

**A JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS NA EDUCAÇÃO INFANTIL:  
ARE 639.337 AGR SP**

*Gustavo Warzocha Fernandes Cruvinel<sup>1</sup>*

**Resumo**

O presente artigo apresentou a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) no ARE 639.337 AgR SP e a analisou no contexto da judicialização das políticas públicas na educação infantil. A conclusão foi que, em se tratando de atendimento às crianças em creches e na pré-escola, conforme previsto no art. 208, IV, da Constituição Federal de 1988, não pode a autoridade municipal comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. Adotaram-se como metodologia de pesquisa os métodos de análise de jurisprudência e revisão bibliográfica.

**Palavras-chave:** educação infantil; judicialização; políticas públicas.

***THE JUDICIALIZATION OF PUBLIC POLICIES IN CHILD EDUCATION: ARE  
639.337 AGR SP***

***Abstract***

*This article presented the decision of the Federal Supreme Court (FSC) in ARE 639.337 AgR SP and analyzed it in the context of the judicialization of public policies in early childhood education. The conclusion was that in the case of child care in day care centers and preschool, as provided for in art. 208, IV of the Federal Constitution of 1988, the municipal authority cannot compromise, with support in a court of simple convenience or mere opportunity, the effectiveness of this basic right of a social nature. It was adopted as research methodology the methods of analysis of jurisprudence and literature review.*

**Keywords:** *child education; judicialization; public policy*

**INTRODUÇÃO**

---

<sup>1</sup> Analista Legislativo na Câmara dos Deputados, Mestre em Ciência Política pelo Centro de Treinamento e Aperfeiçoamento (CEFOP) da Câmara dos Deputados, especialista em Direito Constitucional pelo IDP, <http://lattes.cnpq.br/3070175316806261>, [gwarzocha@gmail.com](mailto:gwarzocha@gmail.com).

Entendemos por políticas públicas “todas as atividades, metas, planejamentos e projetos normativos idealizados pelo Executivo e aprovados pelo Legislativo que tenham por finalidade a realização de um interesse público” (BRADBURY, 2016, p. 32).

As constituições de diversos países determinam a separação funcional dos Poderes em Executivo, Legislativo e Judiciário. Esses Poderes devem atuar de forma harmônica na efetivação das políticas públicas.

O princípio da separação e independência entre os três Poderes tem origem nas teorias de Montesquieu, o qual ensinava que “A independência dos três Poderes na Democracia é uma conquista de importância fundamental para a defesa da liberdade e dos direitos da população” (MOTA, 2017).” Segundo ele, o poder de fazer as leis não poderia ser atribuído à mesma pessoa que as executasse ou que tivesse a prerrogativa de julgar.

No entanto, especialmente depois da segunda metade do século XX, a complexidade da vida social mudou o Direito e fez com que as leis fossem perdendo um pouco do seu caráter geral e abstrato e ganhando um caráter técnico. Surgiram então as leis-medida ou leis-plano, e o Parlamento, pela própria natureza, foi perdendo capacidade de legislar diretamente, transferindo para o Executivo a iniciativa das leis mais relevantes (CANOTILHO *et al.*, 2018, p. 1195).

Por esses motivos, as constituições democráticas precisam conciliar a necessidade do protagonismo do Executivo em determinados assuntos com o princípio de que, no sistema democrático, as decisões fundamentais da vida da sociedade devem ser tomadas pelo Legislativo e, ainda, deixar pouco espaço para discricionariedade do Judiciário (CANOTILHO *et al.*, 2018, p. 1195).

Acrescente-se a isso que, especialmente a partir do final do século XX, com o aumento do protagonismo das políticas neoliberais, a diminuição das prestações sociais do Estado e o aumento da livre iniciativa, a complexa tarefa de conciliar as múltiplas reivindicações do constitucionalismo e da democracia passou cada vez mais a ser exercida pelo Poder Judiciário (VICTOR, 2011, p. 21).

No Brasil, essa atuação é sempre limitada pelas regras e pelos princípios estabelecidos pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, doravante denominada CF88.

A Constituição estabeleceu, entre outros, o princípio democrático de que todo poder emana do povo, que o exerce por meio de seus representantes ou diretamente (art. 1º, parágrafo

único, da CF88), e o da separação e independência dos Poderes da União em Legislativo, Executivo e Judiciário (art. 2º da CF88).

Somando a isso, o constituinte de 1988 estabeleceu também um amplo catálogo de direitos sociais, muitos elevados à condição de direitos fundamentais, cujas materializações exigem aportes estatais (VICTOR, 2011, p. 16).

Ao Judiciário coube o papel de guardião da constituição e, atualmente, embora não tenha sido pensado como protagonista principal na efetivação de direitos fundamentais, quando provocado adequadamente, está sendo um poderoso instrumento de articulação de políticas públicas na área social. Denominaremos esse fenômeno, em que o Judiciário é chamado a proferir a última palavra sobre a efetivação de políticas públicas, de “judicialização de políticas públicas” (BRADBURY, 2016, p. 24).

Esse fenômeno pode ser considerado uma realidade no Brasil e suscita inúmeras problemáticas, como a reserva do financeiramente possível, o mínimo existencial, a separação de Poderes, o ativismo judicial e as competências (VICTOR, 2011).

No presente trabalho, estudaremos judicialização de políticas públicas no contexto do direito à educação, com foco na educação infantil. Entendemos políticas públicas educacionais “como todas as atividades, metas e programas normativos elaborados pelo Executivo e as leis aprovadas pelo Legislativo que tenham por finalidade o desenvolvimento da educação brasileira” (BRADBURY, 2016, p. 32).

No próximo capítulo, faremos a fundamentação teórica sobre o direito à educação infantil na CF88 e as problemáticas sobre a judicialização de políticas públicas nessa área; no capítulo 3, analisaremos o Recurso Extraordinário com Agravo 639.337 SP (ARE 639.337 AgR SP) como estudo de caso da judicialização de políticas públicas educacionais; por último, faremos as considerações finais.

## **2 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA**

Neste capítulo realizaremos a fundamentação teórica sobre os principais assuntos relacionados com educação infantil e judicialização de políticas públicas nessa área. Os temas tratados servem de fundamentação para o entendimento da decisão do ARE 639.337 SP.

Na primeira seção, faremos uma contextualização da educação e, em especial, da educação infantil na CF88. Na segunda seção, falaremos sobre a relação da educação com o princípio da dignidade da pessoa humana, do mínimo existencial e da reserva do possível. Na

terceira seção, discorreremos sobre o papel dos municípios no federalismo brasileiro com foco na área de educação. Por fim, na quarta seção, falaremos sobre a separação dos Poderes e os limites da atuação judicial na efetividade das políticas públicas na área de educação.

## **2.1 Educação: tema constitucional**

A educação no Brasil é tema constitucional previsto no art. 205 da CF88. O referido artigo determina que a educação é direito de todos, sendo dever o Estado e da família, com colaboração da sociedade. Conforme nos explica Nalini (2020, p. 21), “a amplitude do tratamento fundante tem significado de relevância extrema: todos são responsáveis pela educação”.

Além disso, o art. 211 da CF88 estabelece que os sistemas de ensino devem ser organizados em regime de colaboração pela União, pelos estados, pelo Distrito Federal e pelos municípios, sendo que o § 2º do mesmo artigo determina que os municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil.

Especificamente sobre este último, em Canotilho *et al.* (2018, p. 2051), Marcos Augusto Maliska nos ensina que esse direito é resultado do desenvolvimento contemporâneo de nossa sociedade, em especial com o ingresso da mulher no mercado de trabalho. Segundo ele, a permanência da mulher no mercado implica o dever do Estado de providenciar meios para que as mães deixem seus filhos em creches ou em pré-escolas, enquanto estiverem trabalhando.

Sobre essa questão, transcrevemos também os ensinamentos de Ney Maranhão em Canotilho *et al.* (2018, p. 656):

O dever estatal não se limita à construção de creches e escolas públicas. Cumpre que o faça com número de vagas suficiente para o atendimento dos titulares do direito. Não se trata, ademais, de dever constitucional que recai apenas sobre a União. Perceba-se que, afinando-se com essa assertiva e buscando potencializar o cumprimento dos propósitos constitucionais, o ordenamento jurídico também atribui aos próprios Municípios a incumbência de fornecer educação infantil em creches e pré-escolas.

Essa obrigação está prevista no art. 7º, inciso XXV, e no art. 208, inciso IV, da Constituição Federal de 1988 (CF88):

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

XXV – assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 (cinco) anos de idade em creches e pré-escolas;

[...]

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

[...]

IV – educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade;

[...]

Para complementar, os parágrafos 1º e 2º do art. 208 ainda determinam respectivamente que “o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo” e “o não oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente”.

Sobre a extensão do art. 7º, XXV, é importante também ressaltar as lições de Ney Maranhão em Canotilho *et al.* (2018, p. 656):

Malgrado expressado como direito dos trabalhadores, a verdade é que a assistência social, nesse particular, objetiva propósitos bem mais amplos, consistentes também na proteção da família e da maternidade. Mais: esse mandamento constitucional de gratuidade, aliado à sadia perspectiva de universalização dos benefícios, atinge a todos os que, mesmo não contribuindo para a seguridade social, inscrevem-se como necessitados, atingindo, igualmente, portanto, escopos relacionados à proteção da infância e à própria integração ao mercado de trabalho (art. 203, I e III).

Harmonizam-se, com esses dispositivos, importantes direitos: o pleno exercício do direito ao trabalho (art. 6º), a proteção ao mercado de trabalho da mulher (art. 7º, XX), temas relacionados com assistência social (art. 203, I, II e III) e a máxima proteção da saúde, da educação, do lazer, da dignidade e do respeito, no que diz com filhos ou dependentes de trabalhadores (art. 227, *caput*) — todos da CF88 (CANOTILHO *et al.*, 2018, p. 655-656).

A próxima seção discorrerá sobre a relação entre educação, dignidade da pessoa humana, mínimo existencial e reserva do possível.

## **2.2 Educação e a dignidade da pessoa humana**

Podemos associar o direito à educação com o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º, inciso III, da CF88. Segundo Sarlet (2015, p. 105):

[...] temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.

Dessa forma, a educação pode ser considerada como um requisito essencial para que as pessoas possam viver com dignidade, integrando-se à comunidade e participando das decisões que afetam seu futuro e o da sociedade como um todo.

O referido princípio encontra ressonância nas ideias do mínimo existencial (VICTOR, 2011, p. 101-102). Esse conceito resulta dos preceitos constitucionais presentes no art. 1º, III, e no art. 3º, III, ambos da CF88, e pode ser interpretado como:

Alexy certifica, por sua vez, que o mínimo existencial contempla uma regra constitucional, sendo resultado, de um lado, **da ponderação dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade real e, de outro, das noções de separação dos poderes (inclusive a competência para vinculação orçamentária) e de competência do legislador democrático**, respeitado o limite inato aos direitos de terceiros. Ele ensina que os direitos sociais elementares são garantidores de um mínimo vital, de uma vida simples, com **acesso a educação escolar**, a formação profissional e a um patamar básico de assistência médica (VICTOR, 2011, p. 101, grifos nossos).

É importante ressaltarmos essas relações uma vez que a natureza prestacional do direito à educação infantil atrai o enfrentamento da problemática do princípio da reserva do possível. Esse princípio se refere às limitações financeiras e jurídicas do principal destinatário da norma, o Estado (VICTOR, 2011, p. 99). Nos ensinamentos de Victor (2011, p. 99):

É incontroverso que a escassez de recursos compromete a efetivação de comandos normativos prestacionais. A bem da verdade, podem ser apontados dois fatores que repercutem negativamente sobre a atuação prestacional do Estado. De um lado surge

a limitação material, isto é, a finitude de recursos propriamente dita. Junto a esta, emergem também empecilhos de ordem jurídica, estes últimos atrelados à possibilidade jurídica de dispor dos recursos disponíveis. Ambos os aspectos, material e jurídico, associam-se à ideia da “reserva do possível”.

O entendimento desses princípios e de suas relações é importante, pois muitas vezes a ponderação entre eles é utilizada para a decisão de casos de judicialização de políticas públicas.

Considerando o contexto da educação, as decisões, em geral, determinam que os entes federados devem exercer suas competências para dar efetividade a esse direito social. Isso envolve questões como autonomia financeira e política e capacidade técnico-administrativa dos mesmos.

Na próxima seção falaremos sobre essas questões, relacionando educação e as competências dos municípios no federalismo brasileiro.

### **2.3 Educação e os municípios no federalismo brasileiro**

O § 2º do artigo 211 da CF88 estabelece que os municípios deverão atuar prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil. Para cumprir essas atribuições, eles precisam de autonomia financeira e política e capacidade técnico-administrativa.

Esses fatores estão relacionados com a distribuição de competências no federalismo brasileiro e constituem um processo histórico de descentralização de receitas fiscais e gestão de políticas públicas que evoluiu de forma desigual nas diversas políticas públicas e também regiões do Brasil.

Segundo Fernanda Almeida, a federação é um sistema de repartição de competências, e essa repartição de competências é que dá substância à descentralização em unidades autônomas. Contudo, atribuir competências significa conferir poderes, mas também deveres, para cujo cumprimento é essencial a existência de recursos financeiros suficientes (ALMEIDA, 2013, p. 14).

Sendo assim, se a distribuição de recursos entre os entes federados é centralizada e o órgão responsável pela competência precisa solicitar recursos de outra fonte, isso cria uma dependência financeira que acaba acarretando uma dependência política (ALMEIDA, 2013, p. 14).

Dessa forma, a CF88 estabeleceu uma série de regras para distribuição dos recursos financeiros arrecadados com impostos. Essa divisão permite certa autonomia financeira aos municípios, mas ainda os mantém muito dependentes de transferências da União. Ramos *et al.* (2020) realizaram um trabalho detalhado sobre essa questão e nos explicam:

Mesmo com sua capacidade para tributar e arrecadar recursos, ocorre que a maioria dos recursos que sustentam os municípios são verbas oriundas da União e dos estados membros. Mesmo as grandes metrópoles brasileiras como São Paulo, por mais que arrecadem com seus tributos, é obvio que só estes não têm como sustentar a máquina pública, sendo, portanto, necessária a complementação por meio de recursos federais e estaduais (RAMOS *et al.*, 2020, p. 94).

Isso gera vários problemas para os gestores municipais, como, por exemplo, a dependência política. Nos ensinamentos de Ramos *et al.* (2020, p. 95):

É inegável que os municípios no Brasil dependem financeiramente dos Estados e da União. Acontecem, assim, jogadas políticas, de acordo com Ferreira (2010), em que os prefeitos, muitas vezes se tornam reféns de deputados, senadores, dentre outras figuras políticas, para a obtenção de recursos para suas respectivas administrações (RAMOS *et al.*, 2020, p. 95).

Essa dependência se acentua ainda mais uma vez que a CF88 também atribuiu um destacado papel de planejamento à União (ALMEIDA, 2013, p. 73). As políticas de planejamento são formuladas, em grande parte, pelo Congresso Nacional, que não possui representação direta dos municípios. Além disso, estes também não foram legitimados pela CF88 a apresentar proposta de emenda à constituição (PEC). Daí surge a necessidade de sensibilizar os parlamentares para que encampem as causas municipalistas.

Especificamente sobre a distribuição de recursos entre os entes da federação para a área da educação, bem nos explica Costa (2011, p. 35):

As normas constitucionais ampliaram a autonomia dos Municípios, autorizando que organizassem seus próprios sistemas educacionais, mas, no entanto, não estabeleceu critérios legais para a divisão de suas funções na prestação da educação, e isso resultou em um sistema caótico de financiamento das redes de ensino. A nova Constituição não solucionou o problema da má distribuição dos recursos para a educação entre os entes federados. Da mesma forma, os mínimos constitucionais, reservados ao investimento em educação, não garantiram a sua aplicação. A instituição da



vinculação de 25% das receitas dos Estados e Municípios e de 18% das receitas da União à educação não garantiu o financiamento adequado ao ensino obrigatório, tampouco deu mais transparência e equidade ao gasto público. Esse problema foi mitigado com a criação do FUNDEF e do FUNDEB.

Isso mostra que, embora o sistema de distribuição de recursos apresente problemas, existe um esforço do legislador em promover melhorias e garantir dotações orçamentárias para a educação brasileira.

Muitas vezes, mais do que falta de recursos, o que se verifica na prática é a má gestão destes a qual resulta na má qualidade do sistema de ensino. Sobre essa relação, tomemos as lições de Costa (2011, p. 52):

Assim, para que o Estado/Administração realmente tenha recursos para executar as políticas públicas de concretização do direito à educação inseridas na Constituição Federal, a Emenda nº 14/96 criou uma fonte adicional de recursos com a contribuição do salário-educação, recolhida pelas empresas. Mais recentemente, o orçamento fica reforçado pela exclusão da educação do DRU (Desvinculação das Receitas da União), prevista no art. 76 da ADCT, trazida pela EC nº 59, tema que será a seguir desenvolvido. Sendo assim, verifica-se que há uma preocupação constante do legislador em garantir dotação orçamentária à educação. Ocorre que, mais do que falta de recursos, o que se verifica, na prática, é a má gestão dos recursos públicos, que resulta na má qualidade do sistema nacional de ensino.

Todo esse contexto nos leva à conclusão de que a oferta da educação infantil é dever do Poder Público federal, estadual e municipal (COSTA, 2011, p. 76). Na prática, isso representa diversos desafios, entre os quais ressaltamos a dificuldade de cooperação entre os entes federados e a boa administração pública.

O primeiro carece da regulamentação prevista no art. 23, parágrafo único, da CF88, que estabelece que leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União, os estados, o Distrito Federal e os municípios. Apesar da existência de diversas proposições sobre o tema em tramitação no Congresso Nacional, ainda não existe uma lei complementar para a área de educação.

O segundo está expresso no art. 37, *caput* e § 3º, também da CF88 e tem relação direta com a capacidade técnico-administrativa do Poder Executivo para fornecer serviços públicos com qualidade. Especialmente no que se refere aos municípios, o aumento dessa capacidade

faz parte de um processo gradual de descentralização da gestão de políticas públicas iniciado com a promulgação da CF88.

Tendo em vista que a Administração Pública, focada como atividade estatal em si, transcorre na funcionalidade dos três Poderes estatais — Legislativo, Executivo e Judiciário, conforme Carlos Ayres Brito em Canotilho *et al.* (2018) —, na próxima seção falaremos sobre a separação desses Poderes e os limites da atuação judicial na efetividade das políticas públicas na área de educação.

## **2.4 Separação dos Poderes e os limites da atuação judicial**

A formulação de políticas públicas para a educação também precisa enfrentar os limites da separação funcional dos Poderes. Entendemos que os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário devem atuar em harmonia para garantir a concretização desse direito.

Especificamente sobre a atuação do Judiciário, a judicialização da educação tem se tornado tema recorrente, competindo com a já crônica judicialização da saúde. Esse processo pode ter tanto um viés positivo, voltado à concretização e à ampliação de direitos de cidadania, como um viés negativo, de burocratização excessiva e de desrespeito à relativa autonomia do campo educacional e da escola.

Sobre a relação entre políticas públicas, Direito e o papel exercido pelo Judiciário, bem nos explica Marília Lourido dos Santos:

É nestas que estão consagrados os direitos fundamentais, dentre os quais encontram-se os direitos sociais, cuja nota característica é justamente a demanda por prestações positivas do Estado, que por sua vez se efetiva por meio de políticas públicas. **Logo, as políticas públicas constituem uma forma de concretização de normas constitucionais de significativa relevância [...]** O papel do Judiciário — com relação a garantia da normatividade constitucional — no tocante ao controle de políticas públicas é fundamental, pois se afigura como instância última de resguardo dos direitos fundamentais. Cabendo-lhe conferir harmonia entre a garantia destes e o exercício das funções ou atos dos outros poderes, especialmente o Executivo. Ademais, cabe-lhe o próprio controle do processo de concretização das normas constitucionais pelos outros poderes, porque a si tocará verificar se houve obediência aos ditames da Constituição. Será, então sua a palavra final, pela aplicação dos princípios da inafastabilidade da jurisdição e da coisa julgada (SANTOS, 2006 *apud* BRADBURY, 2016, p. 22, grifos originais).

Complementando e confirmando esta explicação sobre separação dos Poderes, o STF firmou entendimento de que este se traduz num balanceamento de poderes e não em núcleos de poder estanques. Sobre esse assunto, o Ministro Celso de Mello proferiu a seguinte exegese (BRASIL, STF, DJU 3-2-06 *apud* VICTOR, 2011, p. 32-33):

[...] 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.

As preocupações relacionadas com os limites de atuação do Judiciário levam também a um outro conceito que se convencionou chamar de ativismo judicial. Nas lições de Streck (2018), isso ocorre quando as decisões do Poder Judiciário extrapolam seu campo de atuação e produzem resultados não universalizáveis para todas as pessoas que solicitassem o mesmo direito:

A esse respeito, venho buscando construir uma criteriologia decisória que passa por três perguntas fundamentais: está o Judiciário diante de um direito fundamental, subjetivamente exigível? Este direito, em situações similares, pode ser concedido a toda e qualquer pessoa que o pedir? Por fim, é possível transferir recursos das outras pessoas para fazer aquela ou um grupo feliz, sem violar a isonomia no seu sentido substancial, já levando em conta toda a força do Estado Social previsto na Constituição? Se uma das respostas for negativa, não se está diante de uma judicialização, mas, sim, de uma atitude ativista (STRECK, 2018).

O entendimento dos limites da atuação do Poder Judiciário na efetivação dos direitos sociais previstos na CF88 é importante para garantir os princípios democráticos decorrentes da harmonia entre os Poderes e também para evitar que a interferência indevida de um Poder sobre o outro possa prejudicar o planejamento de soluções sistêmicas que beneficiariam a sociedade como um todo e dariam mais eficiência e eficácia para a execução das políticas públicas. Por isso, é importante a contribuição de Streck (2018) no sentido de que o ativismo judicial deve ser evitado, e o Judiciário deve produzir decisões que sejam universalizáveis.

Encerramos aqui a seção 2, na qual apresentamos os principais fundamentos teóricos sobre o direito à educação infantil e as problemáticas relacionadas com a judicialização de políticas públicas. Na próxima seção, mostraremos como esses fundamentos deram suporte à decisão do STF no ARE 639.337 AgR SP.

### **3 ANÁLISE DO ARE 639.337 AGR SP**

Neste capítulo analisaremos a decisão do STF no ARE 639.337 AgR SP. Na primeira seção faremos um resumo do caso e na seção 2 utilizaremos o referencial teórico desenvolvido no capítulo 2 para destacar os principais pontos da decisão.

#### **3.1 Resumo do caso**

A Justiça paulista determinou à Prefeitura de São Paulo a obrigação de matricular crianças menores de cinco anos em creches próximas de onde moram ou trabalham seus pais, sob pena de multa diária por criança não atendida.

O município de São Paulo recorreu ao STF por meio do ARE 639.337 AgR SP, alegando que a decisão havia transgredido preceitos inscritos na Constituição da República.

A Segunda Turma do STF negou seguimento ao recurso extraordinário e manteve a determinação imposta à Prefeitura de São Paulo (STF, 2011).

#### **3.2 Análise do caso**

Na decisão do ARE 639.337, o STF reconheceu que os fundamentos da decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo encontravam respaldo na jurisprudência firmada pelo Supremo Tribunal Federal (**AI 474.444-AgR/SP**, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – **RE 410.715-AgR/SP**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **RE 436.996-AgR/SP**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.) (BRASIL, STF, 2011, p. 5).

A decisão começa por definir o direito à educação infantil como direito público subjetivo e um dos direitos sociais mais expressivos, sendo, por esse motivo, dever do Estado prover acesso pleno ao sistema educacional:

É preciso assinalar, neste ponto, por relevante, que o direito à educação — que representa prerrogativa constitucional deferida a todos (CF, art. 205), notadamente às crianças (CF, arts. 208, IV, e 227, “caput”) — qualifica-se como um dos direitos sociais mais expressivos, subsumindo-se à noção e categoria dos direitos de segunda geração ou dimensão (RTJ 164/158-161), cujo adimplemento impõe, ao Poder Público, a satisfação de um dever de prestação positiva, consistente num “facere”, pois o Estado dele só se desincumbirá criando condições objetivas que propiciem, aos titulares desse mesmo direito, o acesso pleno ao sistema educacional, inclusive ao

atendimento, em creche e pré-escola, “às crianças até 5 (cinco) anos de idade” (CF, art. 208, IV, na redação dada pela EC no 53/2006) (BRASIL, STF, 2011, p. 5).

Sobre a competência do tribunal para análise do caso, o Ministro Celso de Mello ressaltou que a formulação e implementação de políticas públicas compete, primariamente, aos Poderes Legislativo e Executivo. No entanto, devido a dimensão política da jurisdição constitucional outorgada ao STF, é função desta tornar efetivos os direitos de segunda geração ou dimensão (como, por exemplo, a educação) (BRASIL, STF, 2011, p. 10). Dessa forma, no caso em análise, o tribunal cumpre sua missão institucional ao suprir as omissões inconstitucionais dos órgãos estatais e ao adotar medidas que objetivem restaurar a Constituição violada pela inércia dos Poderes do Estado:

Impende assinalar, contudo, que tal incumbência poderá atribuir-se, embora excepcionalmente, ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter impositivo, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, como sucede na espécie ora em exame. (BRASIL, STF, 2011, p. 11)

A decisão ressalta ainda que omissões inconstitucionais podem levar a processos informais de mudança da Constituição e que é dever da Suprema Corte, como guardiã da mesma, agir para impedir que isso ocorra:

As situações configuradoras de omissão inconstitucional — ainda que se cuide de omissão parcial derivada da insuficiente concretização, pelo Poder Público, do conteúdo material da norma impositiva fundada na Carta Política — refletem comportamento estatal que deve ser repellido, pois a inércia do Estado qualifica-se como uma das causas geradoras dos processos informais de mudança da Constituição, tal como o revela autorizado magistério doutrinário (ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ, “Processos Informais de Mudança da Constituição”, p. 230/232, item n. 5, 1986, Max Limonad; JORGE MIRANDA, “Manual de Direito Constitucional”, tomo II/406 e 409, 2a ed., 1988, Coimbra Editora; J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, “Fundamentos da Constituição”, p. 46, item n. 2.3.4, 1991, Coimbra Editora) (BRASIL, STF, 2011, p. 14).

Sobre a necessidade de recursos financeiros para concretização de direitos sociais, o STF entendeu que se trata de um processo gradual que depende da capacidade econômico-financeira da pessoa estatal. Todavia, não pode esta criar obstáculos artificiais que inviabilizem

o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência:

Não se mostrará lícito, contudo, ao Poder Público, em tal hipótese, criar obstáculo artificial que revele — a partir de indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa — o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência (ADPF 45/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Informativo/STF no 345/2004) (BRASIL, STF, 2011, p. 21).

Nesse mesmo entendimento, argumentou ainda o tribunal que a cláusula da reserva do possível será sempre limitada pela exigência constitucional do mínimo existencial (BRASIL, STF, 2011, p. 25). Essa exigência compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização é capaz de garantir condições adequadas para uma existência digna (BRASIL, STF, 2011, p. 28). Sobre essa relação, explicou o tribunal:

A noção de mínimo existencial, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança (BRASIL, STF, 2011, p. 27).

Dessa forma, não pode a autoridade estatal invocar a cláusula de reserva do possível para o caso em questão por se tratar de um direito constitucional impregnado de um sentido de essencial fundamentalidade. Além disso, não existe um justo motivo aferível, e a questão pode ser resolvida com mais eficiência por meio da gestão dos recursos públicos (BRASIL, STF, 2011, p. 36).

Cumpram também destacar o princípio da proibição do retrocesso, que, em matéria de direitos fundamentais sociais, impede que sejam desconstituídas conquistas já alcançadas pela sociedade. Na realidade, essa cláusula traduz, no processo de sua concretização, verdadeira dimensão negativa pertinente aos direitos sociais de natureza prestacional (como o direito à educação e à saúde, p. ex.) (BRASIL, STF, 2011).

Isso significa que não pode a autoridade municipal inviabilizar o acesso à educação previsto no art. 208, IV. Essa foi a conclusão final do caso em análise:

Tenho para mim, desse modo, presente tal contexto, que os Municípios — que atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) — não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Constituição, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se de atendimento das crianças em creche e na pré-escola (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 (BRASIL, STF, 2011, p. 31).

A conclusão ressaltou ainda, especialmente em questões financeiras e de planejamento, a responsabilidade não apenas dos municípios, mas de todos os entes federados para a concretização do direito fundamental à educação infantil:

Cumprir destacar, neste ponto, por oportuno, ante a inquestionável procedência de suas observações, a decisão proferida pelo eminente Ministro MARCO AURÉLIO (RE 431.773/SP) no sentido de que, “Conforme preceitua o artigo 208, inciso IV, da Carta Federal, consubstancia dever do Estado a educação, garantindo o atendimento em creche e pré-escola às crianças [...]. O Estado — União, Estados propriamente ditos, ou seja, unidades federadas, e Municípios — deve aparelhar-se para a observância irrestrita dos ditames constitucionais, não cabendo tergiversar mediante escusas relacionadas com a deficiência de caixa” (BRASIL, STF, 2011, p. 32).

Encerramos aqui a análise da decisão do STF no ARE 639.337 AgR SP. Na próxima seção faremos as considerações finais.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Considerando que a noção do direito de educação obrigatória e gratuita envolve fatores marginais, como transporte e alimentação, importantes especialmente para as populações de baixa renda (VICTOR, 2011, p. 87), concordamos com a atuação do STF e entendemos que a decisão teve um viés positivo para ajudar na concretização do mandamento constitucional previsto no art. 208, IV, da CF88.

Além disso, o caso analisado pode ser enquadrado nas conclusões de Victor (2011, p. 138) sobre judicialização de políticas públicas, no sentido de que a decisão do Supremo não



interferiu na discricionariedade política do Executivo nem na criatividade legislativa. A decisão consistiu em mera decorrência lógica do primado da inafastabilidade do acesso à jurisdição (art. 5º, XXXV, CF88), que estabelece o poder-dever do Judiciário de controlar os atos estatais sob o prisma da legalidade.

Acreditamos em que, para o caso em questão, um esforço da administração municipal pode garantir o acesso das crianças à creche sem a necessidade de alterações orçamentárias significativas.

Nos casos em que sejam necessárias dotações orçamentárias, entendemos que o ente público deve consignar em orçamento os recursos necessários, sob pena de ensejar a intervenção judicial (VICTOR, 2011, p. 118). Isso nem sempre é uma tarefa simples devido aos diversos desafios associados à autonomia dos municípios no federalismo brasileiro, especialmente aqueles relacionados com o planejamento de políticas públicas e a dependência de transferências de recursos da União (RAMOS *et al.*, 2020).

Avaliamos também que a decisão não pode ser enquadrada como ativismo judicial por se tratar de um direito fundamental, subjetivamente exigível. Em situações similares, pode ser concedido a toda e qualquer pessoa que o pedir. E ainda, as necessidades de remanejamento de recursos não violam a isonomia no seu sentido substancial, mesmo levando em conta toda a força do Estado social previsto na Constituição (STRECK, 2018).

Apesar dos aspectos positivos, chamamos a atenção para o risco de que o STF abra as portas da Justiça para quase todas as pretensões que se formulem em nome do direito à educação (NALINI, 2020). Na decisão do ARE 639.337 AgR SP e na jurisprudência do tribunal, existe o reconhecimento da relevância atribuída a esse direito, mas reconhecimento pretoriano, como direito subjetivo público oponível ao Estado, revela-se apenas em relação às crianças de zero a cinco anos (norma contida no inc. IV do art. 208 da CF88) (COSTA, 2011, p. 71).

Por um lado, essa possível abertura seria importante para a concretização do direito à educação, mas, por outro lado, é preciso ter cuidado para que o excesso de decisões judiciais aleatórias não invada a autonomia do campo educacional e dificulte mudanças sistêmicas que beneficiariam o sistema educacional como um todo (NALINI, 2020, p. 27).

Sendo assim, entendemos que a concretização do direito à educação é um dever de todos e que o Judiciário deve agir dentro do seu campo de atuação para colaborar nessa tarefa.

No entanto, precisamos ter cuidado com as decisões judiciais que focam mais em direitos individuais do que em coletivos, resultando em potenciais prejuízos para um grande

grupo de cidadãos em benefício de alguns poucos (NALINI, 2020, p. 28), de modo a afetar a isonomia em seu sentido substancial e configurar situações de ativismo judicial (STRECK, 2018).

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

BRADBURY, Leonardo Cacau Santos La. *Direito à Educação*. Judicialização, Políticas Públicas e Efetividade do Direito Fundamental. 2. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2016.

BRASIL. SUPREMO Tribunal Federal (STF). Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) n. 639.337, AgR SP, Min. Celso de Mello. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, n. 177, 15 set. 2011. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428#:~:text=Impende%20assinalar%2C%20contudo%2C%20que%20tal,ser%20acessado%20no%20endere%C3%A7o%20eletr%C3%B4nico>>. Acesso em: 31 jul. 2021.

BRASIL [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 1988. Brasília: Presidência da República, [1988]. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 27 jul. 2021.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes *et al.* (coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. (Série IDP).

COSTA, Denise Souza. *Direito fundamental à educação, democracia e desenvolvimento sustentável*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MOTA, Pedro Vieira. *O Espírito das Leis*. São Paulo: Saraiva, 2017.

NALINI, José Renato. *Educação: uma questão de justiça*. São Paulo: SESI-SP, 2020.

RAMOS, Edith Maria Barbosa *et al.* A autonomia financeira dos municípios no federalismo brasileiro. *E-legis*, Brasília, v. 13, n. 32, p. 76-102, maio/ago. 2020.

SANTOS, Marília Lourido dos. *Interpretação Constitucional no Controle Judicial das Políticas Públicas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais: na Constituição Federal de 1988*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. Edição do Kindle.

STF. Notícias. Disponível em:

<<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=182596&ori=1>>. 2011.

Acesso em: 16 out. 2021.

STRECK, Lenio Luiz. *30 anos da CF em 30 julgamentos: uma radiografia do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

VICTOR, Rodrigo Albuquerque de. *Judicialização de Políticas Públicas para Educação Infantil*. São Paulo: IDP Cursos e Projetos LTDA, 2011. Edição do Kindle.