistema educacional brasileiro, passando a fazer parte do sistema nacional de ensino, como determina o art. 21, “a educação escolar compõe-se de: I - educação básica, formada pela educação infantil, ensino fundamental e ensino médio; II - educação superior” (BRASIL, 1996). Nesse contexto, a própria lei tratou de defini-la como:

Art. 29. A Educação infantil, primeira etapa da educação básica, tem como finalidade o desenvolvimento integral da criança até seis anos de idade, em seus aspectos físico, psicológico, intelectual e social, complementando a ação da família e da comunidade (BRASIL, 1996).

De acordo com Silva (2020), a educação infantil tem função de educar e cuidar, visto que a LDB de 1996 definiu que educar e cuidar são os princípios norteadores e aspectos indissociáveis da educação da criança de 0 a 6 anos de idade.

Com essas mudanças trazidas, a educação infantil brasileira passa a ter como foco o desenvolvimento integral da criança como indivíduo na sociedade onde vive, abordando ainda, o cuidado relacional, onde a criança estará se socializando com o ambiente que a cerca; cuidado individual, onde a criança deverá aprender sua peculiaridade em relação aos outros; no geral, a escola deveria estar apta a observar, e assim, cuidar de cada criança como “ser único” e “ser social” conjuntamente, compreendendo o processo de desenvolvimento da criança como indivíduo na sociedade. (SILVA, 2020).

Ainda no bojo da evolução legislativa, no ano de 2009, com a Emenda Constitucional nº 59, surge nova alteração no cenário da educação infantil brasileira, tornando obrigatória e gratuita a Educação Básica dos 4 aos 17 anos de idade, nos termos do art. 208, I. Consequentemente, crianças que completam seis anos após a data de 31 de março teriam matrícula assegurada na primeira etapa da educação básica, ou seja, o direito de frequentar a pré-escola. Observa-se, então, o compromisso com a universalização do direito à educação infantil, previsto na Constituição de 1988.

Objetivando um olhar hodierno, tem-se o Censo Escolar 2022, divulgado pelo INEP, que informa dados acerca do progresso educacional no Brasil. De acordo com o documento, na faixa etária adequada à creche (até 3 anos de idade), o atendimento escolar foi de 36,0% no ano de 2022, totalizando 3,9 milhões de alunos matriculados, próximo ao patamar observado em 2019, quando o atendimento era de 35,6%, contudo um número que demonstra distância para a efetivação total do direito à educação. Ademais, dos 2,6 milhões de alunos matriculados em creches públicas, 99,8% destes estão matriculados em escolas municipais (INEP, 2022).

Discorrendo especificamente sobre a pré-escola, (4 a 5 anos de idade), o Censo informou que, em 2022, o atendimento escolar foi de 91,5% para esse público, uma diminuição de 1,4% em relação aos números de 2019, ano pré-pandêmico, demonstrando a dificuldade da universalização da educação infantil no Brasil (INEP, 2022).

Nesse contexto, cabe mencionar o disposto no atual Plano Nacional de Educação, ou Lei 13.005/14, com vigência até 2024 e tendo como meta primária a universalização, até 2016, da educação infantil na pré-escola para as crianças de 4 (quatro) a 5 (cinco) anos de idade; e ampliar a oferta de educação infantil em creches de forma a atender, no mínimo, 50% (cinquenta por cento) das crianças de até 3 (três) anos até o final da vigência deste PNE (BRASIL, 2014). Observando os dados do Censo Escolar 2022, no tocante à educação infantil em creche, os objetivos do PNE representam uma ampliação dos atuais 3,9 milhões para algo em torno de 5 milhões de matrículas; já quanto à universalização da pré-escola, isso representaria um aumento de aproximadamente 470 mil matrículas.

De modo sintetizado, cabem as palavras de Sousa (2010), quando observa que antes da Constituição Federal de 1988, a preocupação por parte do Estado em garantir uma educação de qualidade a todos os cidadãos era mínima e o ensino público, até então, tratado de forma assistencial. Contudo, apesar dos avanços inseridos recentemente e da superação dessas compreensões equivocadas, a autora pontua que o direito à educação ainda demanda mais políticas públicas por parte do Estado brasileiro, com atenção aos princípios constitucionais, em especial o da dignidade humana, o da igualdade e o da solidariedade.

## 4 O RE 1008166 NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O presente capítulo deste artigo almeja inserir à discussão um estudo acerca do Recurso Extraordinário (RE) 1008166, com Repercussão Geral (Tema 548), em que se discute se é dever do Estado assegurar o atendimento em creche e pré-escola a crianças até cinco anos de idade. *A priori* será feita uma análise dos precedentes do caso e, em seguida, um exame mais acurado acerca das sessões plenárias que levaram à conclusão da decisão.

### 4.1 Os antecedentes

Trata-se de Mandado de Segurança impetrado pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina, por seu Promotor de Justiça contra a Secretária Municipal de Educação de Criciúma, requerendo o fornecimento de vaga em estabelecimento de ensino infantil para a criança C.S.L. Todo o processo, incluindo o *Leading case*, se encontra disponível no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal (STF, 2023).

Em apertada síntese, extrai-se dos autos que o pedido da criança fora negado pelo município em razão de indisponibilidade. Alegando direito líquido e certo da criança, além de que a Secretaria de Educação agiu de forma ilegal e abusiva, o Parquet solicitou liminar para que a infante fosse incluída em estabelecimento infantil de ensino nas proximidades de sua residência. A liminar foi deferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

Irresignado com o deferimento, o Município de Criciúma apresentou Recurso Extraordinário para o Supremo Tribunal Federal, alegando que a sentença proferida em primeiro grau ofende os princípios da legalidade e da separação dos Poderes, uma vez que o administrador está adstrito ao cumprimento da lei, não podendo o Poder Judiciário intervir, impondo-lhe gastos que não estão incluídos no planejamento orçamentário.

O Tribunal, porém, negou provimento ao recurso e, em sede de reexame necessário, confirmou os termos da sentença anterior. Então, o município de Criciúma interpôs agravo de instrumento contra decisão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, que não admitiu seu Recurso Extraordinário. De acordo com o entendimento do Tribunal julgador do RE, não houve pré-questionamento dos dispositivos citados no reclamo do Município.

O Município alegou violação ao art. 102, IH, “a” da CF/88 e, conseqüentemente, aos artigos 20; 50, inciso LXIX; 167, inciso I, e 208, inciso I e § 10, todos da Constituição da República, afirmando que a inclusão de criança em estabelecimento de educação infantil não é direito público subjetivo, a ser efetivado de forma imediata pelo Poder Público.

Recebidos os agravos de instrumento no Supremo Tribunal Federal, o ministro Luiz Fux deu provimento ao mesmo, determinando a subida dos autos principais, para melhor exame. Posteriormente, a questão dos autos foi colocada no Plenário Virtual para que fosse apreciada a existência de Repercussão Geral, tendo sido reconhecida na sequência. O Ministro Fux, em seguida, proveu o agravo

e determinou sua conversão em Recurso Extraordinário para melhor exame da matéria.

Assim, em acórdão formulado em sessão plenária no dia 24/05/2012, o Supremo Tribunal Federal definiu o tema 548 como “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” e proferiu suas razões para a definição da Repercussão Geral no presente caso, cabendo a citação:

Sob o ângulo da Repercussão Geral, alega estar em jogo matéria relevante do ponto de vista econômico e jurídico, a ultrapassar o interesse subjetivo das partes, ante afronta a disposições contidas no Texto de 1988, obrigando o município a agir em desconformidade com os mandamentos constitucionais (STF, 2023).

Houve então pedidos de ingresso como *amici curiae*, todos deferidos: Município de São Paulo, Fundação ABRINQ Pelos Direitos da Criança e do Adolescente, Município do Rio de Janeiro, Município de Taboão da Serra, Distrito Federal, Município de Porto Alegre, Defensorias Públicas do Estado da Bahia e do Estado do Tocantins, em conjunto com Defensoria Pública do Ceará, Defensoria Pública do Distrito Federal, Defensoria Pública do Estado do Espírito Santo, Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais, Defensoria Pública do Estado de Pernambuco, a Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, Defensoria Pública do Estado de São Paulo (sendo todas estas defensorias estaduais representadas pelo GAETS - Grupo de Atuação da Estratégica da Defensoria Pública nos Tribunais Superiores, cujas solicitações foram direcionadas à Defensoria Pública da Bahia, para representação nos Tribunais Superiores) e também a Defensoria Pública-Geral da União.

Assim, o tema 548 da Repercussão Geral seguiu para ser julgado no plenário.

## 4.2 O julgamento

A decisão foi construída durante três sessões plenárias realizadas no Supremo Tribunal Federal, nas datas de 08/09/2022, 21/09/2022 e 22/09/2022, tendo presença dos *amici curiae* que ingressaram nos autos, bem como os votos de todos os ministros do Egrégio Tribunal.

Para analisar e redigir o presente artigo com base no julgamento, foram ouvidas as sessões retiradas do website *Youtube* (STF, 2022), posteriormente foi feita sua transcrição e em seguida, análise, sendo esta contida no presente artigo. Importante salientar que o acórdão foi publicado recentemente, após o início do processo de redação deste artigo, motivo pelo qual seu uso foi apenas auxiliar para alguns segmentos deste texto.

Na primeira sessão, realizada no dia 08 de setembro de 2022, o então presidente do Supremo Tribunal Federal, Luiz Fux, apresentou o tema 548 da Repercussão Geral, pontuando que o tópico discutido é se há dever constitucional

do Estado em assegurar o atendimento em creche e pré-escola a crianças de até cinco anos de idade. O Quadro 01 sintetiza o que foi proferido durante a sessão plenária:

Quadro 1: Resumo da primeira sessão plenária do RE 1008166 do STF

<b>Sessão Plenária RE 1008166 - 08/09/2022</b>		
<b>Enunciador</b>	<b>Sujeito Processual</b>	<b>Manifestação/Voto</b>
Município de Criciúma	Requerente	Dar provimento ao recurso.
Ministério Público de Santa Catarina	Requerido	Negar provimento ao recurso.
Município de São Paulo	<i>Amicus curiae</i>	Defendeu a universalização progressiva, paulatinamente.
Município do Rio de Janeiro	<i>Amicus curiae</i>	Defendeu o provimento ao recurso.
Distrito Federal	<i>Amicus curiae</i>	O Poder Judiciário pode intervir apenas no monitoramento do critério estabelecido pelo município.
Defensoria Pública do Estado da Bahia	<i>Amicus curiae</i>	Alegou que o art. 208, IV da CF é de observância obrigatória pelo poder público e podendo seu cumprimento ser exigido perante o Poder Judiciário.
Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro	<i>Amicus curiae</i>	Pede eficácia plena e máxima para crianças e para suas mães.
Defensoria Pública da União	<i>Amicus curiae</i>	Negar provimento ao recurso, pois a educação de 0 a 5 anos é obrigatória
Augusto Aras	Procurador-Geral da República	Desprovimento do recurso
Luiz Fux	Ministro do Supremo Tribunal Federal e relator do caso	Negou provimento ao recurso.
André Mendonça	Ministro do Supremo Tribunal Federal	Fez pedido de vista

Fonte: construção *dis aurora* a partir de STF (2022).

Foram então chamados para sustentação oral a parte requerente, o município de Criciúma, representado pelo Dr. Paulo Antônio Caliendo Velloso; e a parte requerida, o Ministério Público de Santa Catarina, representado pelo procurador de justiça Davi do Espírito Santo.

O município de Criciúma, iniciou sua fala afirmando representar todos os municípios do Brasil quanto ao pleito. Alegou ser necessário e importantíssimo diferenciar a creche (0 a 3 anos) e pré-escola (4 a 5 anos), uma vez que a creche não integra a educação básica, sendo estímulo a direito social e não educacional, não sendo assim obrigatória em termos constitucionais.

O requerente pontuou que tais direitos são de fato deveres constitucionais, mas não podem ser obrigados pelo Judiciário. Ademais, definiu três teses para fixação do Supremo Tribunal Federal:

1. Segundo a CF e legislação vigente, a oferta de creches não é obrigatória. É dever, mas não gera direito subjetivo absoluto.
2. De acordo com o Plano Nacional de Educação, deve haver atendimento às peculiaridades locais, autonomia municipal e demanda manifesta.
3. As creches devem ser adaptadas à realidade do município (STF, 2023).

Tendo a palavra, o Ministério Público de Santa Catarina, argumentou levantando o papel da educação e de sua importância para o desenvolvimento das crianças de 0 a 5 anos, apresentando a informação de que crianças que tiveram educação infantil, tiveram melhor desempenho na alfabetização, ao passo que aquelas que não tiveram acesso obtiveram péssimo desempenho no futuro. Alegando que sem intervenção judiciária, o desenvolvimento infantil corre risco, manifestou-se pela negativa de provimento ao recurso.

O ministro relator Luiz Fux então chamou os *amici curiae* ingressados no processo, sendo seis no total. De todos estes, cabe ressaltar as falas do município de São Paulo e do Distrito Federal, que apresentaram a realidade da educação infantil em sua respectiva cidade/distrito, importantes para observar a aplicação hodierna do direito à educação em diferentes contextos.

São Paulo afirmou ter atingido 100% de atendimento em pré-escola e em 2020 a fila foi praticamente zerada e que os pedidos não chegam ao prazo de 30 dias de solicitação. Foi pontuado que existe um sistema de mapeamento que busca vagas antes mesmo da contestação e defendeu um sistema progressivo de universalização do direito em julgamento.

Já o Distrito Federal expôs que possui um sistema informatizado com lista atualizada de todos os requerentes, estabelecendo quatro pontuações referentes a: hipossuficiência, medida protetiva, risco nutricional e se a mãe é ou não trabalhadora; e, a partir dessas categorias, forma-se um ranking dando prioridade aos primeiros colocados. Assim, defendeu que uma decisão não pode ignorar a realidade fática da estrutura do poder público.

Após a palavra dos *amici curiae*, o Procurador-Geral da República, Augusto Aras, se manifestou concluindo, de forma breve, pelo desprovimento do Recurso e considerando a Repercussão Geral do mesmo. Também sugeriu a fixação da seguinte tese: “é dever do Estado assegurar atendimento de crianças de 0 a 5 anos, conforme a norma constitucional, que se mostra autoaplicável”.

O presidente do STF e relator do caso, ministro Luiz Fux, após ter ouvido as demais manifestações, deu seu voto negando o provimento ao Recurso e confirmando o acórdão do TJ/SC, assegurando a obrigação do município de matricular a criança C.S.L. em estabelecimento próximo de sua residência. Ademais, também citou a “demora da Constituição para entrar em vigor”, uma vez que a questão da educação de 0 a 5 anos é inquestionável na CF, datada de 1988, devendo ser obrigação



do município e de imediato cumprimento. O ministro também salientou que a jurisprudência do STF já vinha se fixando no mesmo sentido a reconhecer o direito à educação: voto do ministro Celso de Mello no ARe 639337; voto do ministro Lewandowski no AgR 592075; REs 384201, 464143 e 410715. Defendeu, por fim, que o Estado tem o dever de seguir decisão judicial que obrigue a matrícula de criança, porém, optou por fixar a tese em parte posterior do julgamento.

A palavra foi, então, passada para o ministro André Mendonça, que fez pedido de vista para melhor estudo do processo. Após o pedido, o RE 1008166 voltou a ser julgado na sessão realizada no dia 21/09/2022, tendo a ministra Rosa Weber como presidente do STF. O Quadro 2 sumariza os votos proferidos durante a referida sessão:

Quadro 02: Votos proferidos durante a segunda sessão de julgamento do RE 1008166

<b>Sessão Plenária RE 1008166 - 21/09/2022</b>		
<b>Enunciador</b>	<b>Sujeito Processual</b>	<b>Manifestação/Voto</b>
Luiz Fux	Ministro do Supremo Tribunal Federal e relator do caso	Negou provimento ao recurso, estabelecendo requisitos para a judicialização.
André Mendonça	Ministro do Supremo Tribunal Federal	Reconheceu o recurso e entende pela devolução ao TJSC, nos termos de seu voto.
Nunes Marques	Ministro do Supremo Tribunal Federal	Negou provimento ao recurso.
Alexandre de Moraes	Ministro do Supremo Tribunal Federal	Negou provimento ao recurso, mas pontuou que a tese deve “caber” dentro da realidade.
Edson Fachin	Ministro do Supremo Tribunal Federal	Negou provimento ao recurso, mas sem requisitos para a judicialização.
Dias Toffoli	Ministro do Supremo Tribunal Federal	Negou provimento ao recurso, mas sem requisitos para a judicialização.

Fonte: construção *dis aurora* a partir de STF (2022).

O ministro Fux abriu a sessão após ter solicitado à presidente Rosa Weber para cumprir seu dever de motivação, isto é, justificar seu voto proferido na sessão do dia 08/09/2022. Dividiu o voto em três pontos: acesso à educação infantil; status constitucional e legal do direito dessas crianças; e critérios/parâmetros para judicialização do direito social à educação infantil, em respeito à realidade municipal.

Em um primeiro momento, apreciou a importância da educação infantil no desenvolvimento da personalidade e que seu acesso é uma das formas de realização concreta do ideal democrático carregado pela Constituição em seu art. 205 desde 1988, assim como ocorre com saúde e segurança, tornando assim obrigatória o preparo do Estado para garantir. A seguir, defendeu a intervenção judiciária, argumentando que deve ocorrer em circunstâncias excepcionais e à luz

de critérios norteadores quanto comprova a inércia administrativa na aplicação do direito à educação; quando a administração desempenha de forma muito aquém das expectativas constitucionais. E, por fim, definiu sua Tese de Repercussão Geral, afirmando estar sujeita à mudança: A Administração Pública, por força de decisão judicial, deve matricular crianças de 0 a 5 anos de idade em creche e pré-escola pública, desde que haja comprovação de pedido administrativo prévio não atendido em prazo razoável e de incapacidade financeira do requerente de arcar com o custo correspondente.

Após a manifestação do relator, os demais ministros argumentaram acerca da estipulação de requisito econômico a uma norma constitucional, um direito fundamental condicionado, conforme proposto pelo ministro Fux, contudo não chegaram a nenhuma conclusão. A fala foi então passada para o ministro André Mendonça dar seu voto, após ter pedido vista na última sessão. Mendonça trouxe então seu posicionamento de que ensino de 4 a 17 anos possui prioridade aos outros, uma vez que interpreta o inciso VII § 1º como explícito quanto ao fato de somente a educação de 4 a 17 ser tida como obrigatória e gratuita. Assim, sugeriu a tese: “É dever estatal constitucionalmente obrigatório assegurar acesso universal à educação infantil em creches e pré-escolas, de crianças de até 5 anos de idade. Essa obrigação deve ser cumprida a) de forma imediata para todas as crianças a partir de 4 anos; e b) de forma gradual, de acordo com o PNE, garantindo-se a oferta de vagas equivalentes a no mínimo 50% da demanda até 2024, para as crianças de até 3 anos”, entendendo pela devolução dos autos ao TJ/SC nos termos definidos em seu voto.

Em seguida, o ministro Nunes Marques proferiu seu voto, no sentido de que a educação de 0 a 5 anos é direito subjetivo de toda criança e dever do Estado de prestar, não enxergando prioridade maior para os municípios e, portanto, sendo a favor do desprovimento do Recurso. Não fixou uma tese, mas demonstrou sua preocupação com a definição de hipossuficiência para a judicialização, uma vez que isso pode ser transmitido para, por exemplo, saúde e universidades.

O ministro Alexandre de Moraes foi o próximo a se manifestar, começando seu voto com uma reflexão seguida de contextualização: o ministro teme que a decisão do Egrégio Tribunal não seja cumprida por impossibilidade real, visto que os Entes Federais não podem destinar unicamente à educação. Informou então que a Lei Orgânica de SP destina 31% (previsão constitucional é de 25%) do orçamento para a educação e que destes 31%, 20 são destinados à educação infantil; além do sistema de *vouchers* utilizado pelos municípios de Limeira-SP e Hortolândia-SP.

O ministro também apresentou informações acerca da realidade orçamentária dos municípios do Brasil, oriundas do Índice Firjan de Gestão Fiscal, cujos dados afirmam que 32,5% (aproximadamente um terço) dos municípios não arrecadam o suficiente para arcar com os custos da Câmara dos Vereadores e da estrutura administrativa da prefeitura. Ademais, 34,7% dos municípios gastam 54% da receita com despesa de pessoal e só conseguem investir 4,6% do orçamento.

Finalizou, afirmando que nega o provimento ao Recurso, mas discorda da tese fixada pelo ministro Fux, pois entende a dificuldade dos municípios de aplicarem o baixo orçamento arrecadado. Confirmou seus receios de que a inércia do município deve ser apenada, mas se houver programação municipal, dentro de seus critérios orçamentários, não há como o judiciário intervir, dada a impossibilidade de se obter dados de todos os cinco mil municípios.

Foi colhido então o voto do ministro Edson Fachin, que negou provimento ao Recurso, entendendo que a tese deve ser no âmbito do reconhecimento do direito, uma vez que isso iria levar os municípios a cumprir o disposto no PNE, levando assim à universalização. Não concordou em estabelecer requisitos, conforme trazido pelo ministro relator Fux, pois que reconhece a pluralidade de diferenças socioeconômicas entre os municípios do país.

O ministro Dias Toffoli, presente via transmissão digital, se manifestou acompanhando o dispositivo do voto do ministro Fux, negando o provimento ao Recurso e alinhando seu entendimento ao do ministro Edson Fachin, no sentido de não se colocar requisitos e burocratização ao acesso a esse direito.

A sessão foi finalizada e o RE 1008166 voltou a ser julgado na sessão subsequente, realizada na data de 22/09/2022, cujo apanhado se encontra exposto no Quadro 03:

Quadro 03: Síntese da terceira sessão de julgamento do RE 1008166

<b>Sessão Plenária RE 1008166 - 22/09/2022</b>		
<b>Enunciador</b>	<b>Sujeito Processual</b>	<b>Manifestação/Voto</b>
Luís Roberto Barroso	Ministro do Supremo Tribunal Federal	Negou provimento ao recurso, enfatizando a obrigatoriedade do direito.
Cármen Lúcia	Ministro do Supremo Tribunal Federal	Negou provimento ao recurso, seguindo o voto do relator, mas retirando as condicionantes propostas.
Ricardo Lewandowski	Ministro do Supremo Tribunal Federal	Negou provimento ao recurso, seguindo o entendimento da jurisprudência do STF.
Gilmar Mendes	Ministro do Supremo Tribunal Federal	Negou provimento ao recurso, pontuando a importância de se analisar cada caso de forma única e a questão orçamentária dos municípios.
Rosa Weber	Ministro do Supremo Tribunal Federal	Negou provimento ao recurso, seguindo o voto do relator, sem as condicionantes propostas.

Fonte: construção *dis aurora* a partir de STF (2022).

A sessão foi aberta com o voto do ministro Luís Roberto Barroso, que trouxe uma fala mais robusta e fundamentada. O ministro trouxe o livro “*O ponto a que chegamos*” do autor Antônio Gois, onde pode vislumbrar que o problema da educação no Brasil, diferente dos diversos outros, já foi mapeado e dividido em

três grandes causas: não alfabetização da criança na idade certa, evasão escolar no ensino médio e déficit de aprendizado. Defendeu que o maior investimento que se pode fazer na educação é aquele feito nas idades mais tenras. Citando o fato de a CF dar elevada importância à educação e que o PNE de 2014 colocava como meta 1 a universalização da educação de 4 a 5 anos até 2016, bem como atingir 50% das crianças em creches até 2024, o ministro enxerga que a única forma de se dar a devida prioridade à educação é tornando o direito à educação efetivo, inclusive por intermédio de decisão judicial. Não vê como ativismo judicial, mas sim aplicação da norma constitucional. Por fim, afirmou entender que direitos, muitas vezes, devem respeitar a realidade fática, mas passados 34 anos, não enxerga como isso ainda possa ser tratado como fora da realidade. Assim, proferiu sua tese, firmada em três pontos base, acompanhando o relator, inclusive em suas teses jurídicas, porém ampliada com intuito de abranger todos os outros colegas ministros:

1. A educação básica em todas as suas fases – educação infantil, ensino fundamental e ensino médio – constitui direito fundamental de todas as crianças e jovens, assegurado por normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade direta e imediata.
2. A educação infantil compreende creche (de zero a 3 anos) e a pré-escola (de 4 a 5 anos). Sua oferta pelo Poder Público pode ser exigida individualmente, como no caso examinado neste processo.
3. O Poder Público tem o dever jurídico de dar efetividade integral às normas constitucionais sobre acesso à educação básica (STF, 2023).

Em seguida, a ministra Cármen Lúcia recebeu a palavra e proferiu seu voto, negando provimento ao Recurso. Fundamentou afirmando que o direito à creche é um direito público fundamental subjetivo que corresponde, portanto, em um dever objetivo para a entidade a que se confere esse direito e que sua garantia não concerne apenas à criança, mas influencia também nos direitos fundamentais das mulheres e de toda a sociedade. Seguiu o voto do ministro Fux, mas retirando as condicionantes que foram propostas pelo relator.

Foi colhido então o voto do ministro Ricardo Lewandowski, que também acompanhou o voto do relator, reconhecendo o direito subjetivo e o desprovimento do recurso. Justificou seu posicionamento em razão do princípio do retrocesso, que afirmou se aplicar às jurisprudências também.

Ato contínuo, o decano do Supremo Tribunal Federal, ministro Gilmar Mendes, deu seu voto, defendendo o desprovimento do Recurso. Pontuou que a Suprema Corte já vinha tendo o entendimento de que o Poder Judiciário poderia interferir em caso de grave omissão do Poder Público, sem que esse movimento fosse configurado intervenção em outros poderes. Contudo, ressaltou a importância de se analisar cada caso de forma única, podendo ser adotadas medidas alternativas, como fornecimento de transporte quando não for possível matricular criança em escola ou pré-escola perto do domicílio dos pais ou representantes legais. Também evidenciou sua preocupação com a questão orçamentária, tendo receio de que a decisão não tenha efeitos práticos em razão do baixo orçamento, entretanto, argumentou que o Estado tem recursos que podem ser alocados para essa área, devendo haver apenas maior compromisso para com a educação.

Logo após, o ministro relator Luiz Fux se manifestou novamente, relatando ter removido as condicionantes previamente contidas em seu voto e que iria acompanhar o voto do ministro Barroso, pois era mais analítico.

Por fim, a ministra e presidente do STF, Rosa Weber proferiu seu voto, seguindo o ministro Fux em sua fala, uma vez que havia removido as condicionantes de sua tese inicial. Citou em sua deliberação o aspecto do feminismo, do constitucionalismo feminista no aspecto da trabalhadora mãe, vulnerável em momentos de maternidade quanto ao aspecto de projeto de vida e laboral e finalizou pontuando que os recursos orçamentários devem ser bem geridos e utilizados para implementação do direito à educação.

Por conseguinte, todos os ministros concordaram com a tese do ministro Luís Roberto Barroso, citada anteriormente, fixando-a de forma unânime.

Em conclusão do estudo da decisão, é notado o compromisso do Supremo Tribunal Federal com a enunciação e confirmação do direito à educação como direito universal. Esse aspecto do compromisso com a universalização é observado pelo fato de que, a despeito da interpretação constitucional que fala em direito subjetivo só a partir dos 4 anos, trazida pelo ministro André Mendonça, o STF entendeu que toda a educação infantil (de 0 a 3 anos incluída, portanto,) se caracteriza como tal.

E nesse sentido, observa-se que, além de ter sido reconhecido o direito à matrícula em creches e pré-escolas como subjetivo de aplicação imediata, a corte aplicou com afincos a teoria da reserva do possível, rejeitando argumentações sobre limitações orçamentárias como impeditivo para a efetivação do direito.

Do exposto, há que se pontuar, que a educação infantil corresponde à primeira etapa da educação básica e tem como finalidade o desenvolvimento integral da criança até cinco anos de idade em seus aspectos físico, psicológico, intelectual e social, complementando a ação estatal com as ações da família e também da sociedade. É nessa etapa da vida que se constroem as bases da personalidade humana, bem como da inteligência, da vida emocional e, também, da socialização. Nesse contexto, as primeiras experiências da vida se tornam ainda mais importantes, haja vista serem determinantes para a consolidação de valores como autoconfiança, cooperação, solidariedade e responsabilidade (VICTOR, 2011).

Da controvérsia exposta no Recurso Extraordinário 1008166, não restam dúvidas de que o direito à educação infantil é um direito fundamental, dotado de aplicação imediata. No entanto, a complexidade decorre do fato deste constituir um direito prestacional, o que demanda a necessidade de dispêndios públicos para a sua concretização, como demonstrado no debate em tela. Por derradeiro, a tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal, que compreende todas as fases da educação básica como direito fundamental assegurado pela Constituição, de eficácia plena e aplicabilidade direta e imediata, bem como a educação infantil compreendida no âmbito da creche (0 a 3 anos) e pré-escola (4 e 5 anos), depreende-se, por óbvio, a obrigatoriedade do Poder Público em dar efetividade integral às normas constitucionais sobre acesso à educação básica, como bem determinou a Suprema Corte.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através da pesquisa realizada, observou-se que o Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que é dever constitucional do Estado assegurar o atendimento em creche e pré-escola às crianças de até 5 anos de idade e que este se trata de direito de aplicação direta e imediata, sem a necessidade de regulamentação pelo Congresso Nacional. Como restou evidente, por unanimidade, o colegiado da Suprema Corte também estabeleceu que a oferta de vagas para a educação básica pode ser reivindicada na Justiça por meio de ações individuais.

Corroboram, portanto, as definições da doutrina que, a exemplo de Pinto (2013), ao analisar as decisões do STF de 1988 a 2012 no tocante ao direito à educação, defendeu que a posição jurisprudencial, mantida na tese de Repercussão Geral analisada, do Supremo Tribunal Federal quanto à temática, se mostrava importantíssima por duas razões fundamentais. Primeiro, em função da sua relevância decisória, já que atua como órgão de cúpula do Poder Judiciário influenciando a atuação das demais instâncias jurisdicionais e, num segundo aspecto, considerando seu papel de destaque no processo de judicialização da política, uma vez que a universalização da educação infantil sempre se demonstrou dificultosa, como corroborou a presente pesquisa.

A despeito da dificuldade em se efetivar a educação infantil, registra-se que a mesma restou evidente através dos dados apresentados pelo Censo Escolar 2022, divulgado pelo INEP e dissertado no corpo deste ensaio, atestando a dificuldade de avançar nos objetivos propostos pelo Plano Nacional de Educação, especialmente no tocante ao aumento das matrículas para crianças de 0 a 3 anos de idade e na universalização da educação de 4 a 5 anos de idade. Embora haja um crescimento quanto aos anos da pandemia, o progresso geral ainda demonstra ser dificultoso e distante da universalização disposta constitucionalmente.

Contudo, é importante pontuar que a decisão do RE 1008166 não chegou a deliberar acerca da concretização das ações do Estado materializadoras do direito à educação. Embora o ministro Alexandre de Moraes tenha aludido que a Constituição também determina a necessidade de respeito aos orçamentos públicos e que o tribunal deve atuar considerando a existência de limites orçamentários, proferindo decisões que sejam passíveis de cumprimento, a decisão do STF não chegou a considerar estes aspectos.

As possíveis dificuldades relacionadas à concretização da decisão que se estava sendo formulada foram pontuadas, especialmente, a partir da necessidade de construção de modelos que viabilizassem a oferta do serviço; do planejamento para a ampliação do número de matrículas; e da dificuldade orçamentária, que é parte do cotidiano de inúmeros municípios, conforme argumentado pelos ministros Edson Fachin e Gilmar Mendes. Nessa toada, corroboram as observações de Valle (2022), quando afirma que todas as questões foram reputadas relevantes, contudo, a Suprema Corte estava ansiosa pela proclamação pura e simples, e em abstrato, da existência de um direito subjetivo público ao acesso à creche.

Assim, cabem como parâmetros as palavras do ministro Gilmar Mendes, quando em seu voto no Recurso analisado afirma que, em que pese o Poder Legislativo tenha liberdade para escolher suas prioridades orçamentárias, não pode inviabilizar direitos constitucionalmente assegurados, mormente aqueles que possuem impacto multidimensional, como o direito à educação.

Em síntese, observa-se que o julgamento do RE 1008166 demonstrou um compromisso do STF com a enunciação e confirmação do direito à educação, contudo houve pouca preocupação em relação aos difíceis caminhos para sua real implementação. Isto pois, o extenso rol de direitos sociais previstos na Constituição, estando a educação infantil entre eles, são implementados na medida do possível, de acordo com a capacidade orçamentária do Estado. E, nesse sentido, foi observada a preocupação da Suprema Corte quanto às repercussões de sua decisão no planejamento orçamentário dos municípios. Entretanto, durante as deliberações no julgamento do recurso extraordinário, verificou-se que o foco da decisão residia em definir se o acesso à educação infantil é direito público subjetivo, o que foi feito pelo STF, garantindo maior força aos objetivos constitucionais de uma educação infantil de qualidade para todas as crianças.

Por fim, cabe destacar que a presente pesquisa não esgota o assunto, razão pela qual as diversas questões referentes ao direito à educação infantil que não puderam ser trabalhadas com o destaque merecido, tal qual o direito à creche na perspectiva da mãe diante das condições contemporâneas do papel da mulher na sociedade ou de aspectos regionais desse direito diante da realidade tocantinense, poderão ser objeto de futuras pesquisas, com seu devido foco.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, LUÍS ROBERTO, **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm). Acesso em: 24 abr. 2023.

BRASIL. Constituição (1891). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de fevereiro de 1891**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm). Acesso em: 24 abr. 2023.

BRASIL. Constituição (1934). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm). Acesso em: 24 abr. 2023.

BRASIL. Constituição (1937). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm). Acesso em: 24 abr. 2023.

BRASIL. Constituição (1946). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm). Acesso em: 24 abr. 2023.

BRASIL. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil, de 1967**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao67EMC69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67EMC69.htm). Acesso em: 24 abr. 2023.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 24 abr. 2023.

BRASIL. Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP). Resumo Técnico: **Censo Escolar 2022**. Disponível em: [https://download.inep.gov.br/publicacoes/institucionais/estatisticas\\_e\\_indicadores/resumo\\_tecnico\\_censo\\_escolar\\_2022.pdf](https://download.inep.gov.br/publicacoes/institucionais/estatisticas_e_indicadores/resumo_tecnico_censo_escolar_2022.pdf). Acesso em: 18 abr. 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.005, de 25 de junho de 2014**. Aprova o Plano Nacional de Educação e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/l13005.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13005.htm). Acesso em: 20 de maio de 2023.

BRASIL. **Lei nº 4.024, de 20 de dezembro de 1961**. Fixa as diretrizes e bases da educação nacional. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1960-1969/lei-4024-20-dezembro-1961-353722-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 20 de maio de 2023.

BRASIL. **Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996**. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9394.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9394.htm). Acesso em: 17 mai. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 1008166**. Relator Ministro Luiz Fux, Brasília, 04 de novembro de 2006. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5085176>. Sessões plenárias disponíveis em <<https://www.youtube.com/STF>>. Acesso em: 20 abr. 2023.

LUNA, Débora de Oliveira L. do R. *Et al.* História do direito à educação nas constituições brasileiras: de 1824 à constituição de 1988. **Anais IV CONEDU**. Campina Grande: Realize Editora, 2017. Disponível em: <https://editorarealize.com.br/artigo/visualizar/37123>. Acesso em: 16 abr. 2023.

MARAFON, DANIELE. Educação Infantil no Brasil: um percurso histórico entre as ideias e as políticas públicas para a infância. In: **Seminário Nacional de Estudos e Pesquisas História Sociedade e Educação no Brasil**, n. 7, 2017. PUC/PR/FATEB. Disponível em: <https://sinproconhecer.sinprolondrina.com.br/educacao-infantil-no-brasil-um-percurso-historico-entre-as-ideias-e-as-politicas-publicas-para-a-infancia/>. Acesso em: 17 abr. 2023.



MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Metodologia científica**. 8. ed. Barueri [SP]: Atlas, 2022.

MENDES, Gilmar F; BRANCO, Paulo G. G. **Curso de direito constitucional**, 13. ed. rev. e atual, São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MOLETTA, Ana Keli; BIERWAGEN, Gláucia Silva; TOLEDO, Maria E. R. de O. **A educação infantil e a garantia dos direitos fundamentais da infância**. Porto Alegre: SAGAH, 2018.

MOTTA, Sylvio. **Direito Constitucional: teoria, jurisprudência e questões**. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense; MÉTODO, 2021.

PINTO, I. R. de R. O direito à educação infantil e o Poder Judiciário: análise das decisões judiciais do Supremo Tribunal Federal (1988-2012). **Revista on-line de Política e Gestão Educacional**. Araraquara, n. 14, p. 101–113, 2013. Disponível em: <https://periodicos.fclar.unesp.br/rpge/article/view/9344>. Acesso em: 22 maio. 2023.

SILVA, José R. da. Educação infantil: da Constituição de 1988 a BNCC, avanços e entraves. **EDUCERE: Revista da Educação**, Umuarama, v. 20, n. 2, p. 371-392, jul./dez. 2020. Disponível em: <https://ojs.revistasunipar.com.br/index.php/educere/article/view/7711/3983>. Acesso em: 17 abr. 2023.

SILVA, José R.; SOUSA, Fabiana L. Aspectos históricos da educação infantil no Brasil. **Colloquium Humanarum**, vol. 14, n. Especial, Jul–Dez, 2017, p. 188-194. Disponível em: <http://www.unoeste.br/site/enepe/2017/suplementos/area/Humanarum/4%20-%20Educa%C3%A7%C3%A3o/ASPECTOS%20HIST%20RICOS%20DA%20EDUCA%C3%87%C3%83O%20INFANTIL%20NO%20BRASIL.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2023.

SOUSA, Eliane Ferreira de. **Direito à educação: requisito para o desenvolvimento do País**. São Paulo: Saraiva, 2010.

VALLE, Vanice. STF e o acesso à creche: uma volta para chegar ao mesmo lugar. **Consultor Jurídico**, 2022. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2022-set-29/interesse-publico-stf-acesso-creche-volta-chegar-mesmo-lugar#:~:text=Interesse%20P%C3%BAblico-,STF%20e%20o%20acesso%20%C3%A0%20creche%3A%20uma,para%20chegar%20ao%20mesmo%20lugar&text=Nos%20%C3%BAltimos%20dias%2C%20o%20STF,%C3%A0%20creche%20e%20pr%C3%A9%20Descola>. Acesso em: 17 maio 2023.

VICTOR, Rodrigo Albuquerque de. **Judicialização de políticas públicas para a educação infantil: características, limites e ferramentas para um controle judicial legítimo**. São Paulo: Saraiva, 2011.

VIEIRA, SOFIA. A Educação Nas Constituições Brasileiras: Texto E Contexto. **Revista Brasileira de Estudos Pedagógicos**. v. 88. nº 219. Maio/ago. 2007. Disponível em: <http://rbep.inep.gov.br/ojs3/index.php/rbep/article/view/1469>. Acesso em: 17 abr. 2023.