

**UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA “JÚLIO DE MESQUITA FILHO”  
FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS**

**PAULO HENRIQUE DE OLIVEIRA ARANTES**

**PERSPECTIVAS DE ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NAS LUTAS PELA  
EFETIVIDADE DO DIREITO À EDUCAÇÃO INFANTIL**

**Franca  
2011**

**PAULO HENRIQUE DE OLIVEIRA ARANTES**

**PERSPECTIVAS DE ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NAS LUTAS PELA  
EFETIVIDADE DO DIREITO À EDUCAÇÃO INFANTIL**

**Dissertação apresentada à Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” como pré-requisito para obtenção do título de Mestre em Direito. Área de Concentração: Sistemas Normativos e Fundamentos da Cidadania.**

**Orientador: Prof. Dr. Antônio Alberto Machado**

**Franca**

**2011**

Arantes, Paulo Henrique de Oliveira  
Perspectivas de atuação do Ministério Público nas lutas pela  
efetividade do direito à educação infantil / Paulo Henrique de  
Oliveira Arantes. – Franca : [s.n.], 2011  
147 f.

Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Estadual  
Paulista. Faculdade de Ciências Humanas e Sociais.  
Orientador: Antonio Alberto Machado

1. Ministério Público – Direitos sociais – Menor. 2. Infância –  
Políticas públicas. 3. Educação infantil – Direito – Brasil. .  
I. Título.

CDD – 341.413

**PAULO HENRIQUE DE OLIVEIRA ARANTES**

**PERSPECTIVAS DE ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NAS LUTAS PELA  
EFETIVIDADE DO DIREITO À EDUCAÇÃO INFANTIL**

**Dissertação apresentada à Faculdade de Ciências Humanas e Sociais,  
Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” como pré-requisito  
para obtenção do título de Mestre em Direito. Área de Concentração: Sistemas  
Normativos e Fundamentos da Cidadania.**

**Banca Examinadora**

**Presidente:** \_\_\_\_\_  
**Prof. Dr. Antônio Alberto Machado**

**1º Examinador:** \_\_\_\_\_

**2º Examinador:** \_\_\_\_\_

Franca, \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2011.

Para as brasileirinhas e brasileirinhos que vivem a “primeira infância” nestes tempos de barbárie, incluindo a Sofia e a Helena.

Para a Prica, com quem compartilho, prazerosamente, sonhos e o nosso espaço-tempo doméstico. É pena que tudo seja tão corrido...

## AGRADECIMENTOS

Agradeço ao Prof. Dr. Antônio Alberto Machado, que possibilitou o meu retorno a este importantíssimo espaço de reflexão que é a universidade pública brasileira e, como orientador e pensador crítico, contribuiu significativamente para que meu horizonte de perguntas fosse ampliado.

Aos funcionários e professores da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da UNESP, em especial ao Prof. Dr. Paulo César Corrêa Borges e à Prof.<sup>a</sup> Dra. Elisabete Maniglia, pelas valiosas contribuições por ocasião da banca de qualificação e pela dedicação à universidade; ao Prof. Dr. Fernando Fernandes, pela seriedade com que se dedica às suas pesquisas.

À Prof.<sup>a</sup> Dra. Ana Paula Soares da Silva, pelas preciosas indicações bibliográficas e pelo exemplo de compromisso com uma educação infantil pública, gratuita e de qualidade para todos.

Aos companheiros da turma de mestrado, com quem tive a oportunidade de conviver e aprender muito neste retorno à universidade, em especial ao Gladstone, à Talita e à Lílian.

Aos colegas de Ministério Público (membros, funcionários e estagiários), com quem compartilho desafios e angústias cotidianas. Ao meu substituto automático Dr. Hamilton Fernando Lisi e à minha estagiária Ana Carolina, que com o seu apoio possibilitaram a freqüência às disciplinas do curso.

Ao Dr. Marcelo Pedroso Goulart, exemplo de promotor de justiça, pelo incentivo à reflexão e por comprovar, por sua atuação, a importância da relação entre teoria e práxis.

Aos meus familiares e em especial aos meus pais Joana d'Arc e Neylson, que não mediram esforços para me proporcionar oportunidades de uma educação baseada em valores. A eles e aos meus sogros Neide e Peter, por cuidarem da Sofia e da Helena enquanto cursávamos as disciplinas do curso.

Por fim, à minha companheira Priscila. É um privilégio conviver com uma pessoa tão inteligente, doce e exigente. De fato, desde os bancos e festas da São Francisco, minha admiração e meu amor por você têm crescido a cada dia. Parafraseando um nosso professor das Arcadas, posso dizer que as alegrias a seu lado têm sido tantas que gostaria que o tempo passasse mais devagar...

ARANTES, Paulo Henrique de Oliveira. **Perspectivas de atuação do Ministério Público nas lutas pela efetividade do direito à educação infantil**. 2011. 147 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2011.

## RESUMO

A presente dissertação teve por objetivo propor uma reflexão sobre as possibilidades de atuação do Ministério Público no desenvolvimento das lutas pela efetividade do direito à educação infantil no Brasil. Inicialmente, foi proposta uma análise do processo histórico relativo ao direito à educação infantil no Brasil, tendo sido avaliados os seus condicionamentos atuais. Após, foram apontadas perspectivas de atuação do jurista em geral e discutidas questões relacionadas à chamada exigibilidade do direito à educação infantil. Este direito foi caracterizado como um direito fundamental, social e subjetivo, cujas normas constitucionais devem ser interpretadas à luz do princípio da máxima efetividade, não sujeito à tese da “reserva do possível” e garantido pela regra da proibição de retrocesso social. Por fim, foram discutidas questões específicas relacionadas ao Ministério Público e que guardam pertinência com a efetividade do direito à educação infantil. Assim, foram analisados o seu processo de trânsito da sociedade política para a sociedade civil, as possíveis e necessárias alianças estratégicas e os instrumentos de atuação jurídico-políticos que podem ser usados pelos membros do Ministério Público para o desenvolvimento das lutas objetivando tirar o direito à educação infantil do papel.

**Palavras chave:** ministério público. direitos sociais. efetividade. direito à educação infantil.

ARANTES, Paulo Henrique de Oliveira. **Perspectivas de atuação do Ministério Público nas lutas pela efetividade do direito à educação infantil**. 2011. 147 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2011.

### **ABSTRACT**

This essay proposes a reflection about the possibilities of action of the Public Prosecution within the development of the fights for effectiveness right to infant education in Brazil. Initially, it was proposed an analysis of the historical process regarding the right to infant education in Brazil, being evaluated its actual conditionings. Afterwards, there were presented some perspectives of action of the jurist in general and discussed some questions regarding the so called exigibility of the right to infant education. Such right was characterized as a fundamental, social and subjective right, whose constitutional rules shall be interpreted towards the principle of the maximum effectiveness and shall not be submitted to the thesis of “possible reserve” additionally it shall be guaranteed by the rule of prohibition of the social retrogress. Finally, there were discussed specific questions regarding the Public Prosecution and which are linked with the effectiveness of the right of infant education. Thus, there were analyzed the Public Prosecution transitional process from the political society to the civil society, the possibilities and strategic alliances needed and mechanisms of legal and political action that shall be used by the Public Prosecutors for the development of the fights for take the right to infant education from the paper.

**Key words:** public prosecution. social rights. effectiveness. right to infant education.

## LISTA DE QUADROS

- Quadro 1 – Educação Infantil: função político-social.....p. 56**  
**Quadro 2 – Educação Infantil: função político-social e acessibilidade.....p. 57**

## LISTA DE SIGLAS

ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
LDB	Lei de Diretrizes e Bases da Educação
Grinfad	Promotores de Justiça da região de Ribeirão Preto e Franca
DNCr	Departamento Nacional da Criança
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
Unicef	Fundo das Nações Unidas para a Infância
UDN	União Democrática Nacional
SAB	Sociedades Amigas do Bairro
LBA	Legião Brasileira de Assistência
DSN	Doutrina da Segurança Nacional
CPI	Comissão Parlamentar de Inquérito
CNBB	Conferência Nacional dos Bispos do Brasil
MNMMR	Movimento Nacional de Meninos e Meninas de Rua
Fórum-DCA	Fórum Nacional Permanente de Entidades Não Governamentais de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente
ONU	Organização das Nações Unidas
FEF	Fundo de Estabilização Fiscal
DRU	Desvinculação de Receitas da União
FSE	Fundo Social de Emergência
Fundef	Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério
PNE	Plano Nacional de Educação
PNAD	Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios
Fundeb	Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica
Mieib	Movimento Interfóruns de Educação Infantil do Brasil
ADCT	Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
CAQ	Custo Aluno Qualidade
DCNEI	Diretrizes Curriculares Nacionais da Educação Infantil
Arena	Aliança Renovadora Nacional
MDB	Movimento Democrático Brasileiro

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>12</b>
<b>CAPÍTULO 1 O DIREITO À EDUCAÇÃO INFANTIL NO BRASIL: PROCESSO HISTÓRICO.....</b>	<b>17</b>
1.1 Uma concepção a respeito do fenômeno jurídico.....	17
1.2 A educação e sua função social.....	21
1.3 Especificidades do processo histórico relativo à educação infantil no Brasil.....	23
1.4 A educação infantil no início do século XX. O surgimento do direito tutelar.....	25
1.5 A revolução de 1930. O manifesto dos pioneiros da educação nova. A Constituição de 1934. O Estado Novo.....	28
1.6 O período liberal de 1946 a 1964. A primeira LDB.....	32
1.7 A ditadura militar. A segunda LDB. Os anos 1970 e o Projeto Casulo da LBA. O “novo” Código de Menores.....	34
1.8 A redemocratização brasileira e a Constituição Federal de 1988. O direito da criança e do adolescente.....	38
1.9 Os anos 1990. O neoliberalismo e sua projeção no direito à educação infantil. A nova LDB. O Plano Nacional de Educação.....	43
<b>CAPÍTULO 2 CONDICIONAMENTOS ATUAIS DO DIREITO À EDUCAÇÃO INFANTIL E PERSPECTIVAS DE ATUAÇÃO DO JURISTA.....</b>	<b>50</b>
2.1 O direito à educação infantil inscrito no âmbito da legalidade estatal...	50
2.2 Tensões e modelos em disputa.....	54
2.3 A insuficiência do normativismo-positivista para a adequada compreensão do direito à educação infantil.....	60
2.4 Perspectivas de atuação do jurista nas lutas pela efetividade do direito à educação infantil.....	66
<b>CAPÍTULO 3 A EXIGIBILIDADE DO DIREITO À EDUCAÇÃO INFANTIL.....</b>	<b>71</b>
3.1 O direito à educação infantil como direito fundamental.....	72

<b>3.2 O direito à educação infantil como direito social.....</b>	<b>75</b>
<b>3.3 O direito à educação infantil como direito subjetivo.....</b>	<b>78</b>
<b>3.4 Da incidência do princípio de interpretação constitucional da máxima efetividade.....</b>	<b>84</b>
<b>3.5 Da não incidência da tese da “reserva do possível”.....</b>	<b>89</b>
<b>3.6 Da incidência da regra da proibição de retrocesso social.....</b>	<b>92</b>
<b>CAPÍTULO 4 O MINISTÉRIO PÚBLICO E A EFETIVIDADE DO DIREITO À EDUCAÇÃO INFANTIL.....</b>	<b>98</b>
<b>4.1 Situando o tema da efetividade institucional do Ministério Público brasileiro.....</b>	<b>98</b>
<b>4.2 O Ministério Público no âmbito do Estado brasileiro.....</b>	<b>100</b>
<b>4.3 Alianças estratégicas para as lutas pela efetividade do direito à educação infantil.....</b>	<b>108</b>
<b>4.4 As lutas pelo acesso às instituições de educação infantil: instrumentos de atuação jurídico-políticos.....</b>	<b>114</b>
<b>4.5 As lutas pela qualidade do direito à educação infantil: instrumentos de atuação jurídico-políticos.....</b>	<b>121</b>
<b>4.6 Um exemplo de organização das lutas relativas à efetividade do direito à educação infantil: o Grinfad.....</b>	<b>125</b>
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>128</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>138</b>

## INTRODUÇÃO

As questões que deram origem a presente pesquisa foram às seguintes: o Ministério Público pode ou deve participar das lutas pela efetividade do direito à educação infantil? Em caso de se tratar de um dever-poder, qual é a melhor forma de atuação dos membros do Ministério Público para potencializar essas lutas?

O interesse pelo tema surgiu a partir do momento em que, do lugar ocupado pelo pesquisador (membro do Ministério Público paulista), houve a percepção da existência de um problema social grave, qual seja, a falta de efetividade do direito à educação infantil no Brasil, neste início do século XXI.

A educação infantil, pelos textos normativos vigentes no ordenamento jurídico brasileiro (notadamente, Constituição da República de 1988, Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB), consiste na primeira etapa da educação básica, atendendo a crianças de 0 a 5 anos de idade, em instituições denominadas creches (crianças de 0 a 3 anos) e pré-escolas (crianças de 4 e 5 anos).

É fato notório que, na grande maioria dos municípios brasileiros neste início da segunda década do século XXI, observa-se a existência de listas de espera para obtenção de vagas em creches e pré-escolas públicas.

Para se ter uma ideia da dimensão do problema, vale registrar que, no ano de 2004, apenas 13,4% das crianças brasileiras de 0 a 3 anos (e 9% das crianças que viviam em famílias com renda *per capita* de até meio salário mínimo) frequentavam creches. Deste percentual, apenas 7,1% frequentavam creches em período integral.<sup>1</sup>

Anotese que, no ano de 2007, foram realizadas três audiências públicas por um grupo de Promotores de Justiça da região de Ribeirão Preto e Franca (Grinfad), nos municípios de Ribeirão Preto, Sertãozinho e Orlândia, objetivando colher subsídios para orientar a atuação do grupo, e o problema da falta de vagas em instituições de educação infantil foi levantado por diversos participantes nas três audiências.

Essa realidade parece confirmar a hipótese sociológica levantada por Boaventura de Souza Santos, para quem “[...] quanto mais caracterizadamente uma

---

<sup>1</sup> ROSEMBERG, Fúlvia. Educação infantil pós-Fundeb: avanços e tensões. In: SOUZA, Gizele de (Org.). **Educar na infância: perspectivas histórico-sociais**. São Paulo: Contexto, 2010. p. 177-178.

lei protege os interesses populares e emergentes maior é a probabilidade de que ela não seja aplicada.”<sup>2</sup>

Sob outro aspecto, não é raro deparar-se com atos normativos e práticas administrativas que condicionam – de forma inconstitucional - o exercício do direito à educação infantil (por exemplo, exigindo comprovação de trabalho por parte da mãe ou responsável pela criança, ou mesmo proibindo a frequência de crianças cujas mães se encontrem em gozo de licença-maternidade em virtude do nascimento de outro filho).

O presente trabalho tem por objetivo analisar a realidade a partir do problema da falta de efetividade do direito à educação infantil. Acrescente-se que, além da compreensão adequada do problema, é objetivo declarado da pesquisa contribuir para a resolução desta situação. Assume-se, pois, o rompimento com o mito da neutralidade científica.

Nesse sentido, deve ser esclarecida a influência que a filosofia da práxis exerce sobre a concepção e o desenvolvimento desta dissertação. A práxis consiste em uma atividade voluntária, reflexiva e transformadora, que busca compreender a realidade com um objetivo expresso e declarado, qual seja, a sua transformação.

Segundo lição de Luiz Fernando Coelho, a etimologia da palavra práxis revela o significado grego de atividade dirigida a um fim. Esse significado se manteve semanticamente, tendo sido acrescido de dois outros elementos, quais sejam, a conscientização e a transformação.<sup>3</sup>

Oportuno, neste ponto, recordar a conhecida XI tese sobre Feuerbach, na qual Karl Marx sustenta a necessidade de que os filósofos não fossem apenas intérpretes do mundo, mas que também cuidassem de transformar esse mundo.<sup>4</sup>

Não se pretende, nesta introdução, discorrer pormenorizadamente a respeito dos métodos utilizados durante a pesquisa. Já foi apontada a influência da filosofia da práxis e se espera que os métodos possam estar claros durante o próprio discorrer do texto.

---

<sup>2</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 9. ed. São Paulo: Cortez, 2003. p. 178.

<sup>3</sup> COELHO, Luiz Fernando. **Teoria crítica do direito**. 3. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 143.

<sup>4</sup> Sobre o conceito de práxis e a relação entre teoria e prática: SÁNCHEZ VÁZQUEZ, Adolfo. **Filosofia da práxis**. Tradução de Maria Encarnación Moya. São Paulo: Expressão Popular, 2007. p. 219-265. Sobre as filosofias do direito críticas, orientadas para a transformação social: MASCARO, Alysson Leandro. **Filosofia do direito**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 444-583.

No entanto, em linhas muito gerais, no âmbito desta introdução, vale esclarecer sobre a construção dos conteúdos e sobre os métodos utilizados no curso da pesquisa.

Para se pensar sobre as possibilidades de atuação do Ministério Público nas lutas pela efetividade do direito à educação infantil, inicialmente é proposta uma abordagem acerca do processo histórico de afirmação desse direito e de sua inscrição na legalidade estatal.

O primeiro capítulo objetiva compreender o direito à educação infantil no Brasil enquanto processo, no contexto histórico, movido e alimentado por lutas sociais. Para isso, optou-se justificadamente por uma abordagem de estilo dialético.

Os condicionamentos do direito à educação infantil na atualidade e os modelos em disputa são objeto de análise no segundo capítulo. Isso porque, quando se avança a hipótese de que o Ministério Público pode e deve lutar pela efetividade do direito à educação infantil, deve-se indagar: qual direito à educação infantil deve estar no horizonte dessas lutas?

Ainda no segundo capítulo, considerando que os membros do Ministério Público podem ser considerados juristas, adotando-se uma concepção ampla deste termo, propõe-se a discussão a respeito das perspectivas de atuação do jurista em geral nas lutas pela efetividade do direito à educação infantil.

No terceiro capítulo, considerando que o Ministério Público integra o sistema de administração de justiça e estabelecida a premissa de que este sistema constitui (dentre outros) um espaço importante para as lutas sociais relacionadas ao direito à educação infantil, sustenta-se a exigibilidade desse direito social, abordando-se aspectos relacionados com essa questão.

Neste ponto, quando do desenvolvimento da pesquisa sobre a exigibilidade do direito à educação infantil no âmbito do sistema de administração de justiça, há uma aproximação da proposta de tratamento do fenômeno jurídico com base no pensamento que pode ser chamado de tópico ou problemático.<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup> Sobre o pensamento tópico, vale conferir: VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos. Tradução da 5. ed. Alemã, rev. e ampl., da Professora Kelly Susane Alfien da Silva. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2008, p. 33-46.

Advirta-se que não é objetivo do presente trabalho construir uma dogmática especial<sup>6</sup> do direito fundamental à educação infantil, com o tratamento sistemático<sup>7</sup> das questões relacionadas a esta dogmática. Trata-se de escolha consequente. Não deve ser menosprezada a relativa importância da construção de uma dogmática especial do direito à educação infantil.

No entanto, vale recordar, com José Eduardo Faria, que a constituição histórica da dogmática jurídica se deu a partir de um conjunto de “[...] processos parciais e conseqüentes”, dentre os quais um dos mais importantes consistiu exatamente na separação entre teoria e práxis.<sup>8</sup>

Ora, cumpre lembrar que esta pesquisa é influenciada pela filosofia da práxis e declaradamente rompe com o mito da neutralidade científica. Nesse sentido, busca-se modelo diverso daquele saber jurídico dogmático, caracterizado por Faria como “[...] atividade prioritariamente teórica, avaliativa e descritiva.”<sup>9</sup>

A partir deste ponto, foram desenvolvidas reflexões sobre as possibilidades específicas de atuação do Ministério Público, no sentido de orientar suas lutas e contribuir para a eficácia social do direito à educação infantil no Brasil, objeto do quarto e último capítulo.

Assim, após situar o tema da efetividade institucional do Ministério Público, é proposta a discussão a respeito do processo de trânsito da instituição da sociedade política para a sociedade civil, são identificados aliados estratégicos e avaliados alguns instrumentos de atuação jurídico-políticos que podem ser usados nas lutas pela efetividade do direito à educação infantil.

Ainda no quarto capítulo, é mencionada brevemente uma experiência relativa ao tema ora analisado, qual seja, a formação do Grinfad. Indutivamente, a reflexão sobre os limites e possibilidades desta experiência pode contribuir para que o

---

<sup>6</sup> A respeito do conceito de dogmática especial: DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 22.

<sup>7</sup> Sobre a discussão do conceito de sistema no âmbito do direito, bem como sobre a questão relativa às relações entre pensamento sistemático e pensamento problemático: CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 4. ed. Introdução e tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008. p. 9-23 e 243-277. Quanto à aplicação dessa discussão no âmbito das ciências jurídico-penais: FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001. p. 17-36.

<sup>8</sup> FARIA, José Eduardo. A noção de paradigma na ciência do direito: notas para uma crítica ao idealismo jurídico. In: \_\_\_\_\_. (Org.). **A crise do direito numa sociedade em mudança**. Brasília-DF: Universidade de Brasília, 1988. p. 17. Para um reencontro entre teoria e práxis, adotando-se as chamadas práticas jurídicas orgânicas: infra, item 2.4.

<sup>9</sup> Ibid., p. 17.

Ministério Público brasileiro atue de forma adequada nas lutas pela efetividade do direito à educação infantil.

Por fim, após apresentar as conclusões da pesquisa, foram arrolados, apenas para fins didáticos, os principais argumentos construídos e defendidos no curso deste trabalho.

## CAPÍTULO 1 O DIREITO À EDUCAÇÃO INFANTIL NO BRASIL: PROCESSO HISTÓRICO

### 1.1 Uma concepção a respeito do fenômeno jurídico

Qualquer trabalho que verse sobre um tema jurídico adota, ainda que implicitamente, uma concepção a respeito do direito, de seus fundamentos, fontes e finalidades.

O presente trabalho não tem por objetivo discutir profundamente tais questões. Apenas, cumpre explicitar o enfoque teórico proposto, qual seja, o direito é compreendido como um fenômeno complexo e dinâmico. Segundo Antônio Alberto Machado:

[...] o direito é um fenômeno multidimensional, integrado por fatores sociais, políticos, econômicos, culturais e normativos. Aqui, o fator normativo surge apenas como epifenômeno da realidade ôntica do direito, não a sua única manifestação, num reconhecimento de que o 'ser' jurídico resulta mesmo de uma composição complexa e multifacetada, com uma dimensão formal (norma) e outra substantiva (socioeconômica-política e cultural).<sup>10</sup>

Acrescente-se que existe uma crise de identidade epistemológica em relação às funções do direito. Assim, há aqueles que entendem o direito como simples técnica de controle social com o objetivo de atingir níveis de certeza e segurança. Por outro lado, há aqueles que concebem o direito como um instrumento de promoção social e como método de correção de desigualdades.<sup>11</sup>

Anote-se que essa crise não decorre de dificuldades técnicas na conceituação do direito, mas sim de diferentes posturas dos juristas diante dos conflitos sociais. A esse respeito, José Reinaldo de Lima Lopes esclarece que:

A dificuldade de conceituar o direito em si não é técnica: é sobretudo ideológica, porque os juristas se colocam de modos diferentes perante os conflitos e dão o nome de direito ora à exploração, ora à libertação. É uma questão de prática histórica, de engajamento.<sup>12</sup>

---

<sup>10</sup> MACHADO, Antônio Alberto. **Ensino jurídico e mudança social**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 31.

<sup>11</sup> FARIA, José Eduardo. Introdução: o judiciário e desenvolvimento sócio-econômico. In: \_\_\_\_\_. (Org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo, Malheiros, 1994. p. 20.

<sup>12</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito, justiça e utopia. In: FARIA, José Eduardo (Org.). **A crise do direito numa sociedade em mudança**. Brasília-DF: Universidade de Brasília, 1988. p. 70.

Em outras palavras, o direito pode ser concebido e praticado como forma de manutenção da ordem vigente ou como instrumento de transformação social. Diante desse quadro, cumpre tomar partido nesta discussão, concordando com a lição do professor Roberto Lyra Filho, segundo o qual:

Direito é processo, dentro do processo histórico: não é uma coisa feita, perfeita e acabada; é aquele vir a ser que se enriquece nos movimentos de libertação das classes e grupos ascendentes e que define nas explorações e opressões que o contradizem, mas de cujas próprias contradições brotarão as novas conquistas.<sup>13</sup>

Sobre a ligação entre direito e liberdade (leia-se, libertação), anote-se que, segundo o professor Boaventura de Souza Santos, o projeto sociocultural da modernidade, constituído entre o século XVI e o final do século XVIII, está assentado nos pilares da regulação e da emancipação.

Enquanto o pilar da regulação é constituído pelos princípios do Estado, do mercado e da comunidade, o pilar da emancipação é constituído pelas racionalidades estético-expressiva (artes e literatura), moral-prática (ética e direito) e cognitivo-instrumental (ciência e técnica).

Frise-se que, ao contrário do que sustenta o senso comum teórico (segundo o qual o direito consiste essencialmente em regulação ou coerção), ao menos no projeto sociocultural da modernidade, o direito está inserido, juntamente com as artes, literatura, ética, ciência e técnica, no âmbito da emancipação.<sup>14</sup>

Fixada a premissa de que o direito é processo (complexo e dinâmico), que se fortalece nos processos de libertação das classes e grupos ascendentes, pode-se avançar a hipótese de que fonte material do direito são as lutas sociais.

---

<sup>13</sup> LYRA FILHO, Roberto. **O que é direito**. 17. ed. São Paulo: Brasiliense, 2004. (Coleção Primeiros Passos). p. 86. Sobre a concepção do fenômeno jurídico nesta pequena grande obra: CHAUÍ, Marilena. Roberto Lyra Filho ou da dignidade política do direito. In: LYRA, Doreodó Araújo (Org.). **Desordem e processo: estudos sobre o Direito em homenagem a Roberto Lyra Filho**, na ocasião do seu 60º aniversário. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1986. p. 17-27. Para uma didática abordagem do pensamento jurídico de Roberto Lyra Filho: KOPITTKE, Alberto Liebling. **Introdução à teoria e a prática dialética do direito brasileiro: A experiência da Renap**. São Paulo: Expressão Popular, 2010. p. 15-51.

<sup>14</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 9. ed. São Paulo: Cortez, 2003. p. 77. Neste mesmo texto, o professor de Coimbra discute a respeito do processo histórico, ocorrido no âmbito do desenvolvimento capitalista, de “[...] transformação incessante das energias emancipatórias em energias regulatórias”.

Essas lutas ocorrem em diversos momentos, desde aquele para colocar o direito na lei até o momento de lutar para concretizá-lo, tirando-o do papel e alargando-o para todos.<sup>15</sup>

Se o fenômeno jurídico realmente se trata de um processo complexo e dinâmico, faz-se necessário para construir, compreender e projetar esse objeto um pensar de estilo dialético.

A dialética, de antemão, é a forma mais adequada para se pensar o próprio processo de conhecimento, eis que possibilita compreender a influência recíproca entre o sujeito cognoscente e o objeto do conhecimento, refletindo sobre a importância da relação que se dá entre eles durante o processo cognitivo.<sup>16</sup>

Em uma primeira aproximação, pode-se afirmar que a dialética é uma maneira de pensar a partir das contradições da realidade. Trata-se de tentar apreender e compreender a realidade como contraditória e em transformação permanente.<sup>17</sup>

Com seu rigor analítico característico, Norberto Bobbio informa que há dois significados principais para a palavra dialética: o de “ação recíproca” (quando o adjetivo dialético vem unido a “relação”, “conexão”, talvez mesmo “unidade” – ex. relação homem-natureza) e o de “processo por tese, antítese e síntese” (quando vem unido a “movimento”, “processo”, “desenvolvimento” – ex. sociedade feudal e sociedade burguesa)<sup>18</sup>.

Pode-se afirmar que a dialética possui três categorias metodológicas principais.<sup>19</sup> A primeira delas consiste no chamado “movimento perpétuo”, sustentando-se a concepção de que não há nada eterno ou imutável, que as coisas estão em permanente transformação.

A segunda categoria da dialética consiste na totalidade. Segundo Michael Löwy, o significado metodológico da totalidade consiste na percepção da realidade social como um todo estruturado de forma orgânica, onde para se entender um

---

<sup>15</sup> A respeito do direito e das lutas sociais: LYRA FILHO, Roberto. **O que é direito**. 17. ed. São Paulo: Brasiliense, 2004. (Coleção Primeiros Passos). p. 83-91.

<sup>16</sup> Sobre a dialética e o processo de conhecimento: MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **A ciência do direito**: conceito, objeto, método. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 13-30.

<sup>17</sup> KONDER, Leandro. **O que é dialética**. 28. ed. São Paulo, Brasiliense, 2006. (Coleção Primeiros Passos). p. 8.

<sup>18</sup> BOBBIO, Norberto. Gramsci e dialética. In: **Ensaio sobre Gramsci e o conceito de sociedade civil**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira e Carlos Nelson Coutinho. 2. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002. p. 31-34.

<sup>19</sup> Sobre as três categorias da dialética: LÖWY, Michael. **Ideologias e ciência social**: elementos para uma análise marxista. 17. ed. São Paulo: Cortez, 2006. p. 14-18.

elemento ou dimensão dessa realidade, faz-se necessário avaliar a relação desse elemento com o conjunto.<sup>20</sup>

Sobre a totalidade, Leandro Konder esclarece que existem totalidades mais abrangentes e menos abrangentes e que o nível de totalização adequado é aquele exigido pelos problemas que se pretende enfrentar.<sup>21</sup>

Por fim, como terceira categoria do método dialético pode ser apontada aquela da contradição. Assim, a compreensão da realidade não busca apurar a harmonia lá existente (até porque se sustenta que não há essa harmonia nas sociedades historicamente existentes até o momento). A aproximação da realidade se dá privilegiando as contradições nela presentes.

A utilização da dialética é um dos contributos da proposta de compreensão do fenômeno jurídico sob a influência da filosofia da práxis. Anote-se que compreender o fenômeno jurídico sob essa influência contribui para destacar: a) a sua historicidade; b) que o direito não se resume ao direito estatal; c) a importância dos sujeitos históricos na construção e conquista dos direitos.

No sentido da valorização dos sujeitos e especialmente em relação aos direitos sociais, leciona Gerardo Pisarello que as perspectivas que ele chama de “estatalistas” frequentemente se esquecem que a exigibilidade dos direitos sociais como autênticos direitos indisponíveis depende não somente das técnicas institucionais destinadas a sua proteção, mas da participação e da luta de seus próprios destinatários.<sup>22</sup>

Cumprido destacar que a análise do processo de afirmação do direito à educação infantil no Brasil privilegiou a abordagem das normas estatais, pelo fato de que atualmente o direito à educação infantil se encontra inscrito na legalidade estatal.<sup>23</sup>

---

<sup>20</sup> LÖWY, Michael. **Ideologias e ciência social**: elementos para uma análise marxista. 17. ed. São Paulo: Cortez, 2006. p. 16.

<sup>21</sup> KONDER, Leandro. **O que é dialética**. 28. ed. São Paulo, Brasiliense, 2006. (Coleção Primeiros Passos). p. 39.

<sup>22</sup> PISARELLO, Gerardo. Los derechos sociales y sus garantías: notas para una mirada ‘desde abajo’. In: COURTIS, Cristian (Org.). **Desde otra mirada**: textos de teoría crítica del derecho. 2. ed. Buenos Aires: Eudeba, 2009. p. 176.

<sup>23</sup> Conforme item 2.1 infra.

Apenas, essa abordagem não significa um compromisso com o monismo jurídico. Cumpre reconhecer que o direito não se confunde com as leis e nem com as normas estatais<sup>24</sup>.

Uma ressalva deve ser feita em relação à separação do primeiro e do segundo capítulos desta dissertação. Sustenta-se que, para conferir maior potencial às lutas pela efetividade ou eficácia social de um direito, é necessária uma prévia compreensão do processo histórico de sua afirmação, com a análise de seus diversos condicionamentos.

Nesse sentido, vale a advertência de Yolanda Guerra:

Entendemos que fora dos processos históricos os direitos sociais não passam de pura abstração, de discurso esvaziado de conteúdo, de modo que eles devem ser entendidos com todos os seus limites e possibilidades que não são intrínsecos a eles mesmos.<sup>25</sup>

Frise-se que o fenômeno jurídico é compreendido como um processo sócio-histórico complexo e dinâmico, alimentado pelas lutas sociais, o que realça o relevo da contextualização do direito à educação infantil.

Assim, o processo histórico de afirmação do direito à educação infantil no âmbito da legalidade estatal será objeto do presente capítulo, enquanto o próximo abordará os condicionamentos atuais desse direito. A separação entre os capítulos não deve, nem de longe, ser vista como uma ruptura entre os temas abordados, que estão evidentemente interligados.

## 1.2 A educação e sua função social

Para a abordagem adequada do tema, é importante refletir, de forma geral, sobre a educação e sua função social ou, em outras palavras, sobre a relação entre as instituições educacionais (creches e pré-escolas) e a sociedade.

O conceito de “educação” é amplo e não se restringe à educação institucional ou escolar. Vitor Henrique Paro propõe o seguinte conceito:

---

<sup>24</sup> O pluralismo jurídico tem sido objeto de inúmeras pesquisas e obras importantes. Vale registrar, dentre outras: SANTOS, Boaventura de Souza. **O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica**. Porto Alegre: Fabris, 1998. p. 64-78.

<sup>25</sup> GUERRA, Yolanda. Direitos sociais e sociedade de classes: o discurso do direito a ter direitos. In: \_\_\_\_\_; FORTI, Valéria. (Orgs.). **Ética e direitos: ensaios críticos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010. p. 50.

Compreendida como a apropriação do saber historicamente produzido, a educação é o recurso que as sociedades dispõem para que a produção cultural da humanidade não se perca, passando de geração para geração. Desse modo, a educação constitui a mediação pela qual os seres humanos garantem a perpetuação de seu caráter histórico.<sup>26</sup>

No que se refere especificamente à chamada educação institucional (creches, pré-escolas e escolas) e sobre sua função social, utilizando a construção proposta por Mário Sérgio Cortella<sup>27</sup>, pode-se afirmar que três são as concepções gerais a respeito, quais sejam, “otimismo ingênuo”, “pessimismo ingênuo” e “otimismo crítico”.

O chamado “otimismo ingênuo” encara a educação como a salvação de todos os problemas nacionais. Apesar do mérito de chamar a atenção para a importância da questão, tal postura atribui à educação a resolução de todos os problemas nacionais, vários deles com causas que não podem ser solucionadas pelas instituições educacionais. Essa postura revela, no mínimo, ingenuidade ou mesmo um voluntarismo idealista.

Uma segunda concepção, chamada de “pessimismo ingênuo”, sustenta que a educação foi concebida e é praticada como forma de perpetuação de uma situação histórica de dominação social. Para utilizar um conceito de Louis Althusser, as instituições educacionais são vistas como “aparelhos ideológicos de Estado”. Essa postura, no fundo, revela-se anti-histórica e mecanicista, inclusive porque menospreza as contradições existentes no interior das próprias instituições.

O “otimismo crítico”, por sua vez, chama a atenção para a possibilidade de as instituições educacionais funcionarem como forma de manutenção de uma situação de dominação, mas também como possibilidade de contribuírem para a mudança social, apontando que não se trata de uma atividade caracterizada pela neutralidade.

Nesse sentido, a educação (a infantil incluída) não é vista como a única solução para todos os problemas da sociedade (“otimismo ingênuo”) e nem como forma de perpetuação da situação histórica de dominação social (“pessimismo ingênuo”).

---

<sup>26</sup> PARO, Vítor Henrique. Cidadania, democracia e educação. In: \_\_\_\_\_. **Escritos sobre educação**. São Paulo: Xamã, 2001. p. 10-11.

<sup>27</sup> CORTELLA, Mário Sérgio. **A escola e o conhecimento**: fundamentos epistemológicos e políticos. 10. ed. São Paulo: Cortez/Instituto Paulo Freire, 2006. p. 131-137.

Ressalta-se a natureza contraditória da instituição educacional (creche, pré-escola) enquanto possibilidade de conservação, mas também de mudança social, possuindo concretamente potencial inovador.<sup>28</sup>

Este trabalho, orientado pela filosofia da práxis e adotando uma metodologia de estilo dialético, assume declaradamente que compreende as instituições educacionais no âmbito dessa concepção, qual seja, do chamado “otimismo crítico”.

### 1.3 Especificidades do processo histórico relativo à educação infantil no Brasil

Quando há uma proposta de se avaliar o processo histórico relativo à afirmação do direito à educação infantil no Brasil, alguns pontos devem ser previamente esclarecidos.

O primeiro deles diz respeito ao corte histórico. Considerando que a primeira creche destinada aos filhos de trabalhadores que se tem conhecimento foi inaugurada em 1899, no Rio de Janeiro<sup>29</sup>, o período inicial de análise será o do início do século XX, quando o Brasil vivia politicamente a chamada Primeira República ou República Velha (1889-1930).

Outro ponto a ser destacado é que a história da educação infantil no Brasil, ao menos até a década de 70 do século XX, foi uma história de insuficiência crônica do número de instituições destinadas à chamada primeira infância.<sup>30</sup>

Aqui, uma característica peculiar das instituições públicas de educação da criança pequena, em diversos países, merece ser ressaltada: elas passaram por ciclos de expansão e retração, ao contrário das escolas, que ao menos quantitativamente apresentaram expansão contínua.<sup>31</sup>

Essa característica pode ser explicada por uma concepção de educação infantil como substitutiva dos cuidados maternos. Assim, apenas quando a mãe

---

<sup>28</sup> Especificamente sobre as instituições de educação infantil, esta questão será retomada e concretizada no item 2.2 infra, a partir da análise dos modelos institucionais atualmente em disputa e da função sociopolítica da educação infantil.

<sup>29</sup> KUHLMANN JÚNIOR, Moysés. A educação infantil no século XX. In: STEPHANOU, Maria; BASTOS, Maria Helena Câmara (Orgs.). **Histórias e memórias da educação no Brasil**. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2009. v. 3. p. 182.

<sup>30</sup> Registre-se que, caso se proponha a análise específica das instituições de educação infantil no campo, o diagnóstico de insuficiência crônica do número de creches e pré-escolas deve ser deslocado no tempo, para o momento presente (início da segunda década do século XXI).

<sup>31</sup> Nesse sentido: O movimento de mulheres e a abertura política no Brasil: o caso da creche – 1984. In: ROSEMBERG, Fúlvia (Org.). **Creche**. São Paulo: Cortez, 1989. p. 90.

precisasse trabalhar fora de casa, como um “mal menor”, as creches, jardins de infância e pré-escolas atenderiam as crianças.

Isso dificultou a criação de uma identidade própria para essas instituições (quase sempre comparadas com os cuidados maternos), cujo surgimento e fechamento estavam ligados, respectivamente, à expansão e retração do mercado de trabalho feminino.

Questão que dificulta também a análise histórica ora proposta diz respeito à grande variação de denominações para as instituições voltadas para o atendimento das crianças pequenas, tais como jardins de infância, creches, asilos infantis, escolas maternais, berçários, escolas pré-primárias, dentre outras, cujas diferenciações não são historicamente muito claras.

Outro ponto a ser destacado é que grande parte das instituições voltadas para o atendimento de crianças pequenas, principalmente aquelas destinadas às crianças de 0 a 3 anos, até pouco tempo atrás, estava ligada a área diversa da educacional. Notadamente, estas instituições se subordinavam à assistência social.

Ressalte-se, ainda, chamando a atenção para a complexidade do processo histórico que se pretende analisar, com Kuhlmann Júnior que:

As instituições de educação da criança pequena estão em estreita relação com as questões que dizem respeito à história da infância, da família, da população, da urbanização, do trabalho e das relações de produção, etc. – e, é claro, com a história das demais instituições educacionais.<sup>32</sup>

Em relação ao direito à educação infantil, entende-se que o nível de totalização<sup>33</sup> mínimo necessário para enfrentar o desafio de sua efetividade é o do processo histórico de sua afirmação enquanto direito (inscrito na legalidade estatal) e de seus atuais condicionamentos.

Apesar dos riscos inerentes a essa empreitada, entende-se que se furtar a ela já se trata de um fracasso do ponto de vista da luta pela efetividade do direito à educação infantil.

Uma última ressalva. Privilegiou-se uma análise mais geral do processo de afirmação do direito à educação infantil, no âmbito do processo histórico brasileiro. Assim, efetuou-se o estudo da educação infantil em âmbito nacional, trazendo

---

<sup>32</sup> KUHLMANN JÚNIOR, Moysés, **Infância e educação infantil**: uma abordagem histórica. 5. ed. Porto Alegre: Mediação, 2010. p. 16.

<sup>33</sup> A respeito do que seja nível de totalização: item 1.1 supra.

apenas alguns exemplos de experiências municipais para auxiliar na compreensão dessa história.

Essa escolha possui uma limitação importante, que deve ser ressaltada, pois não raro foram os estados-membros e municípios quem se ocuparam da criação, funcionamento e fiscalização das instituições de educação infantil e, para isso, criaram normas (principalmente infralegais) para regular suas ações.<sup>34</sup> Fica, então, feita a ressalva.

#### 1.4 A educação infantil no início do século XX. O surgimento do direito tutelar

Em relação à situação político-institucional, no início do século XX, o Brasil estava sob a égide da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891.

O texto constitucional, quanto ao direito à educação, foi mais tímido que a própria Constituição do Império, outorgada em 1824. Esta última garantia a instrução primária gratuita a todos os cidadãos (art. 179, inc. XXXII), enquanto a Constituição de 1891 previu apenas que o ensino ministrado nos estabelecimentos públicos seria leigo (art. 72, §6º). Anote-se que nenhuma delas tratou especificamente do direito à educação infantil.

Do ponto de vista social, no período entre 1890 e 1930, ocorrem mudanças socioeconômicas no Brasil que ajudam a compreender o surgimento de instituições destinadas à primeira infância. Dentre essas mudanças, vale destacar a imigração e o início dos processos de urbanização e industrialização.<sup>35</sup>

Foi a partir das lutas sociais ocorridas nas duas primeiras décadas do século XX que a situação vivenciada pelas crianças se transformou em uma questão social.<sup>36</sup>

---

<sup>34</sup> Sobre a importância dos estudos das fontes normativas municipais e estaduais: VIEIRA, Livia Fraga. Políticas de educação infantil no Brasil no século XX. In: SOUZA, Gizele de (Org.). **Educar na infância: perspectivas histórico-sociais**. São Paulo: Contexto, 2010. p. 142-143. Apesar do que sugere o título do texto, a autora se propõe a analisar somente a legislação de Minas Gerais no período.

<sup>35</sup> Para dados específicos sobre essas mudanças socioeconômicas do período: FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 11. ed. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2003. p. 275-295.

<sup>36</sup> Nesse sentido: PASSETTI, Édson. Crianças carentes e políticas públicas. In: DEL PRIORE, Mary (Org.). **História das crianças no Brasil**. 6. ed. São Paulo: Contexto, 2009. p. 365. No mesmo sentido: OLIVEIRA, Zilma de Moraes Ramos de; FERREIRA, Maria Clotilde Rossetti. Propostas para o atendimento em creches no município de São Paulo: histórico de uma realidade – 1986. In: ROSEMBERG, Fúlvia (Org.). **Creche**. São Paulo: Cortez, 1989. p. 37-38.

As lideranças políticas dos trabalhadores, com nítida influência das idéias anarquistas, passaram a denunciar a exploração do trabalho infantil e o desrespeito das poucas normas existentes que protegiam o trabalho de crianças.<sup>37</sup>

Neste contexto, surgem as primeiras creches destinadas aos filhos de mulheres das classes trabalhadoras e com uma concepção assistencialista que pode ser chamada, com Kuhlmann Júnior, de “assistência científica”. A assistência científica possuía três características básicas.<sup>38</sup>

A primeira delas consistiu na caracterização das medidas destinadas à infância pobre não como direito dos trabalhadores ou das crianças, mas como favor àqueles que se mostravam menos combativos ou mais tolerantes à situação de exploração. Assim, pode-se afirmar que essa educação assistencialista promovia uma “pedagogia da submissão”.

Essa característica gerou uma segmentação da pobreza. O pequeno número de instituições contribuía para essa segmentação, pois gerava um clima de competição entre aqueles que necessitavam das poucas vagas existentes nas creches. Estas, frise-se, eram destinadas aos mais subservientes. Àqueles mais combativos, a questão social era caso de polícia.

Para se ter uma idéia quantitativa, em 1921, no Congresso Brasileiro de Proteção à Infância realizado no Rio de Janeiro, dados parciais registram a existência de 15 creches e 15 jardins de infância. Em 1924, o Departamento da Criança no Brasil aponta para a existência de 47 creches e 42 jardins de infância.<sup>39</sup>

A segunda característica da assistência científica consistiu na tentativa de harmonização entre a concepção de que cumpria ao Estado a função de proteção da infância pobre e aquela que sustentava que as organizações privadas filantrópicas deveriam ocupar esse espaço. Houve uma solução de compromisso, reconhecendo a importância das duas esferas para o “enfrentamento” da questão.

Por fim, a assistência científica adotava uma interpretação naturalizada das relações sociais, com uma “capa de cientificidade” baseada na coleta e interpretação de alguns dados, de forma pouco crítica.

---

<sup>37</sup> PASSETTI, Édson. Crianças carentes e políticas públicas. In: DEL PRIORE, Mary (Org.). **História das crianças no Brasil**. 6. ed. São Paulo: Contexto, 2009. p. 351-355.

<sup>38</sup> KUHLMANN JÚNIOR, Moysés. **Infância e educação infantil: uma abordagem histórica**. 5. ed. Porto Alegre: Mediação, 2010. p. 60-64.

<sup>39</sup> KUHLMANN JÚNIOR, Moysés. A educação infantil no século XX. In: STEPHANOU, Maria; BASTOS, Maria Helena Câmara (Orgs.). **Histórias e memórias da educação no Brasil**. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2009. v. 3. p. 183.

Visto que as instituições de educação infantil nascem ligadas a uma concepção assistencialista, do ponto de vista normativo, vale mencionar que, apesar de não ser considerado pela legalidade estatal direito dos trabalhadores ou das crianças, pode-se afirmar que as relações das crianças com o mundo adulto no interior das instituições de educação infantil estiveram reguladas pelo chamado direito tutelar ou direito menorista.

O surgimento do direito menorista ocorreu, em âmbito mundial, inicialmente nos Estados Unidos da América do Norte e na Europa (fins do século XIX e primeiras duas décadas do século XX), expandindo-se pela América Latina nos anos 20 do século passado.<sup>40</sup>

No Brasil, dois importantes diplomas normativos no período devem ser mencionados: o Decreto n. 12.272, de 20.12.1923, que regulamentando a Lei Federal n. 4.242/1921, dispôs sobre a assistência e proteção aos menores abandonados e delinqüentes e o Decreto n. 17.943-A, considerado o primeiro Código de Menores Brasileiro (conhecido como Código Mello Mattos).<sup>41</sup>

Como características básicas do direito menorista, podem ser apontadas a consideração da criança como menor, incapaz e objeto de proteção (e não sujeito de direitos). Assim, tem-se a noção de que os menores são protegidos (e não seus direitos).

O direito menorista divide os infantes: há aqueles das chamadas “famílias estruturadas”, cujo cuidado e educação cabem à família (na primeira infância) e à escola; há, em contrapartida, aqueles pertencentes às famílias cuja configuração não correspondia ao modelo patriarcal idealizado socialmente. Neste caso, caberia ao Estado e às instituições filantrópicas o cuidado com os menores.

No âmbito do direito do menor, não importava a opinião da criança, havia uma centralização do atendimento e o menor em situação de risco (abandonado e delinqüente), indistintamente, era objeto de compaixão-repressão. Por fim, tem-se que o direito menorista trabalhava com a regra da privação da liberdade. Essas eram as características da legalidade estatal que regulava as relações entre as crianças e o mundo adulto no período ora analisado.

---

<sup>40</sup> Sobre o histórico do direito da criança e do adolescente, passando pelo direito menorista: MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. Barueri-SP: Manole, 2003. p. 25-54.

<sup>41</sup> PAULA, Paulo Afonso Garrido de. **Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 17-19.

Resumidamente, tem-se que as lutas sociais nas duas primeiras décadas do século XX tornaram pública a questão social relativa à infância brasileira. No entanto, o estágio dessas lutas não permitiu que a educação infantil fosse conquistada como direito inscrito na legalidade estatal.

As poucas instituições para atendimento da criança pequena surgidas neste período foram orientadas pela chamada “assistência científica”, baseada na concepção de que: 1) o atendimento se trata de favor (e não direito), destinado principalmente aos filhos daqueles que não questionam a ordem vigente; 2) o atendimento deve ser feito pela iniciativa privada (instituições filantrópicas) e pelo Estado, não havendo incompatibilidade ou concorrência entre eles; 3) o atendimento se reveste de uma “capa de cientificidade”, com a coleta de alguns dados e a concepção de uma ordem social natural.

Nesse período, a educação infantil esteve ligada a uma concepção assistencialista. Pode-se afirmar que o direito menorista, que surge no período, regula as relações existentes entre as instituições e as crianças ali atendidas.

### **1.5 A revolução de 1930. O manifesto dos pioneiros da educação nova. A Constituição de 1934. O Estado Novo**

A “revolução” (leia-se, revolução passiva ou revolução-restauração<sup>42</sup>) de 1930 foi produto de uma série de fatores. Houve divisão entre as oligarquias regionais.

As lutas realizadas pelo movimento tenentista e os movimentos dos trabalhadores urbanos, com influência das ideias anarquistas e comunistas, também contribuíram para esse evento histórico. Acrescente-se a ocorrência da crise econômica internacional, com a quebra da bolsa de valores de Nova Iorque em 1929 e a crise dos preços do café.

---

<sup>42</sup> O conceito de revolução passiva ou revolução-restauração foi desenvolvido por Antonio Gramsci. Segundo o militante marxista italiano, a revolução passiva consiste, em síntese, em um critério de interpretação de processos históricos nos quais as transformações são feitas pelo alto, como reação de grupos dominantes a movimentos das classes e grupos subalternos (não muito organizados). Dentre outras notas gramscianas, podem ser conferidas, sobre sua concepção acerca da revolução passiva: GRAMSCI, Antonio. **Cadernos do Cárcere**. Edição e tradução de Carlos Nélon Coutinho. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. v.5. p. 209-210, 321-322 e 331-332. Utilizando o conceito de revolução passiva como critério de interpretação de momentos significativos da história brasileira: COUTINHO, Carlos Nelson. **Gramsci**: um estudo sobre o seu pensamento político. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 196-207.

O período de 1930 a 1945, que teve Getúlio Vargas à frente do governo brasileiro, apresentou avanços relativos, principalmente em relação aos direitos sociais dos trabalhadores urbanos.

No que toca à educação, já em 1930 foi criado o Ministério da Educação e Saúde Pública, que no período ora analisado foi ocupado por Francisco Campos (1930 a 1932), Washington Pires (1934) e Gustavo Capanema (até 1945).<sup>43</sup>

Quanto à história da educação brasileira, com relativa importância para a educação infantil, deve ser mencionado o “[...] manifesto dos pioneiros da educação nova” de 1932.<sup>44</sup>

Tratou-se de um documento redigido por Fernando de Azevedo e subscrito por vinte e seis pensadores que formavam um grupo bastante heterogêneo, composto desde intelectuais socialistas (Roldão Lopes Barros e Paschoal Lemme), passando por simpatizantes do “tenentismo” (Edgard Sussekind de Mendonça), até pessoas de pensamento conservador (Júlio de Mesquita Filho).

O documento representava diversas tendências de pensamento e teve um peso significativo para as discussões que se seguiram no âmbito da educação nacional.

A relativa importância do manifesto em relação ao tema ora analisado é que ele trata expressamente da educação infantil que, até então, não era discutida em conjunto com as demais questões relacionadas à educação.

No texto do manifesto, houve a proposta de desenvolvimento de instituições de educação e assistência, tanto física quanto psíquica, àquelas crianças que ainda não tinham idade para frequentar as escolas.<sup>45</sup>

Do ponto de vista político-institucional, neste momento histórico houve a promulgação da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil em 1934.

Tratou-se da primeira Constituição na história brasileira a prever direitos sociais e econômicos, ainda de forma pulverizada no texto constitucional, na linha de

---

<sup>43</sup> GHIRALDELLI JÚNIOR, Paulo. **História da educação brasileira**. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2009. p. 40.

<sup>44</sup> O texto integral do manifesto pode ser encontrado em GHIRALDELLI JÚNIOR, op. cit., p. 226-250.

<sup>45</sup> KUHLMANN JÚNIOR, Moisés. A educação infantil no século XX. In: STEPHANOU, Maria; BASTOS, Maria Helena Câmara (Orgs.). **Histórias e memórias da educação no Brasil**. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2009. v. 3. p. 186.

desenvolvimento do constitucionalismo ocidental (dignas de menção a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição Alemã de Weimar de 1919).<sup>46</sup>

Em seu art. 149, a Constituição de 1934 estabeleceu a educação como direito de todos, a ser ministrada pela família e pelos poderes públicos.

Outra previsão importante disse respeito à vinculação de percentual da arrecadação de impostos nos gastos com a manutenção e desenvolvimento dos sistemas de ensino (art. 156). Não houve qualquer dispositivo relacionado à educação infantil.

No período de 1930 até 1937, o campo de propostas pedagógicas foi disputado por quatro ideários, quais sejam, liberal, católico, integralista e comunista.<sup>47</sup>

No entanto, a incipiência da educação infantil parece não ter influenciado esses ideários, que não discutiram as questões específicas relativas a esta etapa da educação. Frise-se que, ressalvado o manifesto de 1932 supramencionado, a educação infantil esteve excluída das discussões mais importantes relacionadas à educação.

O regime institucional delineado pela Constituição de 1934 durou pouco. Após o golpe de Getúlio Vargas em 1937 e a instalação do “Estado Novo”, foi outorgada a Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937.

Do ponto de vista normativo e quando ao direito à educação, a Constituição de 1937 implicou em grave retrocesso se comparada com aquela de 1934.

A educação não mais foi prevista como direito de todos, mas como primeiro dever e direito natural dos pais, cabendo ao Estado colaborar para o cumprimento deste direito-dever dos pais, suprindo as deficiências da educação particular (art. 125).

Assim, de direito garantido constitucionalmente (a ser cumprido pelo Estado), a educação passou a ser entendida como direito-dever dos pais, cabendo ao Estado atuar de forma supletiva em relação à iniciativa privada (art. 129).

Mais uma vez não houve disposição expressa relativa à educação infantil. No entanto, o art. 127 do texto constitucional de 1937, na linha do já vigente direito

---

<sup>46</sup> Para uma análise realizada na década de 1930 do século XX a respeito do advento dos direitos sociais, inclusive avaliando a sua influência sobre o conteúdo dos direitos civis: GUETZÉVITCH, B. Mirkine. *As novas tendências do direito constitucional*. Tradução de Cândido Motta Filho. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1933. p. 139-184.

<sup>47</sup> Para as características básicas desses ideários: GHIRALDELLI JÚNIOR, Paulo. **História da educação brasileira**. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2009. p. 58-72.

menorista, previu que as crianças e jovens seriam objeto de cuidados por parte do Estado, notadamente aqueles cujos pais fossem “miseráveis”.

Do ponto de vista das normas federais infralegais, foram estabelecidos pelo Departamento Nacional da Criança (DNCr), criado em 1940, alguns parâmetros para funcionamento das creches.

Este DNCr foi em seu início dirigido por médicos, que possuíam uma concepção sanitarista a respeito da função das instituições que cuidavam das crianças pequenas. Assim, foram privilegiados nos parâmetros para funcionamento de creches os cuidados com a saúde e a nutrição da primeira infância.

Vale ressaltar que, entre 1942 e 1946, foram publicados seis Decretos-leis, chamados em conjunto de “Reforma Capanema”, que ficaram conhecidos como Leis Orgânicas do Ensino. Tais normas regularam a educação a partir do ensino primário, portanto, excluindo a educação infantil de suas disposições.

Quanto ao direito à educação infantil, após uma primeira regulamentação do trabalho feminino na década de 1920, em 1932 as creches se tornaram obrigatórias em estabelecimentos com pelo menos trinta mulheres maiores de dezesseis anos.

Essa regra passa a compor a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), que previu a existência de creches para crianças de até seis meses, garantindo assim o direito à amamentação.

Sobre essa disposição legal informa Fúlvia Rosemberg, em texto datado de 1984, que a CLT se constituía no único texto legal que estabelecia a obrigatoriedade de creches no Brasil até aquela data. Essa obrigatoriedade era restrita às empresas privadas que empregavam mão de obra feminina em idade fértil e, frise-se, protegia a amamentação do bebê, sem conotação de instituição destinada à criança pequena.<sup>48</sup>

A mesma autora informa ainda que, até meados de 1970, essa parca legislação era descumprida pelo empresariado, dada a insuficiência de fiscalização e de punição, além de ser desconhecida pelas classes trabalhadoras.

---

<sup>48</sup> ROSEMBERG, Fúlvia. O movimento de mulheres e a abertura política no Brasil: o caso da creche – 1984. In: \_\_\_\_\_. (Org.). **Creche**. São Paulo: Cortez, 1989. p. 94.

## 1.6 O período liberal de 1946 a 1964. A primeira LDB

Com o fim da ditadura de Vargas, ocorreu em 1946 a promulgação da quinta Constituição Brasileira (denominada Constituição dos Estados Unidos do Brasil), que instaurou um regime de conotação liberal no país.

O texto constitucional de 1946, no campo do direito à educação, recuperou algumas conquistas da Constituição de 1934, tais como o estabelecimento da educação como direito de todos, a ser dada nos lares e nas escolas (art. 166) e a vinculação de percentual da verba oriunda dos impostos para a manutenção e desenvolvimento do ensino (art. 169). Não houve previsão relativa ao direito à educação infantil.

Quanto à educação infantil, o período não apresentou grande variação se comparado ao anterior. Ou seja, não houve a organização de lutas de forma constante e eficiente em torno da afirmação desse direito, a expansão foi lenta e sujeita a recuos, a única norma estatal que previa a educação infantil como direito estava na CLT e, em verdade, garantia o direito à amamentação das crianças menores de seis meses de idade.

Digna de menção foi a criação, após a 2ª Guerra Mundial, no âmbito das Nações Unidas, do Fundo das Nações Unidas para a Infância (Unicef), que exerceria influência importante na concepção de políticas voltadas para a infância pobre no Brasil.<sup>49</sup>

Na década de 1950, o Unicef concentrou suas ações na melhoria da saúde e da nutrição das crianças pobres em diversas partes do mundo, influenciando assim uma concepção sanitarista e assistencialista do papel a ser desempenhado pelas instituições de atendimento de crianças pequenas.

Do ponto de vista sociodemográfico, a expansão dos processos de urbanização e industrialização nacional foi significativa e esses processos ajudam a compreender as lutas que se seguiram e que geraram o processo de expansão de creches e pré-escolas, a partir da década de 1970 do século XX.

---

<sup>49</sup> Para um breve panorama histórico a respeito do surgimento e consolidação do UNICEF: SOUZA, Sérgio Augusto Guedes Pereira de. **Os direitos da criança e os direitos humanos**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2001. p. 95-100.

Entre 1946 e 1964, vale mencionar a discussão e aprovação da primeira Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB de 1961), a Lei n. 4.024/1961.<sup>50</sup> Em seus cento e vinte artigos, esse diploma legal tratou da educação infantil (chamada então educação pré-primária) em dois deles.

No art. 23, a LDB de 1961 previu que a educação pré-primária destinava-se aos menores até sete anos e deveria ser ministrada em escolas maternas ou jardins de infância.

Já em seu art. 24, o mencionado diploma legal dispôs que as empresas que empregassem mães de menores de sete anos seriam estimuladas a manter, por iniciativa própria ou em cooperação com os poderes públicos, instituições de educação pré-primária.

A lei não estabelecia sequer como seria esse estímulo. Na verdade, a LDB de 1961 não previu a educação infantil como direito. Diante disso, qual a sua real importância na análise ora proposta?

Em verdade, jogar luz sobre o processo histórico de discussão e aprovação da Lei n. 4.024/1961 contribui para a compreensão de uma tensão que ainda se encontra presente neste início da segunda década do século XXI, em relação ao direito à educação infantil, qual seja, a relação entre o público e o privado na educação brasileira.

O projeto de lei inicial foi encaminhado ao Congresso Nacional em 1948 e foi arquivado um ano depois. Após tentativas de reabertura de discussão, o então deputado Carlos Lacerda, da União Democrática Nacional (UDN), partido que ocupava o espectro da direita na política brasileira da época, apresentou em 1958 um substitutivo ao projeto inicial, que se baseou na defesa dos interesses dos sistemas particulares de ensino.

Nesse período surge o debate entre os defensores da iniciativa privada no âmbito da educação brasileira e os defensores da escola pública gratuita, que em 1959 publicam um documento intitulado “manifesto dos educadores mais uma vez convocados”.

O resultado do embate foi uma solução de compromisso, que garantiu a convivência entre o público e o privado na educação nacional. Em verdade, a lei permitiu que verbas públicas fossem destinadas à rede particular de ensino.

---

<sup>50</sup> Sobre o processo histórico de discussão e aprovação da primeira LDB brasileira: GHIRALDELLI JÚNIOR, Paulo. **História da educação brasileira**. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2009. p. 90-101.

Para os membros mais radicais que subscreveram o manifesto de 1959, dentre os quais Florestan Fernandes, tratou-se de uma derrota das classes populares.

### **1.7 A ditadura militar. A segunda LDB. Os anos 1970 e o Projeto Casulo da LBA. O “novo” Código de Menores**

O Golpe Militar de 1964 deu início a um novo período ditatorial da história brasileira, com a supressão e restrição de diversos direitos civis e políticos.<sup>51</sup>

Tratou-se de um evento com graves implicações para o processo de democratização (incipiente) no Brasil, constituindo-se em duro golpe contra o funcionamento de diversos sujeitos políticos coletivos (partidos políticos, sindicatos, organizações estudantis), que tiveram suas lideranças perseguidas e, não raro, torturadas e brutalmente assassinadas.

Em relação ao tema ora analisado, vale destacar que exatamente neste período foram concebidos e implantados os primeiros programas nacionais brasileiros de educação infantil de massa.

Do ponto de vista político-institucional, em 1967 foi publicada uma “Constituição do Brasil”, que em relação à educação manteve a sua previsão como direito de todos, a ser dada no lar e na escola (art. 168).

Este texto constitucional não estabeleceu vinculação orçamentária destinada à manutenção do ensino e nada regulou sobre a educação infantil. Quanto a este último ponto, o §4º do art. 167 previu apenas que “[...] a lei instituirá a assistência à maternidade, à infância e à adolescência”.

Dois anos depois, a Emenda Constitucional n. 1, de 1969, que em verdade se tratou de novo texto constitucional<sup>52</sup>, acrescentou que a educação era dever do Estado (art. 176), mantidas as omissões acima destacadas, inclusive em relação à educação infantil.

No início da década de 1970, foi promulgada a segunda Lei de Diretrizes e Bases da Educação, qual seja, a Lei n. 5.692/1971 (LDB de 1971). Mencionado

---

<sup>51</sup> Uma interessante análise sobre os direitos civis, políticos e sociais no período militar ora analisado pode ser encontrada em: CARVALHO, José Murilo. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. 10. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008. p. 157-195.

<sup>52</sup> Considerando a Emenda Constitucional n. 1, de 1969 como uma nova constituição: SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 12. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 88.

diploma legal, em seus oitenta e oito artigos, tratou da educação infantil em apenas dois deles.

O art. 19, §2º, da LDB de 1971 incumbiu aos sistemas de ensino para que velassem a fim de que as crianças menores de sete anos recebessem “[...] conveniente educação em escolas maternas, jardins de infância e instituições equivalentes”.

Por sua vez, o art. 61 da mesma lei previu que os sistemas de ensino deveriam estimular as empresas com mães de menores de sete anos a manter, diretamente ou junto com o Poder Público, educação anterior ao então chamado 1º grau.

A Lei n. 5.692/1971, ainda, revogou os dois artigos da Lei n. 4.024/1961 que tratavam da educação de menores de sete anos. Assim, não houve nenhum avanço normativo em relação ao direito à educação infantil.

A análise sobre o processo de formação da Lei n. 5.692/1971 permite extrair duas lições úteis para a atual condição histórica do direito à educação infantil.

A primeira delas diz respeito à necessidade de não menosprezar os condicionamentos advindos de concepções importadas (em alguns casos, impostas) de países e organismos internacionais.

Com efeito, pode-se afirmar que, em linhas gerais, a aprovação da LDB de 1971 significou o cumprimento de parte dos acordos firmados pelo Ministério da Educação e Cultura entre 1964 e 1968 (conhecidos como “acordos *MEC-USAID*”, cujos primeiros pactos datam da década de 1950), notadamente quanto ao caráter exclusivamente profissionalizante dado ao então chamado 2º grau.

A segunda lição diz respeito à ausência de participação popular no processo de concepção, discussão e aprovação da lei. Anote-se que a aprovação ocorreu diante de um Congresso Nacional fragilizado à época.

O fracasso dessa legislação (alterada em 1982) e suas consequências desastrosas, principalmente para o ensino médio, devem-se, em boa medida, a esses fatores.

Quanto às lutas sociais, a sociedade civil, que inicialmente teve seus sujeitos políticos coletivos violentamente reprimidos pelo poder autoritário pós-1964, passou

a se organizar de forma diversa, a partir do início dos anos 1970, tendo como polo aglutinador inicial o local de moradia das pessoas.<sup>53</sup>

São formadas neste período, principalmente nas cidades de grande e médio porte, associações de moradores denominadas Sociedades Amigas do Bairro (SAB), associações de favelas e associações e movimentos comunitários.<sup>54</sup>

É interessante notar que inúmeras mulheres participam desses movimentos, sendo certo que alguns deles incorporam as bandeiras do feminismo. Fato é que esses movimentos passam a reivindicar, desde logo, o atendimento de crianças em creches e pré-escolas.

Registre-se que, no Município de São Paulo, inicialmente os movimentos sociais atuam de forma isolada. Com o desenrolar das lutas e no fim da década de 1970, mais precisamente em 1979, como resolução do Primeiro Congresso da Mulher Paulista, é organizado e formalmente criado um movimento unitário denominado “Movimento de Luta por Creches”.<sup>55</sup> Característica importante desse movimento foi sua luta por creches públicas, que deveriam ser criadas e mantidas pelo Estado.

Acrescente-se que, no final dos anos 70 e início dos anos 80 do século XX, surgem novos sujeitos políticos coletivos, tais como o sindicalismo do ABC paulista e outros partidos políticos diversos da Aliança Renovadora Nacional (ARENA) e do Movimento Democrático Brasileiro (MDB), dentre os quais o Partido dos Trabalhadores.

Neste mesmo período o governo federal, por intermédio da Legião Brasileira de Assistência (LBA), órgão de assistência social do governo federal, implanta o chamado Projeto Casulo, a partir de 1976, considerado o primeiro programa de educação infantil de massas do Brasil.

A concepção e implantação do Projeto Casulo foram influenciadas pelo Unicef. Este projeto conseguiu ser implantado em larga escala porque, ao mesmo

---

<sup>53</sup> ROSEMBERG, Fulvia. O movimento de mulheres e a abertura política no Brasil: o caso da creche – 1984. In: \_\_\_\_\_. (Org.). **Creche**. São Paulo: Cortez, 1989. p. 95.

<sup>54</sup> Sobre esta tipologia e as distinções entre as formas de organização popular no Brasil no período: GOHN, Maria da Glória. **Movimentos sociais e educação**. 6. ed. São Paulo: Cortez, 2005. p. 22-41.

<sup>55</sup> ROSEMBERG, op. cit., p. 97-98. Neste texto, a autora avalia as conquistas e limitações das lutas sociais do período em relação às creches.

tempo em que “atendia” as demandas populares, estava em acordo com a chamada Doutrina da Segurança Nacional (DSN).<sup>56</sup>

Explica-se. No contexto internacional vivenciava-se o período da Guerra Fria e o Brasil estava alinhado com os Estados Unidos da América do Norte e com o bloco ocidental.

Segundo a Doutrina da Segurança Nacional, era preciso prevenir o avanço do comunismo, que encontrava maior possibilidade de obtenção de adeptos nas camadas mais pobres da população. Daí a necessidade de atender as demandas dessas camadas, podendo as instituições de educação infantil contribuir para essa prevenção.

Ademais, a implantação de um programa federal em todo o território nacional possibilitava a presença direta do governo federal em vários municípios, sem a necessidade de intermediação dos governos estaduais. Dava-se visibilidade ao poder central.

Por fim, dada a configuração do programa, prevendo que cabia à comunidade a sua articulação, que era mantido com trabalhos voluntários e com poucos recursos (eis que se propunha a utilização dos recursos da própria comunidade), não foram necessários grandes investimentos orçamentários.

Para se ter uma ideia da dimensão do Projeto Casulo, em 1977, a LBA mantinha 725 creches e pré-escolas em 243 municípios brasileiros, com 21.280 crianças atendidas. Em 1984, já eram 15.132 creches e pré-escolas, em 2.627 municípios, com o atendimento de 1.015.037 crianças<sup>57</sup>.

Tratou-se de um modelo de baixo custo, com conotação assistencialista e, apesar do discurso em sentido contrário, não houve preocupação real com os direitos e o desenvolvimento efetivo e pleno das crianças ali atendidas. Sem exageros e com algumas exceções, pode-se afirmar que foram criados depósitos para colocação de crianças.

Vale registrar, ainda neste período, a promulgação da Lei n. 6.697/1979, conhecida como o “novo” Código de Menores. Resultado de críticas geradas por uma Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) instituída em 1976 para apurar a

---

<sup>56</sup> ROSEMBERG, Fúlvia. A LBA, o projeto casulo e a doutrina de segurança nacional. In: FREITAS, Marcos César de (Org.). **História social da infância no Brasil**. 6. ed. São Paulo: Cortez, 2006. p. 152.

<sup>57</sup> Ibid., p. 158.

“violência contra o menor”, a proposta dos militares não alterou, de forma significativa, o tratamento dado aos menores considerados em situação irregular.

Assim, foram mantidas as características de tratamento do infante em situação irregular como menor incapaz e objeto de proteção (e não sujeito de direitos).

A infância continuava dividida entre aqueles em situação irregular (menores), que eram institucionalizados e, em regra, tinham limitada sua liberdade, e aqueles em situação regular, para quem as famílias e as escolas cumpriam o papel de socialização.<sup>58</sup>

Frise-se que, dada a precariedade de disposições normativas regulando a educação infantil, pode-se reafirmar que o atendimento das crianças no âmbito da educação infantil esteve, uma vez mais, sob a influência do direito menorista.

## **1.8 A redemocratização brasileira e a Constituição Federal de 1988. O direito da criança e do adolescente**

A ditadura militar teve um papel inicial de bloqueio do desenvolvimento da sociedade civil brasileira.<sup>59</sup> No entanto, o modelo econômico implantado pelos governos militares criou as condições para a retomada desse desenvolvimento, a partir da década de 1970.<sup>60</sup>

As crises e contradições do regime levam à organização do maior movimento de massas que a história brasileira já vivenciou, qual seja, a luta pelo voto direto para Presidência da República (movimento conhecido como “*Diretas Já*”).

Apesar da derrota quanto a seu objetivo imediato, o movimento contribuiu para a eleição do candidato à presidência de oposição (Tancredo Neves), no colégio eleitoral, o que pôe fim ao regime ditatorial militar brasileiro.

---

<sup>58</sup> Para uma crítica veemente à doutrina da situação irregular: MENDEZ, Emílio Garcia. Legislação de “menores” na América Latina: uma doutrina em situação irregular. In: \_\_\_\_\_; COSTA, Antônio Carlos Gomes da. **Das necessidades aos direitos**. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 88-101.

<sup>59</sup> Sobre o significado de sociedade civil: item 4.2 infra.

<sup>60</sup> Sobre o desenvolvimento da sociedade civil brasileira no período e a diferenciação entre o projeto de abertura do governo militar e o processo de abertura efetivamente ocorrido: COUTINHO, Carlos Nelson. O conceito de sociedade civil em Gramsci e a luta ideológica no Brasil de Hoje. In: \_\_\_\_\_. **Intervenções: o marxismo na batalha das idéias**. São Paulo: Cortez, 2006. p. 42-47.

Além do movimento pelas diretas, a análise do processo constituinte permite compreender os avanços obtidos com a Constituição de 1988.<sup>61</sup> Sem dúvida, de todas as cartas constitucionais do país, foi a chamada “Constituição Cidadã” aquela com maior legitimidade, em virtude da ampla participação popular durante a sua elaboração.

No que diz respeito ao tema ora tratado, vale anotar que durante o processo constituinte organizaram-se duas grandes campanhas, quais sejam, *Criança e Constituinte* e *Criança Prioridade Nacional*, que deram origem a emendas populares apresentadas ao Congresso Constituinte.<sup>62</sup>

O movimento *Criança e Constituinte*, de certa forma um prolongamento das lutas sociais iniciadas na década de 1970 por creches, foi responsável pela proposta de vinculação das creches e pré-escolas à área da educação.

Encampada pelo Conselho Nacional dos Direitos da Mulher, o movimento apresentou a proposta de que as creches e pré-escolas deveriam ser não somente direito da mulher, mas também das crianças.<sup>63</sup>

Outra campanha importante, com intensa mobilização popular, foi aquela que ficou conhecida como *Criança Prioridade Nacional*. Tratou-se de uma mobilização eclética, da qual faziam parte, dentre outros, a Frente Nacional de Defesa dos Direitos das Crianças e Adolescentes, a Pastoral do Menor da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) e o Movimento Nacional de Meninos e Meninas de Rua (MNMNR).<sup>64</sup>

Esta campanha tinha como inimigo declarado o Código de Menores de 1979 e efetivamente realizou uma mobilização da opinião pública e dos constituintes.

Anote-se que, como resultado das mobilizações, uma carta de reivindicações contendo mais de 1,4 milhão de assinaturas de crianças e adolescentes foi entregue aos constituintes, tendo as emendas populares sido subscritas por mais de duzentos mil eleitores.

---

<sup>61</sup> Para uma lúcida análise dos dilemas enfrentados pela sociedade brasileira às vésperas da constituinte, notadamente em relação aos direitos humanos: FARIA, José Eduardo. Mitos e conflitos: os direitos humanos no Brasil. In: \_\_\_\_\_. (Org.). **A crise do direito numa sociedade em mudança**. Brasília-DF: Universidade de Brasília, 1988. p. 51-65.

<sup>62</sup> ROSEMBERG, Fúlvia. Crianças e adolescentes na sociedade brasileira e a Constituição de 1988. In: OLIVEN, Ruben George; RIDENTI, Marcelo; BRANDÃO, Gildo Marçal (Orgs.). **A Constituição de 1988 na vida brasileira**. São Paulo: Aderaldo & Rothschild: Anpocs, 2008. p. 309.

<sup>63</sup> Ibid., p. 310.

<sup>64</sup> Sobre essa mobilização: COSTA, Antônio Carlos Gomes da. De menor a cidadão. In: \_\_\_\_\_. MENDEZ, Emílio Garcia (Orgs.). **Das necessidades aos direitos**. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 135-138.

O resultado do processo constituinte, em um balanço geral, foi positivo. A Constituição da República Federativa do Brasil previu a educação como direito social (art. 6º), sendo ela direito de todos e dever do Estado e da família, tendo por objetivos o pleno desenvolvimento da pessoa, com o seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho (art. 205).

Vale o registro de que a Constituição Federal (1988) foi a primeira na história do Brasil a integrar os direitos sociais e econômicos ao elenco dos direitos fundamentais. As cartas constitucionais anteriores, a partir daquela de 1934, estabeleceram direitos sociais e econômicos, mas de forma pulverizada, apenas nos capítulos relativos à ordem econômica e social.<sup>65</sup>

Pela primeira vez na história brasileira, a educação infantil foi expressamente prevista no texto constitucional, no âmbito da educação (art. 208, inc. IV) e dos direitos sociais dos trabalhadores (art. 7º, inc. XXV), além de se estabelecer a competência do Município neste campo (art. 30, inc. VI). Como visto, essa conquista se deveu, em grande medida, à luta capitaneada pelo movimento *Criança e Constituinte*.

Ainda em relação ao direito à educação, houve a previsão de vinculação das receitas dos impostos da União, dos Estados, Distrito Federal e Municípios para a manutenção e desenvolvimento do ensino (art. 212).

Registre-se que a Constituição Federal (1988) estabeleceu que o Brasil constitui-se em Estado social e democrático de direito<sup>66</sup>, tendo por fundamento a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III). Previu-se e projetou-se uma democracia semidireta (art. 1º, parágrafo único), econômica e social (art. 3º).

Anote-se que a expressa incorporação do direito à educação infantil no âmbito da educação pelo texto constitucional<sup>67</sup> gerou um sem número de questões

---

<sup>65</sup> PIOVESAN, Flávia. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (Orgs.). **Direitos fundamentais sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 55.

<sup>66</sup> Para uma análise do conceito de estado social e democrático de direito e de sua relação com o direito penal: BORGES, Paulo César Corrêa. **Direito penal democrático**. São Paulo: Lemos e Cruz, 2005. p. 48-53.

<sup>67</sup> Do ponto de vista de organização administrativa, a educação da criança de 4 a 6 anos passou a se inserir no âmbito das ações do Ministério da Educação no ano de 1975, quando da criação da coordenação de Educação Pré-escolar. Nesse sentido: FERREIRA, Luiz Antônio Miguel; GARMS, Gilza Maria Zauhy. Educação Infantil e a Família: perspectiva jurídica desta relação na garantia do direito à educação. In: \_\_\_\_\_. **Temas de direito à educação**. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo: Escola Superior do Ministério Público, 2010. p. 145.

político-administrativas a serem resolvidas, tais como a unificação dos órgãos administrativos orientadores e fiscalizadores das creches e pré-escolas.<sup>68</sup>

Vale mencionar que essa incorporação não ocorreu de forma automática<sup>69</sup> e teve (e continua a ter) consequências teóricas e práticas. Dentre outras, são apontadas duas dessas consequências.

A primeira delas é a de que a área da educação já vinha construindo um diagnóstico e um banco de dados mais preciso, a fim de orientar as escolhas públicas na área. Esse diagnóstico era mais precário em relação à educação infantil, vinculada que estava a pastas administrativas diversas. Aqui, o ganho para a educação infantil mostra-se claro.

Outra consequência digna de nota é a de que, historicamente, a reivindicação por creches e pré-escolas esteve vinculada à luta pelo atendimento das crianças em período integral.

Ora, no atual momento histórico (início da segunda década do século XXI), em que as lutas pela educação pública de qualidade têm como um de seus objetivos a progressiva adoção do atendimento em período integral nas escolas de ensino fundamental e médio, a educação infantil tem muito a contribuir com esse processo.

Voltando ao texto normativo, a Constituição Federal (1988) adotou a doutrina da proteção integral, em seu art. 227, modificando o paradigma vigente até então da doutrina da situação irregular. As crianças e adolescentes foram tratados como sujeitos de direitos que gozam de prioridade absoluta.

Pode-se, resumidamente, afirmar que a doutrina da proteção integral está assentada em três pilares, quais sejam: o reconhecimento da criança e do adolescente como sujeitos de direitos; o reconhecimento da criança e do adolescente como seres humanos em condição peculiar de desenvolvimento; a prioridade absoluta para promoção, proteção e defesa dos direitos da criança e do adolescente.

Com a publicação do texto constitucional de 1988 e com a continuidade da mobilização social na área, inclusive com a articulação do Fórum Nacional Permanente de Entidades Não Governamentais de Defesa dos Direitos da Criança e

---

<sup>68</sup> Frise-se, conforme já apontado no item 1.3 supra, que boa parte das instituições de atendimento de crianças pequenas, principalmente aquelas que recebiam crianças menores de três anos, no Brasil, esteve ligada a área diversa da educacional (notadamente a assistência social).

<sup>69</sup> Registre-se que a Lei n. 9.343/1996 estabeleceu, em seu art. 89, um prazo de três anos, contados da publicação da lei (ocorrida em 23.12.1996) para que as creches e pré-escolas fossem integradas ao respectivo sistema de ensino.

do Adolescente (Fórum - DCA), foi aprovada a Lei n. 8.069/1990, conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente.

Note-se que, além do contexto nacional, a aprovação de normas em consonância com a doutrina da proteção integral coincidiu com um movimento mundial pela mudança da forma de o direito encarar as relações entre crianças e adolescentes e o mundo adulto.

Basta lembrar que em novembro de 1989 foi aprovada, por unanimidade, pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), a Convenção sobre os Direitos da Criança, ratificada e incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro em 1990.<sup>70</sup>

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/1990) é uma lei avançada que, na direção determinada constitucionalmente, adota a doutrina da proteção integral e serviu de modelos para muitos outros países, notadamente latino-americanos.

As críticas que são feitas a ele, em regra, decorrem do desconhecimento da lei ou de interesses em que a situação da infância brasileira não mude.

A Lei n. 8.609/1990 possui três dimensões básicas: a) regulamentação dos direitos estabelecidos no art. 227 da Constituição Federal; b) definição das políticas obrigatórias para atendimento dos direitos das crianças e dos adolescentes (educação, saúde, assistência social, programas especiais de proteção, dentre outras); c) previsão de instrumentos para exigir o cumprimento dos direitos.

Importante destacar que as políticas de atendimento possuem, como características, a descentralização político-administrativa (a grande maioria delas deve ser concretizada no município), a participação popular (por exemplo, a existência dos conselhos de direitos da criança e do adolescente e dos conselhos tutelares) e a exigibilidade (podem e devem ser cobradas).

Frise-se que uma característica fundamental da doutrina da proteção integral consiste na possibilidade de exigir o cumprimento dos direitos das crianças e adolescentes brasileiros, inclusive no âmbito do sistema de administração da justiça.

Especificamente em relação ao direito à educação infantil, a Lei n. 8.069/1990, após estabelecer a educação como direito da criança e do adolescente

---

<sup>70</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Sistema de garantias e o direito penal juvenil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 52.

(art. 53), previu em seu art. 54, inc. IV, o dever do Estado em assegurar à criança de zero a seis anos o atendimento em creches e pré-escolas.

### **1.9 Os anos 1990. O neoliberalismo e sua projeção no direito à educação infantil. A nova LDB. O Plano Nacional de Educação**

A década de 1990 apresenta um contexto internacional que não pode ser menosprezado para a compreensão dos condicionamentos atuais do direito à educação infantil no Brasil. Nesse período foram implantadas várias reformas preconizadas pelo chamado neoliberalismo.

O neoliberalismo começa a ser teorizado, paradoxalmente, no período de construção das bases dos Estados de bem-estar social na Europa após a II Guerra Mundial, tendo dentre seus idealizadores Friedrich Hayek e Milton Friedman.<sup>71</sup>

Nas décadas de 1970 e 1980, em face da crise econômica mundial provocada, dentre outros fatores, pelos choques do petróleo e pela recessão, os postulados teóricos econômicos do neoliberalismo (tais como contração da emissão de moeda, elevação das taxas de juros, diminuição dos tributos sobre os rendimentos mais altos, abolição do controle sobre os fluxos financeiros, criação de níveis de desemprego massivos, corte de gastos sociais, imposição de legislação antissindical) começam a ser implantados mundialmente.

Após o experimento chileno, o neoliberalismo é adotado na Inglaterra (governos Thatcher) e nos Estados Unidos (Reagan), posteriormente se expandindo pelo mundo. No Brasil, a onda neoliberal chega em 1990, com a eleição de Fernando Collor.

Uma primeira questão deve ser levantada, qual seja, a da incompatibilidade entre o Estado social e democrático de direito estabelecido e projetado na Constituição Federal (1988) e os postulados do neoliberalismo<sup>72</sup>.

Ora, pode-se afirmar que o projeto constitucional brasileiro ampliou a noção de cidadania. Sobre o significado de cidadania, vale registrar a proposta conceitual de Carlos Nelson Coutinho:

---

<sup>71</sup> Para uma avaliação bem feita e didática a respeito do neoliberalismo: ANDERSON, Perry. Balanço do neoliberalismo. In: SADER, Emir; GENTILI, Pablo (Org.). **Pós-neoliberalismo**: as políticas sociais e o estado democrático. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995. p. 9-21.

<sup>72</sup> Chamando a atenção para o desprezo com que o projeto neoliberal trata o direito: AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Direito, justiça social e neoliberalismo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 109-114.

Cidadania é a capacidade conquistada por alguns indivíduos, ou (no caso de uma democracia efetiva) por todos os indivíduos, de se apropriarem dos bens socialmente criados, de atualizarem todas as potencialidades de realização humana abertas pela vida social em cada contexto historicamente determinado.<sup>73</sup>

Nesse campo, a construção clássica é a de T. H. Marshall, que em sua obra propõe que a cidadania é composta de três elementos (ou partes), quais sejam, o civil, o político e o social.<sup>74</sup>

O elemento civil corresponde aos chamados direitos de liberdade, que limitam a ação do Estado. Podem ser exemplificados os direitos de liberdade de pensamento e expressão, de liberdade religiosa, de manifestação da vontade, de liberdade de ir e vir. Inclua-se, ainda, o direito à justiça, fundamental para a afirmação dos outros direitos civis. Esses direitos surgem de lutas para limitar os poderes dos antigos Estados absolutistas.

O elemento político consiste no direito de participar da formação da vontade estatal. É o direito de votar, ser votado e organizar partidos, participando das decisões políticas fundamentais (trata-se da ideia de liberdade enquanto autonomia).

O elemento social, por fim, também decorrente das lutas sociais, exige a atuação estatal para sua efetividade. A partir da consolidação do modo de produção capitalista e da revolução industrial, surge o que ficou conhecido como “a questão social” (leia-se, péssima distribuição de riqueza e pauperização da classe trabalhadora urbana e rural).

A organização dos trabalhadores e suas lutas possibilitaram o advento desse elemento da cidadania. Como exemplos, podem ser citados os direitos à educação, à saúde e à previdência social.

Anote-se que o processo de ampliação objetiva e subjetiva de direitos ocorreu no âmbito dos chamados Estados-nação. Assim, pode-se afirmar que cada Estado apresenta especificidades que devem ser consideradas para a compreensão da formação de sua cidadania.

Ora, a Constituição Federal (1988) estabeleceu vários direitos civis, políticos, sociais e econômicos. Notadamente em relação aos direitos sociais e econômicos, sua efetividade está condicionada a um Estado atuante (e não mínimo), que

---

<sup>73</sup> COUTINHO, Carlos Nelson. Notas sobre cidadania e modernidade. In: \_\_\_\_\_. **Contra a corrente: ensaios sobre democracia e socialismo**. São Paulo: Cortez, 2000. p. 50.

<sup>74</sup> MARSHALL, T. H. **Cidadania, classe social e status**. Rio de Janeiro: Zahar, 1967. p. 63-64.

organiza e promove políticas públicas para garantia desses direitos. No entanto, a necessária presença do Estado se choca com a lógica privatista do neoliberalismo.<sup>75</sup>

Diante da incompatibilidade patente, os grupos políticos que objetivavam a implantação dos postulados do neoliberalismo passaram a sustentar a necessidade de reformas constitucionais, algumas delas efetivamente realizadas. E o que isso tem a ver com a educação infantil?

Dentre vários fatores, devem ser ressaltados dois que auxiliam na compreensão da baixa taxa de efetividade do direito à educação infantil na atualidade, ambos interligados com o projeto neoliberal.

O primeiro deles diz respeito à criação do chamado Fundo de Estabilização Fiscal (FEF), substituído posteriormente pela Desvinculação de Receitas da União (DRU).

Em 1994 e 1995, foi instituído o Fundo Social de Emergência (FSE), com os objetivos de “[...] saneamento financeiro da Fazenda Pública Federal e estabilização econômica” (art. 71 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias).

No ano de 1996, o Fundo Social de Emergência passa a se chamar Fundo de Estabilização Fiscal (FEF). A criação do fundo está totalmente em consonância com os postulados neoliberais acima descritos.

Para a educação, o Fundo de Estabilização Fiscal (substituído posteriormente pela Desvinculação de Receitas da União - DRU) resultou na perda de verbas que haviam sido constitucionalmente vinculadas à manutenção e desenvolvimento do ensino (art. 212 da CR/1988).<sup>76</sup>

Sobre esse assunto, o professor José Marcelino de Resende Pinto esclarece, de forma sugestiva, que foi “[...] o primo pobre (a Educação) ajudando o primo rico (a Fazenda) a pagar suas contas.”<sup>77</sup>

---

<sup>75</sup> Segundo Carlos Nelson Coutinho: “[...] a ampliação da cidadania – esse processo progressivo e permanente de construção dos direitos democráticos que atravessa a modernidade – termina por se chocar com a lógica do capital”. COUTINHO, Carlos Nelson. Notas sobre cidadania e modernidade. In:\_\_\_\_\_. **Contra a corrente**: ensaios sobre democracia e socialismo. São Paulo: Cortez, 2000. p. 66.

<sup>76</sup> Anote-se que a Emenda Constitucional n. 59, de 11 de novembro de 2009, ao acrescentar o parágrafo 3º ao artigo 76 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, previu a extinção da Desvinculação de Receitas da União (DRU) em 2011, no que diz respeito aos recursos para manutenção e desenvolvimento do ensino.

<sup>77</sup> PINTO, José Marcelino de Rezende. Os recursos para a educação no Brasil no contexto das finanças públicas. Brasília: Plano, 2000. p. 36.

Outro fator que contribuiu para a baixa taxa de efetividade do direito à educação infantil no período foi a política de focalização adotada, que priorizou o ensino fundamental em detrimento das outras etapas da educação básica.

Ora, diante da insuficiência de recursos (dramatizada pela criação do Fundo de Estabilização Fiscal e da Desvinculação de Receitas da União) e dos grandes desafios impostos à educação nacional, foi adotada a decisão política de priorização do ensino fundamental.

Essa política de focalização, influenciada por organismos internacionais tais como o Banco Mundial e o Unicef<sup>78</sup>, consubstanciou-se na criação do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério, conhecido como Fundef (art. 60, §7º, do ADCT e Lei n. 9.424/1996).

Anote-se, por oportuno, que a política de priorização do ensino fundamental gerou uma ampliação significativa no número de vagas dessa etapa da educação básica, o que não pode ser desconsiderado.

Esses dois fatores, que em conjunto deram um caráter neoliberal às políticas públicas de educação no período, contribuíram para a não concretização da oferta de educação infantil, gerando uma enorme demanda reprimida por seu acesso.<sup>79</sup>

Ainda sobre a relação entre os postulados do neoliberalismo e o direito à educação infantil, vale transcrever a análise realizada por José Eduardo Faria, para quem:

[...] Os princípios básicos e padrões morais inerentes aos direitos humanos e aos direitos sociais - como a dignidade, a igualdade, a solidariedade e a inclusão econômica, por exemplo - estão levando a pior na colisão frontal com os imperativos categóricos da economia globalizada, como a produtividade e a competitividade levadas ao extremo no âmbito de mercados acirradamente disputados e cujas palavras de ordem são menor custo de produção e menor preço final.<sup>80</sup>

Cumpre avaliar, neste momento, o significado da promulgação da nova lei de diretrizes e bases da educação nacional para a educação infantil (Lei n. 9.394/1996).

<sup>78</sup> A respeito das influências internacionais exercidas nas políticas educacionais brasileiras e sobre a focalização: VIEIRA, Sofia Lerche. Políticas internacionais e educação: cooperação ou intervenção? In: DOURADO, Luiz Fernandes; PARO, Vitor Henrique (Orgs.). **Políticas públicas e educação básica**. São Paulo: Xamã, 2001. p. 59-89.

<sup>79</sup> Nesse mesmo sentido: CARRIJO, Menissa Cícera Fernandes de Oliveira Bessa. A educação infantil no âmbito da LDB 9394/96: ajustes e limitações contemporâneas. In: SILVA, Maria Vieira; MARQUES, Mária Rúbia Alves (Orgs.). **LDB: balanços e perspectivas para a educação brasileira**. Campinas, SP: Alínea, 2008. p. 311.

<sup>80</sup> FARIA, José Eduardo. **Sociologia jurídica: direito e conjuntura**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 105.

Se comparada com as duas leis de diretrizes e bases da educação anteriores (Leis n. 4.024/1961 e n. 5.692/1971), a atual LDB efetivamente representou um avanço no que diz respeito ao direito à educação infantil.

No entanto, se avaliadas as perspectivas potenciais decorrentes da mobilização social e da aprovação do texto constitucional de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente, fica a impressão de que a Lei n. 9.394/1996 foi tímida, já refletindo o momento de refluxo das lutas sociais no período.

A LDB atualmente vigente estabeleceu que o dever do Estado com a educação deve ser efetivado mediante a garantia de, dentre outros, atendimento gratuito em creches e pré-escolas às crianças de zero a seis anos de idade (art. 4º, inc. IV).

O mesmo diploma legal incumbiu aos Municípios o dever de oferecer educação infantil, mas na linha da política de focalização supramencionada, estabeleceu a prioridade para o ensino fundamental (art. 11, inc. V).

A educação infantil foi prevista como primeira etapa da educação básica, tendo sido estabelecido como sua finalidade o desenvolvimento integral da criança até os seis anos, em seus múltiplos aspectos, quais sejam, físico, psicológico, intelectual e social (art. 29).

Dando parâmetros para a nomenclatura das instituições, a LDB de 1996 fixou que o atendimento de crianças de 0 a 3 anos de idade deve ocorrer em creches e o atendimento de crianças de 4 a 6 anos em instituições denominadas pré-escolas (art. 30).

Houve ainda a previsão de formação mínima para os docentes da educação infantil, qual seja, a formação de docentes oferecida em nível médio, na modalidade Normal. Frise-se que a legislação tratou os profissionais da educação infantil como docentes (art. 62 da LDB).

No período histórico ora analisado, é digna de menção ainda a aprovação do Plano Nacional de Educação (PNE), já no início deste século XXI.<sup>81</sup> A exigência de um plano para o campo educacional havia sido prevista na Constituição da República de 1988.

O art. 214 da Constituição Federal (1988) estabelecia que o plano, de duração plurianual, visava à articulação e desenvolvimento do ensino em seus

---

<sup>81</sup> Sobre o Plano Nacional de Educação: GHIRALDELLI JÚNIOR, Paulo. **História da educação brasileira**. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2009. p. 190-200.

diversos níveis, integrando as ações do Poder Público para erradicar o analfabetismo, universalizar o atendimento escolar, melhorar a qualidade do ensino e formar para o trabalho, com a promoção humanística, científica e tecnológica do país.<sup>82</sup>

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional de 1996 também previu a elaboração do Plano Nacional de Educação, em seu art. 9º, inc. I e art. 87, §1º.

O Plano Nacional de Educação (PNE) foi aprovado pela Lei n. 10.172, de 9 de janeiro de 2001, com duração de dez anos. Mencionado plano realizou um diagnóstico e, a partir dele, estabeleceu diretrizes, objetivos e metas para os diversos níveis de ensino.

Em relação à educação infantil, o PNE fixou objetivos e metas, que servem de parâmetro concreto para as lutas sociais objetivando garantir a efetividade do direito à educação infantil, seja em relação ao acesso, seja em relação à qualidade da educação.

Cumprir mencionar que, em relação ao acesso à educação infantil, o PNE (Lei n. 10.172/2001) estabeleceu a meta de:

Ampliar a oferta de educação infantil de forma a atender, em cinco anos, 30% da população de até 3 anos de idade e 60% da população de 4 a 6 anos (ou 4 e 5 anos) e, até o final da década, alcançar a meta de 50% das crianças de 0 a 3 anos e 80% das de 4 e 5 anos.

Quanto à qualificação dos profissionais de educação infantil, o Plano Nacional de Educação (Lei n. 10.172/2001) apontou como objetivo:

Estabelecer um Programa Nacional de Formação dos Profissionais de educação infantil, com a colaboração da União, Estados e Municípios, inclusive das universidades e institutos superiores de educação e organizações não-governamentais, que realize as seguintes metas: a) que, em cinco anos, todos os dirigentes de instituições de educação infantil possuam formação apropriada em nível médio (modalidade Normal) e, em dez anos, formação de nível superior; b) que, em cinco anos, todos os professores tenham habilitação específica de nível médio e, em dez anos, 70% tenham formação específica de nível superior.

Além disso, o Plano Nacional de Educação tratou dos padrões mínimos de infraestrutura para o funcionamento das instituições de educação infantil, da

---

<sup>82</sup> O art. 214, *caput*, da Constituição da República de 1988 foi alterado pela Emenda Constitucional n. 59, de 11 de novembro de 2009, que previu a articulação do sistema nacional de educação, mantendo a previsão do PNE. A mesma EC n. 59 acrescentou o inc. VI ao art. 214, que diz respeito ao financiamento da educação.

exigência de elaboração pelas instituições de seus projetos político-pedagógicos, da implantação de conselhos escolares e outras formas de participação da comunidade junto às instituições, dentre outros aspectos.

Com alterações recentes, a serem avaliadas no próximo capítulo, esta é a atual regulação normativa do direito à educação infantil no Brasil (Constituição Federal de 1988, Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional e Plano Nacional de Educação).

## CAPÍTULO 2 CONDICIONAMENTOS ATUAIS DO DIREITO À EDUCAÇÃO INFANTIL E PERSPECTIVAS DE ATUAÇÃO DO JURISTA

### 2.1 O direito à educação infantil inscrito no âmbito da legalidade estatal

Do exposto até o momento, pode-se concluir que as lutas sociais, compreendidas no contexto das modificações econômicas, sociodemográficas e culturais pelas quais passaram a sociedade brasileira, constituíram-se em fonte material para a inscrição do direito à educação infantil na legalidade estatal.

Dentre as modificações acima indicadas, registre-se que no Brasil, em 2005 (segundo dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios - PNAD), 51,6% das mulheres trabalhavam fora de casa, 25,4% das famílias brasileiras eram “chefiadas” por mulheres, e houve uma queda significativa da taxa de fecundidade. Além disso, estudos de neurociência demonstram a importância da primeira infância para o desenvolvimento posterior do cérebro e pesquisas econômicas ressaltam o impacto positivo nos investimentos destinados às políticas voltadas para a criança pequena.<sup>83</sup>

Anote-se que as lutas sociais supramencionadas se deram (e se dão) em diversos momentos, desde para colocar o direito na lei até o momento de lutar para, tirando o direito do papel, alargá-lo para todos.

Sob o ponto de vista da colocação do direito na lei, pode-se afirmar que a educação infantil está positivada na legislação brasileira, tanto na Constituição da República Federativa do Brasil<sup>84</sup> quanto na legislação infraconstitucional.

Assim é que o art. 6º da Constituição Federal (1988) estabelece a educação como direito social. O art. 7º, inc. XXV da CF (1988), por sua vez, dispõe que a assistência gratuita aos filhos e dependentes, do nascimento até os cinco anos em creches e pré-escolas é direito dos trabalhadores urbanos e rurais (inc. XXV com a redação determinada pela Emenda Constitucional n. 53/2006).

O art. 30, inc. VI, ao regular as competências do Município, dispõe sobre a competência deste ente federativo para manter programas de educação infantil, com

---

<sup>83</sup> ROSEMBERG, Fúlvia. Educação infantil pós-Fundeb: avanços e tensões. In: SOUZA, Gizele de (Org.). **Educar na infância**: perspectivas histórico-sociais. São Paulo: Contexto, 2010. p. 172.

<sup>84</sup> Frise-se, uma vez mais, que a Constituição da República de 1988 foi a primeira a tratar especificamente da educação infantil.

o apoio técnico e financeiro da União e dos Estados (inc. VI com a redação determinada pela Emenda Constitucional n. 53/2006).

O art. 205 da Constituição Federal (1988), já mencionado, estabeleceu a educação como “direito de todos e dever do Estado e da família”, dispondo que sua finalidade objetiva o “pleno desenvolvimento da pessoa”.

Por sua vez, o art. 208 dispôs que o dever do Estado com a educação se consubstancia, dentre outros, mediante a garantia de educação infantil em creches e pré-escolas às crianças de até cinco anos de idade (inc. IV com a redação determinada pela Emenda Constitucional n. 53/2006).

No tocante especialmente à criança, o art. 227 da CF (1988) adotou a doutrina da proteção integral. Aqui, importante esclarecer que o direito à educação infantil se constitui, primordialmente, em um direito da criança.

Tanto é verdade que, mesmo que os pais ou responsáveis não exerçam trabalho remunerado, caso optem pelo exercício do direito<sup>85</sup>, a criança deve ter garantido seu acesso às instituições de educação infantil.

Anote-se que o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 - ECA) também previu a educação infantil como direito da criança e dever do Estado (art. 53 e art. 54).

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996), na mesma linha da Constituição Federal (1988) e do Estatuto da Criança e do Adolescente, estabeleceu a educação infantil como direito (artigos 4º, incisos IV e X, 11, 29, 30 e 31).

A aprovação do chamado Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica (Fundeb)<sup>86</sup>, com a inclusão das creches (que estavam excluídas da proposta original), após intensa mobilização de diversos atores sociais, dentre os quais o Movimento Interfóruns de Educação Infantil do Brasil (Mieib), representou um avanço no direito positivo.

---

<sup>85</sup> A opção, atualmente, diz respeito somente às creches. Isso porque, com o advento da Emenda Constitucional n. 59, de 11 de novembro de 2009, houve alteração do disposto no art. 208, inc. I, da Constituição Federal (1988) e a pré-escola, destinada a crianças de 4 e 5 anos, passou a ser obrigatória.

<sup>86</sup> O Fundeb foi instituído pela Emenda Constitucional n. 53, de 19 de dezembro de 2006, que alterou a redação do art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT).

Isso não significa que não há necessidade de contínua mobilização objetivando modificações normativas constitucionais e infraconstitucionais para aprimorar esta positivação.<sup>87</sup>

Uma medida extremamente importante para aumentar a efetividade do direito à educação infantil no Brasil seria modificar a forma de vinculação das receitas para a área, passando-se a adotar o modelo de financiamento denominado “Custo Aluno Qualidade” (CAQ).

Explica-se. Atualmente, o sistema de financiamento para a educação (manutenção e desenvolvimento do ensino) consiste na vinculação da aplicação de percentuais mínimos das receitas resultantes de impostos (18% para a União e 25% para os Estados, Distrito Federal e Municípios), conforme disposto no art. 212 da Constituição Federal (1988).

A Emenda Constitucional n. 59, de 11 de novembro de 2009, acrescentou o inc. VI ao art. 214, que prevê o “[...] estabelecimento de meta de aplicação de recursos públicos em educação como proporção do produto interno bruto”.

Assim, a partir dos valores existentes e disponíveis (seja em percentual dos impostos, seja em percentual do produto interno bruto), os administradores públicos e gestores dos sistemas de educação elegem prioridades para aplicação destes recursos.

A proposta de mudança de financiamento para o chamado Custo Aluno Qualidade (CAQ) significa a inversão do modelo atual. O primeiro passo não é verificar quanto de dinheiro existe disponível para aplicação em educação. Ao contrário, deve-se iniciar pelo cálculo de quanto é necessário para se manter uma educação pública de qualidade para todos, adotado um padrão mínimo de

---

<sup>87</sup> Vidal Serrano Nunes Júnior sustenta que foram adotadas cinco diferentes estratégias de positivação dos direitos sociais na Constituição Federal (1988). Seriam elas: positivação por meio de normas programáticas; positivação por meio de normas atributivas de direitos públicos subjetivos; positivação por meio de normas consagradoras de garantias institucionais; positivação por meio de cláusulas limitativas do poder econômico; por fim, positivação por meio de normas projectivas. Mencionado autor trata a vinculação de receitas orçamentárias para a manutenção e desenvolvimento do ensino como exemplo de positivação por meio de norma consagradora de garantia institucional. Nesse sentido: NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais**. São Paulo: Verbatim, 2009. p. 143-146.

qualidade.<sup>88</sup> A partir daí, deve ser garantida a alocação dos recursos necessários para a manutenção dos sistemas educacionais.<sup>89</sup>

Apenas, cumpre registrar que, ao contrário do afirmado por muitos, não existe abundância de recursos na área da educação no Brasil. Em consequência, os frequentes problemas que são apontados em relação à situação da educação brasileira não se resolvem apenas com uma mudança de gestão dos recursos disponíveis. Estes recursos, atualmente, mostram-se insuficientes.

Para se ter uma ideia, dados de 2004 da Unesco mostram que, nas séries iniciais do ensino fundamental, o gasto do Brasil por aluno foi inferior ao de países como Colômbia, México, Argentina, Costa Rica e Chile.

Neste mesmo ano de 2004, o Brasil investiu, por aluno, nas séries iniciais do ensino fundamental, cerca de um oitavo do valor investido pelos Estados Unidos e menos de um quinto dos valores gastos em países como Portugal e Espanha.<sup>90</sup>

No que tange à manutenção do direito à educação infantil no âmbito da legalidade estatal brasileira, pode-se dizer que está sendo construído certo consenso quanto à importância da educação infantil (e da chamada “primeira infância”) para o desenvolvimento da criança.<sup>91</sup>

Assim, a supressão desse direito do âmbito da legalidade estatal não se coloca em um horizonte muito próximo. Registre-se, neste particular, a importância das pesquisas desenvolvidas pelas universidades públicas brasileiras para a construção desse consenso.

Apenas, devem ser feitas duas advertências a esse respeito. A primeira delas é a de que, do ponto de vista global, pode ser identificada uma tendência atual de regressão dos direitos sociais, com os processos de desregulação, deslegalização e desconstitucionalização bem descritos por José Eduardo Faria.<sup>92</sup>

---

<sup>88</sup> Cumpre destacar que os critérios relativos ao padrão mínimo de qualidade devem ser discutidos e construídos de forma republicana e democrática, sendo papel da universidade pública contribuir decisivamente para essa discussão.

<sup>89</sup> A respeito do financiamento da educação a partir do cálculo do chamado Custo Aluno Qualidade (CAQ), vale conferir a didática cartilha intitulada **Educação pública de qualidade: quanto custa esse direito?**, elaborada por diversos colaboradores e editada pela Campanha Nacional pelo Direito à Educação. CAMPANHA Nacional pelo Direito à Educação. **Educação pública de qualidade: quanto custa esse direito?** São Paulo: Campanha Nacional pelo Direito à Educação, 2010. Disponível em: <<http://www.campanhaeducacao.org.br>> Acesso em; 13 jun. 2011.

<sup>90</sup> Ibid., p. 14.

<sup>91</sup> Este consenso sobre a importância da educação infantil não implicou, ainda, em uma concepção consensual sobre a função sociopolítica desta etapa da educação básica, conforme item 2.2 infra.

<sup>92</sup> FARIA, José Eduardo. **Sociologia jurídica: direito e conjuntura**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 104-107.

A segunda advertência é a de que a história brasileira recente demonstra que, quando direitos já positivados passam a atingir certo nível de efetividade, grupos sociais contrários a esses direitos se mobilizam para, a partir de então, retirar legítimos direitos da legalidade estatal.<sup>93</sup>

Inscrito o direito à educação infantil no âmbito da legalidade estatal brasileira e com o processo de construção de consenso quanto à sua importância, neste momento histórico, parece que os grandes desafios em relação à educação infantil consistem mesmo na luta para sua efetiva concretização e para seu alargamento.

Essa luta será vencida quando se conseguir atender a todas as crianças cujos responsáveis tenham optado<sup>94</sup> pelo exercício do direito à educação infantil e, sublinhe-se, que esse atendimento seja com qualidade e equidade.

Nesse sentido, é importante dissolver um falso dilema, qual seja, o da quantidade *versus* qualidade. Isso porque o atendimento de toda a quantidade é um dos fatores de qualidade (social) da educação infantil, que deve ser democratizada e inclusiva.<sup>95</sup>

## 2.2 Tensões e modelos em disputa

Visto que o direito à educação infantil está inscrito na legalidade estatal, o desafio para sua efetiva concretização é enorme. Segundo dados da pesquisa nacional por amostra de domicílios (PNAD) 2004, havia 16,3 milhões de crianças brasileiras até 6 anos de idade, sendo que 41,4% delas viviam em famílias com rendimento *per capita* de até meio salário mínimo.<sup>96</sup>

A partir da análise dos dados oficiais disponíveis, Fúlvia Rosemberg avalia que: a) há grave insuficiência de recursos públicos destinados a esta etapa da educação básica; b) a expansão de vagas na educação infantil conta com grande

---

<sup>93</sup> Cite-se, na atualidade, a luta dos grupos ruralistas para mudar o Código Florestal brasileiro, movimento que, na contramão da necessidade de ampliar a promoção, proteção e defesa do direito ao meio ambiente, ganha força a partir do momento em que normas, até então com pouca eficácia, tais como a que prevê a reserva florestal legal, passam a ser exigidas de forma mais organizada e eficiente.

<sup>94</sup> Frise-se que a opção pela matrícula, atualmente, diz respeito somente às creches, eis que a Emenda Constitucional n. 59, de 2009, estabeleceu a obrigatoriedade da matrícula das crianças de 4 e 5 anos na pré-escola.

<sup>95</sup> CORTELLA, Mário Sérgio. **A escola e o conhecimento**: fundamentos epistemológicos e políticos. 10. ed. São Paulo: Cortez/Instituto Paulo Freire, 2006. p. 14.

<sup>96</sup> ROSEMBERG, Fúlvia. Educação infantil pós-Fundeb: avanços e tensões. In: SOUZA, Gizele de (Org.). **Educar na infância**: perspectivas histórico-sociais. São Paulo: Contexto, 2010. p. 174-175.

participação da rede privada; c) as novas vagas surgidas têm discriminado as crianças menores, mais pobres e negras; d) essas vagas são de pior qualidade para as crianças mais pobres.<sup>97</sup>

Conforme dados já mencionados na introdução deste trabalho, no ano de 2004, apenas 13,4% das crianças brasileiras de 0 a 3 anos (e 9% das crianças que viviam em famílias com renda *per capita* de até meio salário mínimo) frequentavam creches. Deste percentual, apenas 7,1% frequentavam creches em período integral.<sup>98</sup>

Esses dados permitem avaliar o tamanho do desafio para os atores sociais comprometidos com a luta pela efetividade do direito à educação infantil pública.

Vale também refletir sobre a questão da qualidade da educação infantil, sobre a ausência de consenso em relação à sua função sociopolítica e sobre a construção de critérios de qualidade para esta etapa da educação básica.

Quando se trata de avaliar a qualidade da educação institucional, uma questão, preliminar e necessária, precisa ser abordada, qual seja, qual é a função sociopolítica e pedagógica que cabe a essa educação institucional. Isso porque somente com a fixação de sua função sociopolítica e pedagógica é possível analisar se, concretamente, a educação institucional cumpre tal função, podendo assim ser considerada uma educação de qualidade.

Quanto à função sociopolítica da educação infantil, a professora Ana Paula Soares da Silva, em seminário cujo objetivo era exatamente discutir as questões relativas à qualidade e ao acesso na educação infantil<sup>99</sup>, apresentou dois quadros muito interessantes, elaborados a partir das proposições de Anna Bondioli e Susanna Mantovani, e que contribuem para o desenvolvimento da reflexão ora proposta.

No primeiro quadro, a professora da USP de Ribeirão Preto diferencia o que ela denomina de educação infantil “moderna” da educação infantil tradicional / assistencial.

---

<sup>97</sup> ROSEMBERG, Fúlvia. Educação infantil pós-Fundeb: avanços e tensões. In: SOUZA, Gizele de (Org.). **Educar na infância: perspectivas histórico-sociais**. São Paulo: Contexto, 2010. p. 176-177.

<sup>98</sup> *Ibid.*, 177-178.

<sup>99</sup> SILVA, Ana Paulo Soares da. **Acesso e defesa da educação infantil pública, gratuita e de qualidade para todos**. In: SEMINÁRIO QUALIDADE E ACESSO NA EDUCAÇÃO INFANTIL, 1., 2009, Ribeirão Preto-SP. Palestra.

**QUADRO 1 – Educação Infantil: função político-social**

<b>EI “Moderna”</b>	<b>EI Tradicional / Assistencial</b>
- Criança	- Necessitado
- Família integrante	- Família favorecida
- Igualdade de oportunidade entre homens e mulheres	- Manutenção das relações de dominação de gênero
- Relação com família Complementaridade	- Relação com família Superioridade
- Acolhimento às mutações e tipologias familiares	- Expectativa de um tipo ideal
- Participação das famílias	- Níveis pouco expressivos de participação

**Fonte:** SILVA, Ana Paulo Soares. **Acesso e defesa da educação infantil pública, gratuita e de qualidade para todos.** In: SEMINÁRIO QUALIDADE E ACESSO NA EDUCAÇÃO INFANTIL, 1., 2009, Ribeirão Preto-SP. Palestra.

Trata-se de uma proposta analítica muito adequada. Inicialmente, esclareça-se que a distinção não é simplesmente cronológica. Na verdade, os modelos apresentados se tratam de “tipos ideais”<sup>100</sup>, cujas características estão presentes nas instituições atualmente existentes no Brasil.

A partir desse quadro, deve ser ressaltada a importância da democratização das instituições de educação infantil e da construção de uma identidade própria para essas instituições, além de esclarecer quais são os valores envolvidos e defendidos em cada modelo.

Define-se o papel da instituição da educação infantil moderna como sendo de educar e cuidar, não de forma substitutiva da família, mas sim de forma complementar.

A educação infantil moderna respeita e valoriza a cultura da população atendida, promovendo ainda condições para uma efetiva democratização das relações de gênero e da própria instituição de educação infantil (por exemplo, por intermédio dos “conselhos de escola”).

<sup>100</sup> Para uma crítica da utilização dos “tipos ideais” conforme proposta teórica de Max Weber: MÉSZÁROS, István. **Filosofia, ideologia e ciência social.** Tradução de Ester Vaisman. São Paulo: Boitempo, 2008. p. 22-24. Registre-se que a crítica não se aplica à construção ora analisada, que em nenhum momento se apresenta como axiologicamente neutra.

Anote-se que, ao manter com a família da criança uma relação de complementaridade (e não de superioridade), integrando e acolhendo essa família, sem querer substituí-la, a educação infantil moderna contribui, decisivamente, para a garantia de outro direito fundamental das crianças previsto no art. 227 da Constituição Federal (1988), qual seja, o direito à convivência familiar.

Nesse sentido vale transcrever a reflexão de Luís Antônio Miguel Ferreira e Gilza Maria Zauhy Garms, para quem:

Pensar em educação infantil significa pensar meios para a garantia da convivência familiar, sem prejuízo do desenvolvimento infantil; significa conciliar o direito à convivência familiar com o direito à educação, detalhando a corresponsabilidade das instituições (família e educação), que tem tarefas importantes, distintas e complementares, sendo a relação entre elas indispensável, complexa e desafiadora.<sup>101</sup>

O segundo quadro objetiva compreender estes mesmos modelos (educação infantil “moderna” e tradicional / assistencial), do ponto de vista da garantia de acesso das crianças a estas instituições.

#### **QUADRO 2 – Educação Infantil: função político-social e acessibilidade**

<b>EI “Moderna” Acessibilidade</b>	<b>EI Tradicional / Assistencial Acessibilidade</b>
- Direito e demanda	- Necessidade
- Oferta evoca e qualifica necessidade	- Oferta apenas responde
- Escolha entre oportunidades alternativas (espaços, modelos...)	- Baixo grau de escolha
- Oferta demanda das famílias e crianças	- Rigidez da oferta – previsão institucional histórica e cultural / determinado tipo familiar

**Fonte:** SILVA, Ana Paulo Soares. **Acesso e defesa da educação infantil pública, gratuita e de qualidade para todos.** In: SEMINÁRIO QUALIDADE E ACESSO NA EDUCAÇÃO INFANTIL, 1., 2009, Ribeirão Preto-SP. Palestra.

Considerando o projeto democrático pactuado na Constituição Federal (1988), que, frise-se, estabeleceu que o Brasil constitui-se em Estado social e

<sup>101</sup> FERREIRA, Luiz Antônio Miguel; GARMS, Gilza Maria Zauhy. Educação Infantil e a Família: perspectiva jurídica desta relação na garantia do direito à educação. In: \_\_\_\_\_. **Temas de direito à educação.** São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo: Escola Superior do Ministério Público, 2010. p. 139.

democrático de direito, tendo por fundamento a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III), prevendo e projetando uma democracia semidireta (art. 1º, parágrafo único), econômica e social (art. 3º), pode-se afirmar que a concepção de educação infantil mais adequada, sem dúvida, ao texto constitucional é aquela chamada pela professora Ana Paula Soares da Silva de educação infantil “moderna”.

Acrescente-se que, se o direito é mesmo um processo que se enriquece com a libertação das classes e grupos oprimidos segundo a já citada lição de Roberto Lyra Filho<sup>102</sup>, cabe a luta pela “educação infantil moderna”, sob pena de esvaziamento do potencial transformador desse direito.

Cumprir anotar, ainda, que as Diretrizes Curriculares Nacionais da Educação Infantil (DCNEI – Resolução CNE/CBE n. 05/2009<sup>103</sup>) especificaram a função sociopolítica e pedagógica das instituições de educação infantil.

O art. 7º das DCNEI estabeleceu cinco elementos para que a função sociopolítica e pedagógica das creches e pré-escolas seja efetivada plenamente, ampliando o disposto no art. 29 da Lei n. 9.394/1996. Sobre esse ponto, vale transcrever a lição de Ana Paula Soares da Silva:

Esses cinco elementos (condição para os direitos; complementaridade à família; ampliação de interações e saberes; equidade; novas formas de sociabilidade e subjetividade) precisam ser cumpridos simultaneamente, a fim de que a função sociopolítica e pedagógica se efetive em sua plenitude.<sup>104</sup>

Ainda sobre a qualidade da educação infantil, tem sido importante a discussão e construção de critérios de qualidade, que podem orientar as lutas sociais. Dentre tais construções, digna de menção aquela proposta por Fúlvia Rosemberg para que “[...] a política de educação infantil respeite os direitos fundamentais da criança pequena.”<sup>105</sup>

---

<sup>102</sup> Conforme item 1.1. supra.

<sup>103</sup> BRASIL. Ministério da Educação. Conselho Nacional de Educação. Resolução n. 5, de 17 de dezembro de 2009. Fixa as Diretrizes Curriculares Nacionais para a educação infantil. **Diário Oficial da União**, Brasília-DF, 18 dez. 2009, Seção 1, p. 18. Disponível em: <portal.mec.gov.br>. Acesso em: 10 ago. 2011.

<sup>104</sup> SILVA, Ana Paula Soares da. Creche e pré-escola na construção da democracia. **Revista Educação**, São Paulo, Esp. Educação Infantil, p. 14-25, 2011. p. 21.

<sup>105</sup> São apresentados vinte e dois critérios, que podem ser consultados em: ROSEMBERG, Fúlvia. Educação infantil pós-Fundeb: avanços e tensões. In: SOUZA, Gizele de (Org.). **Educar na infância: perspectivas histórico-sociais**. São Paulo: Contexto, 2010. p. 182-183.

Rosemberg sustenta que as creches e pré-escolas devem ser concebidas como instituições públicas que garantem os direitos da família e da criança, valorizando as características culturais da população atendida.

Estas instituições públicas devem ser geridas de forma democrática, com a participação das famílias e da comunidade e com orçamento suficiente para atender dignamente as crianças, inclusive com a contratação de profissionais qualificados para o atendimento.

Acrescente-se que as instituições de educação infantil têm por objetivo educar e cuidar de crianças de até seis anos, valorizando a criança como ser social do presente, não se tratando de mera preparação para uma escolarização cada vez mais precoce.

Ainda em relação a critérios de qualidade para a educação infantil, de forma mais concreta, valem ser mencionados aqueles apontados por Ana Maria de Araújo Mello como orientadores da equipe técnica da creche que foi objeto de sua pesquisa, quais sejam:

- Uma razão adulto/criança e o tamanho dos grupos adequados para cada faixa etária;
- Um ambiente arejado e funcional, com brinquedos e objetos para as crianças manipularem e variadas oportunidades de interação entre o adulto e a criança e das crianças entre si;
- Uma alimentação bem balanceada, nutritiva e variada e um controle de saúde contínuo;
- O envolvimento afetivo do adulto com a criança, ou seja, seu interesse em realizar atividades com ela e sua disponibilidade para brincar com ela;
- Uma programação adequada às necessidades e ao nível de desenvolvimento das crianças, que inclui, desde a organização do espaço físico e a distribuição de objetos e mobiliário, até a formação de grupos pequenos de crianças envolvidas nas brincadeiras diversas.<sup>106</sup>

Este é o horizonte utópico<sup>107</sup> para aqueles que se propõem, seriamente, a lutar pela efetividade do direito à educação infantil para as crianças brasileiras com

<sup>106</sup> MELLO, Ana Maria de Araújo. **História da carochinha**: uma experiência para a educação de crianças abaixo de 3 anos em creche. 1999. 109p. Dissertação (Mestrado em Psicologia do Desenvolvimento). Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras. Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto-SP, 1999. p. 30-37.

<sup>107</sup> A recuperação da importância da noção de utopia para a orientação das lutas sociais é feita por inúmeros autores. Vale registrar, dentre outros: LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito, justiça e utopia. In: FÁRIA, José Eduardo (Org.). **A crise do direito numa sociedade em mudança**. Brasília-DF: Universidade de Brasília, 1988. p. 67-78.

idade inferior a seis anos, sem o esvaziamento do potencial transformador desse direito.

Sobre as utopias, cumpre lembrar sua função segundo a lição de Roberto Lyra Filho, para quem:

É preciso observar também que as utopias mesmas constituem fatos históricos, e não meta-históricos, apesar do seu teor aparentemente desligado das preocupações realistas. Elas desempenham a função capital de inspirar a práxis, embora não devam ser encaradas como pré-visão duma sociedade a efetivar-se e, sim, conforme assinalei, duma estrela condutora, marcando a direção geral dos esforços de reestruturação dos padrões assentes.<sup>108</sup>

### **2.3 A insuficiência do normativismo-positivista para a adequada compreensão do direito à educação infantil**

Conforme já exposto, o presente trabalho tem por objetivo compreender o direito à educação infantil no contexto do processo histórico, animado por lutas sociais, com o objetivo de contribuir para enfrentar o grave problema da falta de efetividade ou eficácia social desse direito no Brasil, no início da segunda década do século XXI.

Vale frisar que, para conferir maior potencial às lutas pela efetividade do direito à educação infantil, são necessárias tanto a compreensão do processo histórico da afirmação desse direito como a análise de seus condicionamentos atuais, que não são inerentes ou intrínsecos ao direito.

A análise do processo de afirmação do direito à educação infantil permitiu demonstrar que esse direito não se resume à sua dimensão normativa (formal), sendo integrado por fatores sociais, políticos, econômicos e culturais.<sup>109</sup>

A avaliação dos condicionamentos atuais do direito à educação infantil, com a apresentação dos modelos distintos e possíveis de concepção e organização das creches e pré-escolas, orienta o sentido das lutas sociais, eis que mostra por qual direito à educação infantil vale a pena lutar.

O direito à educação infantil de qualidade é aquele que caminha no sentido da libertação do ser humano, ou seja, aquele que garante integralmente os direitos

---

<sup>108</sup> LYRA FILHO, Roberto. Desordem e processo: um posfácio explicativo. In: LYRA, Doreodó Araújo (Org.). **Desordem e processo**: estudos sobre o direito em homenagem a Roberto Lyra Filho, na ocasião do seu 60º aniversário. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1986. p. 268.

<sup>109</sup> Confirmando a lição do professor Antônio Alberto Machado sobre o direito enquanto fenômeno multidimensional, citada no item 1.1 supra.

humanos das crianças pequenas; que possibilita a igualdade de oportunidades entre homens e mulheres, rompendo com as relações de dominação de gênero; que respeita as diversas configurações dos arranjos familiares atuais; que contribui para a garantia do direito à convivência familiar. Assim, ficam explicitados os valores envolvidos com o direito à educação infantil.

Essa explicitação permite afirmar que os valores integram o fenômeno jurídico, ao contrário do que sustenta o paradigma científico hegemônico da teoria do direito no século XX, qual seja, o normativismo-positivista.<sup>110</sup>

Aqui, avança-se a hipótese de que o normativismo-positivista, enquanto paradigma científico, não se propõe a resolver a questão (premente e necessária) da eficácia social dos direitos humanos em geral (e especialmente dos direitos sociais).<sup>111</sup>

Para esse paradigma, a questão da eficácia social do direito deve ser tratada em outro âmbito (talvez o da sociologia), mas não seria tarefa do cientista do direito.

Assim, além de deformar o objeto de conhecimento, ao excluir arbitrariamente fatores que integram o fenômeno jurídico (gerando uma espécie de obstáculo epistemológico), o enfoque teórico do normativismo-positivista não contribui para resolver o problema da falta de efetividade dos direitos humanos em geral e, em específico, do direito à educação infantil.

Considerando a grande importância desta questão, vale discorrer sobre a formação e as características do paradigma científico ora denominado de normativismo-positivista. Para isso, é preciso fazer um esclarecimento prévio, qual seja, o do significado que se atribui ao termo paradigma.<sup>112</sup>

A noção de paradigma foi introduzida, no campo epistemológico, por Thomas S. Kuhn. Segundo Kuhn, em obra clássica a respeito do tema:

---

<sup>110</sup> O professor Fábio Konder Comparato concebe a Ética em sentido ampliado, sendo o direito um dos seus campos. Na sua obra, Comparato analisa a proposta de separação radical entre moral e direito formulada pelo positivismo jurídico e as consequências históricas desta concepção, que propiciaram o advento do Estado totalitário no século XX. Confira-se: COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p. 18 e 350-386.

<sup>111</sup> Sobre a relação de incompatibilidade entre o liberalismo e a efetividade dos direitos humanos sociais: item 2.5.3 infra.

<sup>112</sup> Para uma proposta de análise da noção de paradigma no âmbito da teoria do direito, próxima daquela realizada no presente tópico, e para uma crítica às correntes jurídicas idealistas, dentre as quais se pode incluir o positivismo, que culmina com a constituição histórica da dogmática jurídica: FARIA, José Eduardo. A noção de paradigma na ciência do direito: notas para uma crítica ao idealismo jurídico. In: \_\_\_\_\_. (Org.). **A crise do direito numa sociedade em mudança**. Brasília-DF: Editora Universidade de Brasília, 1988. p. 13-30.

Considero 'paradigmas' as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência [...]. 'Para ser aceita como paradigma, uma teoria deve parecer melhor que suas competidoras, mas não precisa (e de fato isso nunca acontece) explicar todos os fatos com os quais pode ser confrontada'.<sup>113</sup>

Essa noção foi aplicada em princípio às ciências físicas. Segundo o próprio Kuhn, a questão da aquisição de paradigmas pelas áreas das ciências sociais permanecia em aberto.<sup>114</sup>

Simultaneamente aos desenvolvimentos científicos das últimas décadas do século XX, que colocaram em xeque a estabilidade de muitos paradigmas das ciências físicas, mostrando sua falibilidade e provisoriedade<sup>115</sup>, o termo paradigma também passou a ser utilizado, de forma generalizada e frequente, no âmbito das ciências humanas e sociais, dentre elas a do direito.

No entanto, o termo paradigma, ao ser incorporado ao âmbito das ciências humanas e sociais, tornou-se mais vago.<sup>116</sup> O termo paradigma passa a significar um conjunto de princípios e de critérios metodológicos, epistemológicos e/ou axiológicos que, grosso modo, caracterizam uma concepção doutrinária.<sup>117</sup> É nesse sentido que o termo paradigma é utilizado no presente trabalho.

Fixado o significado do termo paradigma, anote-se que a questão sobre a cientificidade do direito não será aqui discutida, por transbordar os objetivos deste trabalho.

Vale lembrar, apenas, com Tércio Sampaio Ferraz Júnior, que a expressão ciência do direito é recente e foi inventada pela Escola Histórica alemã.<sup>118</sup> O mesmo autor esclarece que:

A Escola Histórica teve o grande mérito de pôr a si a questão do caráter científico da Ciência do Direito. Como já salientamos, a expressão *juris*

<sup>113</sup> KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 9. ed. São Paulo: Perspectiva, 2006.p. 13 e 38.

<sup>114</sup> Ibid., p. 35.

<sup>115</sup> Sobre o tema: SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre as ciências**. 13. ed. Lisboa: Afrontamento, 2002. Nesta obra, de meados da década de 80 do século XX, o professor português, após avaliar a crise do paradigma científico dominante, sustenta e desenvolve quatro teses principais, quais sejam: todo conhecimento científico-natural é científico-social; todo o conhecimento é local e total; todo o conhecimento é autoconhecimento; todo o conhecimento científico visa constituir-se em senso comum.

<sup>116</sup> CÁRCOVA, Carlos Maria. Notas acerca de la teoría crítica del derecho. In: COURTIS, Cristian (Org.). **Desde otra mirada: textos de teoría crítica del derecho**. 2. ed. Buenos Aires: Eudeba, 2009. p. 19-20.

<sup>117</sup> Ibid., p. 20.

<sup>118</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A ciência do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980. p. 18.

*scientia* é criação sua, como é o empenho de dar-lhe este caráter, mediante um método próprio de natureza histórica.<sup>119</sup>

Pode-se afirmar que, para o paradigma científico dominante no século XX, o objeto da ciência do direito consiste nas normas jurídicas estatais e o método adequado para captar esse objeto é único, qual seja, o método lógico-formal.

Esse paradigma começa a ser construído no início do século XIX, a partir do advento da Escola da Exegese, que nasce na França, em torno do Código Civil de Napoleão de 1804. Essa corrente do pensamento jurídico, portanto, pode ser apontada como precursora do paradigma científico normativista-positivista.

Norberto Bobbio aponta cinco características fundamentais da Escola da Exegese, quais sejam: a) inversão das relações tradicionais entre o direito natural e o direito positivo (com a predominância deste último sobre aquele); b) concepção rigidamente estatal do Direito (monismo jurídico); c) interpretação da lei fundada na intenção do legislador; d) culto do texto da lei; e) respeito pelo princípio da autoridade.<sup>120</sup>

Após um período inicial (1804 a 1830) e um período de apogeu (1830 a 1880), a Escola da Exegese entra em declínio. Nesse período, surgem correntes do pensamento jurídico que sustentam, com diversas variações, que a ciência do direito não tem por objeto a lei, mas sim os fatos sociais.

Deve-se destacar que a fundamentação sociológica do direito tem como precursora a Escola Histórica do Direito, surgida e difundida no fim do século XVIII e início do século XIX na Alemanha e que teve como maior expoente o Barão de Savigny.<sup>121</sup>

Podem ser citados, no âmbito do chamado “sociologismo jurídico” (ou Escola Sociológica), os seguintes autores, dentre outros: León Duguit, François Geny (Livre

---

<sup>119</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A ciência do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980. p. 29.

<sup>120</sup> BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Compiladas por Nello Morra. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 83-89.

<sup>121</sup> Segundo Bobbio, são cinco as principais características do historicismo neste período histórico: individualidade e variedade do homem; irracionalidade das forças históricas; pessimismo antropológico; elogio e amor ao passado; amor pela tradição (valorização das normas consuetudinárias). *Ibid.*, p. 47-51. Em outra perspectiva, analisando o historicismo enquanto visão social de mundo, no âmbito de discussão da sociologia do conhecimento: LÖWY, Michael. **As aventuras de Karl Marx contra o Barão de Münchhausen: marxismo e o positivismo na sociologia do conhecimento**. Tradução de Juarez Guimarães e Suzanne Felicie Léwy. 9. ed. São Paulo: Cortez, 2009. p. 74-111.

Investigação Científica); Eugen Ehrlich e Herman Kantorowicz (Movimento para o Direito Livre), Philipp Heck (Jurisprudência dos Interesses).<sup>122</sup>

No Brasil, os princípios da chamada Escola Sociológica tiveram ampla repercussão, por intermédio de autores como Tobias Barreto, Sílvio Romero, Pedro Lessa e Pontes de Miranda.<sup>123</sup>

A confusão gerada por esse pensamento sociologista (“babel metodológica”<sup>124</sup>), que chegou a colocar em dúvida a própria autonomia do direito enquanto ciência (eis que não teria objeto e nem método próprios) auxilia na compreensão do sucesso da obra daquele que foi considerado o “jurista do século XX”, quem seja, Hans Kelsen.

Kelsen recupera (conserva, mas também aprimora) diversos postulados da Escola da Exegese, promovendo um real desenvolvimento lógico-formal no âmbito da teoria do direito.

Em sua obra mais conhecida (Teoria Pura do Direito), Hans Kelsen propõe expurgar da ciência do direito os elementos não normativos. Assim, aspectos subjetivos (psicológicos) e valorativos (filosóficos) não devem ser objeto de preocupação do cientista do direito.<sup>125</sup>

O autor identifica (leia-se, decide sobre) o objeto da ciência do direito como sendo a norma. A norma não é questionada e é o ponto de partida do trabalho do cientista do direito. Trata-se, pois, de um pensamento dogmático e formalista.

Acrescente-se que o fundamento do direito, para Kelsen, também é normativo (estatal). Nesse sentido, o fundamento de validade de uma norma consiste em uma norma superior. Tem-se, assim, uma concepção do ordenamento jurídico como uma pirâmide, em que as normas estão ligadas entre si por critérios de derivação e fundamentação.<sup>126</sup>

---

<sup>122</sup> Sobre as correntes mencionadas: CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação**: uma contribuição ao estudo do direito. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 68-100.

<sup>123</sup> MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **A ciência do direito**: conceito, objeto, método. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 158.

<sup>124</sup> A expressão é utilizada, dentre outros, por MACHADO NETO, Antônio Luís. **Teoria da ciência jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1975. p. 169.

<sup>125</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. Coimbra: Armênio Amado Editora, 1984. p. 17-18.

<sup>126</sup> *Ibid.*, p. 267-285.

Adotando postulados do positivismo derivado de Augusto Comte, Kelsen sustenta que o conhecimento produzido pelo cientista do direito deve ser neutro e objetivo (mito da neutralidade científica).

Caberia ao jurista conhecer e descrever normas. Segundo Antônio Alberto Machado:

O positivismo de Kelsen passa a reproduzir as idéias comteanas do século XIX, preconizando para a ciência jurídica um método único; (a) um conhecimento experienciável e objetivo; (b) com a rigorosa ordenação do saber; (c) de forma neutra; (d) como condição do progresso científico e humano.<sup>127</sup>

Esse método único é o lógico-formal, capaz de harmonizar as proposições jurídicas de forma coerente e clara, a partir dos textos da lei (onde estão contidas as normas).

Antônio Alberto Machado sintetiza o paradigma científico dominante, nos seguintes termos:

[...] o traço fundamental da mentalidade e concepção positivista do direito é o seu caráter de ciência neutra, com objeto próprio (norma), captado por uma metodologia também uniforme, que supõe realizar a descrição objetiva do conjunto normativo, e das hipóteses de 'dever-ser' encartadas na lei, sem qualquer comprometimento ideológico do jurista.<sup>128</sup>

O paradigma científico do normativismo-positivista acima delineado está evidentemente esclerosado e, atualmente, contribui para o surgimento de diversos impasses teóricos e práticos. Em outras palavras, pode-se afirmar que essa concepção tem gerado obstáculos epistemológicos para a correta compreensão do fenômeno jurídico.

Frise-se que a avaliação do processo histórico do direito à educação infantil, de seus condicionamentos e de sua função sociopolítica e pedagógica permitiu demonstrar que os valores integram o fenômeno jurídico e que os fatores políticos, sociais, econômicos e culturais não podem ser excluídos arbitrariamente da abordagem jurídica.

---

<sup>127</sup> MACHADO, Antônio Alberto. **Ensino jurídico e mudança social**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 73. Para uma contundente crítica acerca do positivismo e, em particular, da "doutrina da neutralidade axiológica do saber", no âmbito de discussão da sociologia do conhecimento: LÖWY, Michael. **As aventuras de Karl Marx contra o Barão de Münchhausen: marxismo e o positivismo na sociologia do conhecimento**. Tradução de Juarez Guimarães e Suzanne Felicie Léwy. 9. ed. São Paulo: Cortez, 2009. p. 19-68.

<sup>128</sup> MACHADO, op. cit., p. 74.

Do contrário, o problema principal a ser enfrentado pela teoria do direito neste início do século XXI, qual seja, o da baixa (leia-se, baixíssima) taxa de eficácia social dos direitos humanos permanecerá sem solução.

Anote-se que, no âmbito da teoria do direito, o pós-positivismo, reincorporando a dimensão axiológica ao fenômeno jurídico e valorizando o direito público (notadamente o constitucional) em detrimento do direito privado, com o desenvolvimento do chamado neoconstitucionalismo, busca a obtenção do consenso da comunidade científica.<sup>129</sup>

Apesar de não descartar as importantes contribuições do chamado pós-positivismo, para a resolução da grave questão relativa à falta de eficácia social dos direitos humanos em geral e do direito à educação infantil em especial, notadamente nos países periféricos e semiperiféricos, dentre os quais se inclui o Brasil, essa proposta teórica parece ser, no mínimo, tímida<sup>130</sup>.

#### **2.4 Perspectivas de atuação do jurista<sup>131</sup> nas lutas pela efetividade do direito à educação infantil**

Fixadas as premissas de que o direito surge das lutas sociais, em devir histórico, que o direito à educação infantil está inscrito na legalidade estatal brasileira, mas que ainda há grave déficit no que tange à cidadania efetiva das crianças brasileiras, indaga-se se os profissionais do direito podem contribuir para ampliar as conquistas de direitos das crianças em relação à educação infantil. A resposta é positiva.

Para reflexão sobre o tema, mostra-se útil a construção proposta por Edmundo Lima de Arruda Júnior. Após fixar as premissas de que o espaço jurídico é também um espaço de luta importante para a chamada “guerra de posição

---

<sup>129</sup> Para uma breve noção a respeito do pós-positivismo: BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: \_\_\_\_\_. (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 1-48.

<sup>130</sup> O diálogo das correntes críticas com o pós-positivismo pode se mostrar bastante fecundo, notadamente em relação aos pontos de superação positivista desta corrente do pensamento jurídico. A avaliação dos limites e possibilidades do pós-positivismo não será aqui realizada, por transbordar o objeto da presente pesquisa.

<sup>131</sup> O termo jurista é utilizado aqui em sentido amplo, no mesmo sentido proposto por Antônio Alberto Machado, para quem jurista “é todo aquele que de alguma forma lida com o problema jurídico, seja o profissional, o cientista, o doutrinador, o estudioso, o estudante, seja o estagiário, etc”. MACHADO, Antônio Alberto. **Ensino jurídico e mudança social**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 1.

ampliada” e de que os profissionais do direito podem desempenhar o papel de “intelectuais orgânicos” das classes populares<sup>132</sup>, Arruda Júnior propõe uma tipologia para as chamadas “práticas jurídicas orgânicas”, qual seja: a legalidade sonogada, a legalidade relida e a legalidade negada<sup>133</sup>.

Registre-se que essas práticas possibilitam o reencontro entre teoria e práxis, cuja separação esteve na base de constituição histórica da dogmática jurídica.

No que tange à *legalidade sonogada*, vale anotar que é possível exigir a efetividade (eficácia social) das normas jurídicas já inscritas na legalidade estatal.<sup>134</sup>

Sobre o que venha a ser efetividade, leciona o professor Luís Roberto Barroso:

A idéia de efetividade expressa o cumprimento da norma, o fato real de ela ser aplicada e observada, de uma conduta humana se verificar na conformidade de seu conteúdo. Efetividade, em suma, significa a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social<sup>135</sup>

Conforme já sustentado, a Constituição Federal (1988) projeta uma democracia social e econômica, com a inclusão de *todos* os brasileiros (inclusive, portanto, das crianças pequenas). Registre-se, ainda, que o direito à educação infantil está inscrito na legalidade estatal.

Quanto à *legalidade relida*, vale anotar que o campo da hermenêutica jurídica apresenta diversas possibilidades de construção de decisões “caso a caso”. É possível interpretar as normas jurídicas que compõem o ordenamento jurídico brasileiro de forma a contribuir para o projeto democrático constitucional brasileiro.

Assim é que o trabalho com o controle de constitucionalidade das normas infraconstitucionais, com as ambiguidades normativas, com os conceitos jurídicos indeterminados, com a resolução das antinomias e lacunas (inclusive axiológicas),

---

<sup>132</sup> É nítida a influência do pensamento de Antonio Gramsci na construção das premissas de Arruda Júnior. Para conferir algumas notas gramscianas sobre a chamada guerra de posição: GRAMSCI, Antonio. **Cadernos do Cárcere**. Edição e tradução de Carlos Nélon Coutinho. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. v. 3. p. 255-256 e 261-262. Sobre a concepção de intelectuais: GRAMSCI, Antonio. **Cadernos do Cárcere**. Edição e tradução de Carlos Nélon Coutinho. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004. v.2. p. 15-42 e 52-53.

<sup>133</sup> ARRUDA JUNIOR, Edmundo Lima. ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima. **Direito moderno e mudança social**: ensaios de sociologia jurídica. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 49-75.

<sup>134</sup> O importante movimento do Direito Alternativo denomina “positividade de combate” esta luta pela efetividade das normas jurídicas inscritas na legalidade estatal e que expressam os interesses populares. Para uma breve descrição do Direito Alternativo: MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de processo penal**. Ribeirão Preto-SP: Legis Summa, 2007. p. 188-191.

<sup>135</sup> BARROSO, Luís Roberto. A doutrina brasileira da efetividade. In: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gérson Marques de; BEDÊ, Faya Silveira (Orgs.). **Constituição e democracia**: estudos em homenagem ao professor J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 442.

com a renovação da dogmática jurídica pode, em cada caso concreto, ampliar os direitos das crianças brasileiras.

No que diz respeito à *legalidade negada*, trata-se do plano de lutas para inscrever direitos legítimos no âmbito da legalidade estatal. Pensar as práticas jurídicas orgânicas com base nessa construção tipológica auxilia na compreensão do papel do jurista para a conquista da cidadania plena e efetiva das crianças pequenas brasileiras.

Anote-se que o exercício desse papel, para ter “peso”, deve ser realizado junto com os destinatários dos direitos e em aliança com os diversos movimentos sociais, organizações não governamentais e demais grupos que, no âmbito da sociedade civil<sup>136</sup>, lutam pela garantia dos direitos das crianças brasileiras.

As lutas pela efetividade do direito à educação infantil, ainda, não podem ser feitas de forma ingênua e descontextualizada. Deve-se ter consciência de que, no atual momento histórico, existe uma tendência - diga-se de passagem, não inexorável e dependente do desenvolvimento das lutas sociais - a um processo de regressão dos direitos sociais.

Ao avaliar algumas tendências sobre o futuro dos ordenamentos jurídicos e das instituições encarregadas de aplicar esses ordenamentos, José Eduardo Faria leciona:

A oitava tendência é de aumento no ritmo de regressão tanto dos direitos sociais quanto dos direitos humanos consagrados ou tutelados pelo direito positivo. [...] Concebidos para se concretizar basicamente por meio de políticas governamentais de caráter compensatório e distributivo, os direitos sociais também têm sido mortalmente atingidos pelos processos de desformalização, deslegalização e desconstitucionalização; pela desregulação do mercado de trabalho; [...]; pela abdicação de determinadas funções públicas do Estado via privatização de serviços especiais; pela negação da idéia de justiça distributiva via ação fiscal; e, por fim, pelo crescente condicionamento de todas as esferas da vida aos valores e regras do mercado, corroendo os fundamentos igualitários da própria democracia.<sup>137</sup>

Acrescente-se que, após a crise do sistema financeiro, a partir de 2008, foram abertos novos cenários a respeito do futuro do direito e do Estado<sup>138</sup>. Um possível cenário consiste exatamente no fortalecimento do Estado-nação, recuperando sua

---

<sup>136</sup> Sobre o conceito de sociedade civil: item 4.2 infra.

<sup>137</sup> FARIA, José Eduardo. **Sociologia jurídica: direito e conjuntura**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 104-105.

<sup>138</sup> Apontando cinco cenários acerca do futuro do direito e do Estado, após a crise financeira de 2008: FARIA: José Eduardo. **O estado e o direito depois da crise**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 41-59.

capacidade de intervenção, com o restabelecimento de poderes normativos e regulatórios perdidos no curso do processo de globalização econômica.<sup>139</sup>

Assim, conclui-se que os profissionais do direito podem contribuir para ampliar as conquistas de direitos das crianças em relação à educação infantil. Essa contribuição, para ser efetiva, implica na busca de alianças estratégicas no âmbito da sociedade civil. Para o desempenho desse papel, há necessidade de perceber os limites estruturais e conjunturais que se impõem no decorrer das lutas.

Acrescente-se que o exercício desse papel, no entanto, depende da escolha de todos e de cada jurista. Em termos concretos e de forma simplificada - ressaltando os riscos inerentes a qualquer tentativa de simplificação de situações complexas - o jurista, no momento histórico atual, está “condenado” a escolher a sua forma de atuação.

O jurista pode, por um lado, contribuir para a manutenção da falta de efetividade do direito à educação infantil, argumentando com fundamento em uma ótica liberal clássica que o princípio da separação de poderes impede a exigibilidade judicial desse direito, que o orçamento público é finito, que incide na hipótese a tese da “reserva do possível” e que as normas que estabelecem os direitos sociais não geram direitos subjetivos.

O jurista pode, inclusive, afirmar que cabe ao administrador eleito estabelecer se o direito à educação infantil se trata de prioridade no momento, que a educação infantil nem é tão importante, pois o ideal é que as crianças fiquem com suas mães em casa!

Por outro lado, pode também o jurista denunciar a falta de efetividade do direito à educação infantil; lutar ao lado (junto) dos movimentos sociais, das crianças e de seus responsáveis para garantir que o direito à educação infantil inscrito no ordenamento jurídico brasileiro seja tirado do papel; atuar em cada caso contribuindo para a ampliação dos direitos das crianças; fomentar a apropriação do conteúdo das normas que refletem conquistas democráticas por seus beneficiários.

Frise-se que, segundo já citada lição de Gerardo Pisarello, a exigibilidade dos direitos sociais depende não somente das técnicas institucionais destinadas à sua proteção, mas da participação e luta de seus próprios destinatários.<sup>140</sup>

---

<sup>139</sup> Apontando as razões do pequeno potencial de exequibilidade do cenário de fortalecimento do Estado-nação: FARIA: José Eduardo. **O estado e o direito depois da crise**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 61.

Assim, a orientação prestada pelo jurista a respeito do direito à educação infantil, possibilitando que os pais ou responsáveis pelas crianças se apropriem do conhecimento acerca dos seus direitos, é importante e pode contribuir decisivamente para a efetividade desse direito.

Anote-se que, se é possível a adoção de posturas diversas pelos juristas, registre-se que a não escolha é também uma forma de escolher. Não mexer no estado de coisas atual significa exatamente contribuir para manter a situação da forma como está, ou seja, significa negar a grande parte das crianças brasileiras o gozo efetivo do direito à educação infantil.

Feitas essas considerações, vale lembrar que, conforme já exposto na introdução, este trabalho busca romper com o mito da neutralidade científica e tem por objetivo declarado contribuir para a orientação das lutas sociais que buscam a eficácia social do direito à educação infantil.

Nesse sentido, passa-se a defender a exigibilidade do direito à educação infantil no âmbito do sistema de administração de justiça, enfrentando algumas questões que surgem a partir desta defesa.

---

<sup>140</sup> PISARELLO, Gerardo. Los derechos sociales y sus garantías: notas para una mirada 'desde abajo'. In: COURTIS, Cristian (Org.). **Desde otra mirada: textos de teoría crítica del derecho**. 2. ed. Buenos Aires: Eudeba, 2009. p. 176.

### CAPÍTULO 3 A EXIGIBILIDADE DO DIREITO À EDUCAÇÃO INFANTIL

Conforme já afirmado na introdução deste trabalho, é oportuno esclarecer que no desenvolvimento deste ponto da pesquisa pode ser notada uma aproximação metodológica com a proposta de análise do fenômeno jurídico conforme o pensamento denominado tópico ou problemático.<sup>141</sup>

Frise-se que não é objetivo do presente trabalho construir uma dogmática especial do direito fundamental à educação infantil, com o tratamento sistemático das questões relacionadas a esta dogmática. Anote-se que uma dogmática especial do direito à educação infantil está para ser construída e tem sua relevância teórica e prática, mas a presente pesquisa tem objetivo diverso.

Apenas se pretende sustentar a exigibilidade do direito à educação infantil no âmbito do sistema de administração de justiça, com base na sua caracterização como direito fundamental, social e subjetivo, cujas normas devem ser interpretadas à luz do princípio da máxima efetividade.

Ainda, sustenta-se que o direito à educação infantil não está sujeito, no presente momento histórico, à tese da “reserva do possível” e está garantido pela regra da proibição de retrocesso social.

Esclareça-se que os conceitos de exigibilidade e justiciabilidade são intercambiáveis, desde que se adote uma concepção ampliada do termo justiciabilidade, que deve ser entendida como a possibilidade e viabilidade de exigência de determinado direito no âmbito do sistema de administração de justiça, que não se resume apenas ao Poder Judiciário, englobando o Ministério Público, a Defensoria Pública, dentre outros.

Passa-se, então, à defesa da exigibilidade do direito à educação infantil.<sup>142</sup>

---

<sup>141</sup> Sobre o pensamento tópico: VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos. Tradução da 5. ed. Alemã, rev. e ampl., de Professora Kelly Susane Alflen da Silva. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2008. p. 33/46.

<sup>142</sup> Para uma avaliação dos principais aspectos relacionados à exigibilidade dos direitos sociais em geral, inclusive chamando a atenção para a importância do desenvolvimento de uma dogmática dos direitos sociais: ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos fundamentais sociais**: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 135-167.

### 3.1 O direito à educação infantil como direito fundamental

Inicialmente, importante estabelecer que o direito à educação infantil se trata de um direito fundamental, sendo certo que esta qualificação gera consequências importantes.<sup>143</sup>

Quando se aponta para o direito à educação infantil como direito fundamental, deve-se esclarecer que, no caso, configura-se tanto a “fundamentalidade” formal quanto a material.

Em linhas muito gerais, pode-se afirmar que direito fundamental formal é aquele previsto como tal pelas normas constitucionais positivas de um Estado. Por sua vez, direito fundamental material é um direito intrinsecamente relacionado à dignidade da pessoa humana ou que integra a Constituição material, composta pelas decisões fundamentais a respeito da estrutura estatal e da sociedade.<sup>144</sup>

Já foi afirmado e vale reiterar que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 foi a primeira na história brasileira a integrar os direitos sociais e econômicos ao elenco dos direitos fundamentais.<sup>145</sup>

Note-se que as cartas constitucionais anteriores, a partir daquela de 1934, estabeleceram direitos sociais e econômicos, mas o fizeram de forma pulverizada, no âmbito dos capítulos relativos à ordem econômica e social.<sup>146</sup>

Assim, atualmente, o direito à educação enquanto direito social encontra-se previsto no art. 6º da Constituição Federal (1988), integrado ao Título II do seu texto, denominado “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”.

Tratando-se a educação infantil de uma etapa da educação básica e adotando uma compreensão global do direito à educação no quadro constitucional brasileiro, pode-se concluir, de forma lógica e coerente, que o direito à educação infantil se trata de um direito fundamental, do ponto de vista formal.

---

<sup>143</sup> Para uma análise da locução “direito fundamental”: NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais**. São Paulo: Verbatim, 2009. p. 12-22. Sobre a distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais: SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 35-41.

<sup>144</sup> Para a discussão sobre a “fundamentalidade” formal e material dos direitos fundamentais na Constituição de 1988: SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 86-90.

<sup>145</sup> Item 1.8 supra.

<sup>146</sup> PIOVESAN, Flávia. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (Orgs.). **Direitos fundamentais sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 55.

Quanto ao aspecto material, vale lembrar a lição de Vitor Henrique Paro, segundo quem é exatamente por meio da educação que os seres humanos garantem a perpetuação de seu caráter histórico, diante da apropriação do saber historicamente produzido.<sup>147</sup> Em outras palavras, a educação “humaniza” o ser humano.

Ora, clara está a ligação intrínseca entre a educação e a dignidade da pessoa humana, a justificar a afirmação anteriormente feita de que o direito à educação infantil se trata de direito fundamental tanto do ponto de vista formal, quanto do ponto de vista material.

Caracterizando o direito à educação infantil como direito fundamental, aponte-se julgamento do Supremo Tribunal Federal, relatado pelo Ministro Carlos Velloso (RE 463.210 – AgR):

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ATENDIMENTO EM CRECHE E PRÉ-ESCOLA. I – Sendo a educação um direito fundamental assegurado em várias normas constitucionais e ordinárias, a sua não observância pela administração pública enseja a sua proteção pelo Poder Judiciário. II – Agravo não provido.<sup>148</sup>

No mesmo sentido, cumpre transcrever trecho da ementa do Agravo de Instrumento 677274, Pleno, relator Ministro Celso de Mello, DJ de 1º de outubro de 2008:

[...] A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental (grifos originais).<sup>149</sup>

A caracterização do direito à educação infantil como sendo um direito fundamental leva a pelo menos quatro consequências dignas de nota.

A primeira delas diz respeito à sua inserção no topo do ordenamento jurídico brasileiro. Assim, as normas jurídicas infraconstitucionais devem, sob pena de inconstitucionalidade, garantir e concretizar o direito fundamental à educação infantil.

<sup>147</sup> Item 1.2 supra.

<sup>148</sup> Extraído de: NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais**. São Paulo: Verbatim, 2009. p. 127.

<sup>149</sup> Extraído de: 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. p. 50.

Uma segunda consequência da “fundamentalidade” do direito à educação infantil consiste na limitação de sua alteração por meio do poder constituinte derivado, conforme dispõe o art. 60, §4º, da Constituição Federal (1988).<sup>150</sup>

Anote-se, ainda, que a caracterização ora proposta traz como importante consequência a incidência do disposto no art. 5º, §1º, da CF (1988), segundo o qual “[...] as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Trata-se de consequência das mais importantes, pois não pode o direito fundamental à educação infantil ficar sujeito a critérios de oportunidade e conveniência do administrador público.

Aqui, registre-se a quarta consequência, vinculada diretamente com a terceira. É que, ao caracterizar o direito à educação infantil como um direito fundamental, inclusive do ponto de vista material, fica limitado e vinculado o âmbito de desenvolvimento da política.

Sobre esse ponto, importante a lição de Flávia Piovesan, discorrendo sobre a ordem constitucional de 1988:

A política deixa de ser concebida como um domínio juridicamente livre e constitucionalmente desvinculado. Os domínios da política passam a sofrer limites, mas também imposições, por meio de um projeto material vinculativo.<sup>151</sup>

A partir daí, conclui-se ser imprescindível a revisão das concepções tradicionais acerca de temas como a tripartição de poderes e o âmbito de discricionariedade administrativa.

Por fim, advirta-se, a caracterização do direito à educação infantil como sendo um direito fundamental, inclusive do ponto de vista formal, não significa reduzi-lo à sua dimensão formal ou normativa.

Nesse ponto, vale transcrever a lição de Konrad Hesse, para quem:

[...] a validade universal dos direitos fundamentais não supõe uniformidade. A razão é bem conhecida: o conteúdo concreto e a significação dos direitos

---

<sup>150</sup> Especificamente defendendo que os direitos fundamentais sociais se constituem em limites materiais (expressos ou implícitos) à reforma constitucional: SARLET, Ingo Wolfgang. A problemática dos fundamentais sociais como limites materiais ao poder de reforma da constituição. \_\_\_\_\_ (Org.). **Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 366-379.

<sup>151</sup> PIOVESAN, Flávia. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (Orgs.). **Direitos fundamentais sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 56.

fundamentais para um Estado dependem de numerosos fatores extrajurídicos, especialmente da idiosincrasia, da cultura e da história dos povos. Por isso, só tendo em conta esses aspectos torna-se possível uma compreensão objetiva das tarefas, da conformação e da eficácia dos direitos fundamentais num ordenamento jurídico estatal concreto.<sup>152</sup>

Apenas, registre-se que, conforme já afirmado<sup>153</sup>, a concepção acerca do fenômeno jurídico adotada neste trabalho considera que, o que Hesse chamada de fatores extrajurídicos, em verdade, compõem o fenômeno jurídico. Assim, ao invés de chamá-los extrajurídicos, talvez fosse mais adequado nominá-los como fatores extranormativos.

### 3.2 O direito à educação infantil como direito social

Dentro do quadro dos direitos humanos<sup>154</sup>, o direito à educação infantil deve ser enquadrado como um direito social, a exigir uma prestação do Estado para sua concretização, por intermédio do desenvolvimento de política pública.

Sobre o conceito de direito social, José Afonso da Silva leciona que:

[...] os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade.<sup>155</sup>

Importante e necessário, nesse momento, situar historicamente o direito à educação infantil no contexto mais amplo da conquista dos direitos humanos.<sup>156</sup> De

---

<sup>152</sup> HESSE, Konrad. Significado dos direitos fundamentais. In: \_\_\_\_\_. **Temas fundamentais do direito constitucional**; textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009. (Série IDP/Saraiva – Direito Comparado). p. 26.

<sup>153</sup> Conforme item 1.1 supra.

<sup>154</sup> Sobre a distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais: SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 35-41.

<sup>155</sup> SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 12. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 277.

<sup>156</sup> Anote-se que a análise específica do processo histórico de afirmação do direito à educação infantil no Brasil foi objeto do primeiro capítulo deste trabalho. A contextualização mais ampla ora proposta tem por objetivo apenas situar o direito à educação infantil, de forma geral, no âmbito dos direitos humanos.

forma bastante sintética, podem ser apontadas três gerações ou dimensões dos chamados direitos humanos.<sup>157</sup>

A primeira dimensão, oriunda das revoluções burguesas do século XVIII (notadamente, as Revoluções Norte-Americana e Francesa), é composta pelos direitos civis e políticos, que limitam a ação do Estado.

Podem ser exemplificados os direitos de liberdade de pensamento e expressão, de liberdade religiosa, de manifestação da vontade, de liberdade de ir e vir, dentre outros. Esses direitos surgem de lutas para limitar os poderes dos antigos Estados absolutistas.

A segunda dimensão dos direitos humanos, decorrente em geral das lutas das classes populares nos séculos XIX e XX, abarca os direitos sociais, econômicos e culturais, que exigem a atuação estatal para sua efetivação e tem por valor fundamental a igualdade material.

A partir da consolidação do modo de produção capitalista, da revolução industrial e da urbanização, surge o que ficou conhecido como “a questão social”, ou seja, péssima distribuição de riqueza e pauperização da classe trabalhadora.

A organização dos trabalhadores e suas lutas possibilitaram o advento de referidos direitos. Como exemplos, podem ser citados os direitos à educação e à saúde.

A terceira dimensão, afirmada principalmente após a II Guerra Mundial e conhecida como “direitos de solidariedade”, inclui o direito à paz, ao desenvolvimento e à autodeterminação dos povos e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.<sup>158</sup>

---

<sup>157</sup> A avaliação pormenorizada desse amplo processo histórico transborda os limites do presente trabalho. Sobre a evolução histórica dos direitos humanos, em um trabalho bem documentado: COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 69-524. Para uma crítica terminológica e teórica da divisão dos direitos humanos em gerações: DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 34-36. Para um repúdio à formulação da divisão dos direitos humanos em gerações: FLORES, Joaquín Herrera. **Teoria crítica dos direitos humanos: os direitos humanos como produtos culturais**. Tradução e revisão Luciana Caplan, Carlos Roberto Diogo Garcia, Antonio Henrique Graciano Suxberger e Jefferson Aparecido Dias. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009. p. 52.

<sup>158</sup> Registre-se que há vários doutrinadores que propõem a inclusão, ao lado dos direitos de primeira, segunda e terceira dimensões, de direitos de quarta dimensão (referentes à biotecnologia, à bioética e à regulação da engenharia genética) e de quinta dimensão (advindos das tecnologias de informação, do ciberespaço e da realidade virtual em geral). Sobre essas novas dimensões ou gerações: WOLKMER, Antônio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “novos” direitos. In: \_\_\_\_\_; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). **Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 12-16.

A educação infantil, frise-se, tem natureza de direito social. Ela se concretiza a partir do desenvolvimento de política pública<sup>159</sup>, que exige investimento estatal.

Está claro que é necessário dinheiro público para construção e manutenção de instituições de educação infantil, contratação e capacitação dos profissionais de educação infantil, alimentação das crianças, dentre outros aspectos.

Aqui, importante esclarecer dois pontos para que sejam evitados equívocos no tratamento do tema. O primeiro deles diz respeito à ausência de hierarquia entre as diversas dimensões dos direitos humanos.

A análise da configuração do Estado social e democrático de direito brasileiro estabelecido na Constituição Federal (1988) permite afirmar que os direitos civis e políticos não estão acima dos direitos sociais.<sup>160</sup>

Ao contrário, pode-se afirmar que os direitos civis, políticos e sociais integram os chamados direitos humanos sem distinção hierárquica. A esse respeito, tem-se apontado para as características de indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos.<sup>161</sup>

Outro ponto que merece destaque é o falso argumento de que somente os direitos sociais exigem investimento estatal para a sua promoção, proteção e defesa.

Ora, já há certo consenso doutrinário no sentido de que todos os direitos, sejam civis, políticos ou sociais, tem um custo.<sup>162</sup> Assim, se é verdade que os direitos sociais prestacionais exigem dinheiro para sua concretização, essa não é uma característica apenas desses direitos.

A caracterização do direito à educação infantil no quadro dos direitos humanos de segunda dimensão (comumente tratados de direitos sociais na ordem jurídica interna e de direitos sociais, econômicos e culturais, no âmbito do direito

---

<sup>159</sup> Para uma visão panorâmica sobre o conceito de política pública no campo jurídico: BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: \_\_\_\_\_. (Org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 1-49.

<sup>160</sup> Defendendo a ausência de hierarquia entre os direitos civis, políticos e sociais, dentre outros: BARRETO, Vicente de Paulo. Reflexões sobre os direitos sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 108-111.

<sup>161</sup> Sobre a indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos: WEIS, Carlos. **Direitos humanos contemporâneos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 171-175.

<sup>162</sup> Nesse sentido: ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 137. No mesmo sentido: BARRETO, Vicente de Paulo. Reflexões sobre os direitos sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 121.

internacional) tem por importância destacar a sua íntima relação com a busca da construção de uma sociedade mais igualitária, do ponto de vista material.

Há necessidade, pois, de superação da concepção estritamente liberal, individualista e formal acerca dos direitos humanos, com a adoção de uma racionalidade jurídica material. Nesse sentido, cumpre destacar, com José Eduardo Faria, que:

[...] A característica básica dos direitos sociais está no fato de que, forjados numa linha oposta ao paradigma kantiano de uma justiça universal, foram formulados dirigindo-se menos aos indivíduos tomados isoladamente como cidadãos livres e anônimos e mais na perspectiva dos grupos, comunidades, corporações e classes a que pertencem. [...] os direitos sociais não configuram um *direito de igualdade*, baseado em regras de julgamento que implicam um tratamento formalmente uniforme; são, isto sim, um *direito das preferências e das desigualdades*, ou seja, um direito discriminatório com propósitos compensatórios.<sup>163</sup>

### 3.3 O direito à educação infantil como direito subjetivo

Estabelecido que o direito à educação infantil se trata de um direito fundamental social e, portanto, um direito situado no ápice do ordenamento jurídico brasileiro, que não pode ser abolido pelo poder constituinte derivado, dotado de aplicabilidade imediata, que limita e vincula materialmente os domínios da política, exigindo o desenvolvimento de política pública para a sua concretização e intimamente relacionado com a construção de uma sociedade mais igualitária do ponto de vista material, mister analisar a sua caracterização como direito subjetivo.

Para uma primeira aproximação do tema, cumpre transcrever o conceito proposto por Ingo Wolfgang Sarlet a respeito do que venha a ser um direito fundamental subjetivo:

[...] quando – no âmbito da assim denominada perspectiva subjetiva – falamos de direitos fundamentais subjetivos, estamos nos referindo à possibilidade que tem o seu titular (considerado como tal a pessoa individual ou ente coletivo a quem é atribuído) de fazer valer judicialmente os poderes, as liberdades ou mesmo o direito à ação ou às ações negativas ou positivas que lhe foram outorgadas pela norma consagradora do direito fundamental em questão.<sup>164</sup>

<sup>163</sup> FARIA, José Eduardo. O judiciário e os direitos humanos e sociais: notas para uma avaliação da Justiça brasileira. In: \_\_\_\_\_. (Org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 105.

<sup>164</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 169.

Anotado esse conceito, deve-se ponderar a respeito das seguintes questões: é possível caracterizar um direito social fundamental (no caso, o direito à educação infantil) como direito subjetivo? Em caso positivo, qual o conceito atribuído à concepção de direito subjetivo? Ainda, a caracterização de um direito social como direito subjetivo pode contribuir para a luta pela efetividade desse direito social?

A categoria do direito subjetivo, assim como aquela de relação jurídica, foi desenvolvida com fundamento nos postulados do pensamento liberal.

Diante disso, a concepção e o desenvolvimento inicial desta categoria chamada direito subjetivo só pode ser compreendida por meio de uma descrição, ainda que sucinta, do paradigma<sup>165</sup> político que orientou o desenvolvimento da teoria do direito a partir do século XIX, qual seja, o paradigma liberal.

Pode-se afirmar que o liberalismo influenciou decisivamente nas construções teóricas produzidas e, em consequência, na prática dos juristas. O liberalismo adota como ponto de partida o indivíduo. Tem-se, pois, uma concepção individualista da sociedade. Segundo Norberto Bobbio:

O liberalismo considera o Estado como um conjunto de indivíduos e como o resultado da atividade deles e das relações por eles estabelecidas entre si [...]. O liberalismo é uma doutrina do Estado limitado tanto com respeito aos seus poderes quanto às suas funções. A noção corrente que serve para representar o primeiro é Estado de direito; a noção corrente para representar o segundo é Estado mínimo.<sup>166</sup>

O Estado de direito é aquele no qual os poderes públicos são regulados (controlados) por normas gerais, refletindo a velha doutrina da superioridade do governo das leis sobre o governo dos homens.

Quanto ao Estado mínimo, vale observar que a doutrina liberal considera o Estado como um mal necessário e, por isso, deve se intrometer o menos possível na esfera de ação dos indivíduos.

Em última análise, a liberdade individual é o fim único do Estado (este, portanto, é um meio, e não um fim em si mesmo). Essa liberdade é entendida como uma esfera privada, onde os sujeitos, individualmente considerados, podem buscar e defender seus interesses privados, apropriando-se de bens e direitos, sem que haja intervenção estatal - leia-se, com intervenção estatal para garantia da segurança e previsibilidade no âmbito da esfera privada.

---

<sup>165</sup> Sobre o conceito de paradigma: item 2.3 supra.

<sup>166</sup> BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2005. p. 17, 45-46.

Trata-se, pois, da defesa da liberdade negativa (ou liberdade dos modernos), e não da liberdade positiva ou de participação (chamada de liberdade dos antigos). Essa distinção entre liberdade dos antigos e liberdade dos modernos foi proposta pelo pensador liberal Benjamin Constant.<sup>167</sup>

Com essa visão de mundo, no campo econômico, o liberalismo propõe, em síntese, a defesa da propriedade privada e do mercado enquanto esferas adequadas para a distribuição da riqueza produzida socialmente.

Quanto à concepção de Estado, frise-se que este deve intervir o menos possível, apenas o necessário para a garantia das chamadas “regras do jogo”. Para o controle do poder, foram engendrados instrumentos tais como a tripartição de poderes e a positivação de direitos individuais.

No campo da teoria do direito, o paradigma liberal influenciou decisivamente na construção de diversos conceitos e concepções. Assim, a concepção formal do princípio da isonomia (igualdade de todos *perante* a lei), a defesa da autonomia da vontade (e, em decorrência, da liberdade contratual), a defesa dos direitos individuais e o primado da lei (entendida como representação – neutra – da vontade geral) podem ser apontados como resultantes da influência do liberalismo no campo teórico jurídico.

Anote-se que o respeito incondicionado à tripartição dos poderes contribui para o esvaziamento do papel político do jurista. Se ao jurista cabe considerar a norma como um dado, não é sua tarefa a valoração desse dado - eis que essa função caberia apenas ao legislador.<sup>168</sup>

Registre-se, por oportuno, que o liberalismo clássico foi importado para o Brasil a partir do século XIX de forma bastante peculiar, eis que conviveu historicamente com a escravidão e o latifúndio, mediados pelo patrimonialismo característico das relações entre o Estado brasileiro e os grupos dirigentes.<sup>169</sup>

Feita essa sucinta descrição do paradigma político da teoria do direito, cumpre esclarecer em que sentido se afirma que o direito subjetivo se tratou de uma categoria forjada com fundamento no paradigma político liberal.

---

<sup>167</sup> Sobre o caráter ideológico da divisão entre a liberdade dos antigos e a liberdade dos modernos: COUTINHO, Carlos Nelson. Democracia: um conceito em disputa. In: \_\_\_\_\_. **Intervenções: o marxismo na batalha das idéias**. São Paulo: Cortez, 2006. p. 15-16.

<sup>168</sup> Nesse ponto, percebe-se como o paradigma político (liberal) e o paradigma científico (normativismo-positivista) da teoria do direito (hegemônicos no século XX), não somente são compatíveis entre si, mas operam um reforço recíproco.

<sup>169</sup> Sobre o liberalismo no Brasil, suas vicissitudes e influências no ensino jurídico pátrio: MACHADO, Antônio Alberto. **Ensino jurídico e mudança social**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 83-90.

Primeiramente, a análise histórica realizada por José Reinaldo de Lima Lopes mostra a estreita ligação entre o surgimento dessa categoria (direito subjetivo) e a defesa do direito de propriedade privada.<sup>170</sup>

É sintomático que em sua importante obra sobre teoria do direito, Giuseppe Lumia, após conceituar o direito subjetivo como um conjunto unitário de situações jurídicas elementares (faculdades, pretensões, poderes e imunidades), aponte como exemplo de direito subjetivo exatamente o direito de propriedade.<sup>171</sup>

Ora, pode-se afirmar que a noção clássica relativa ao direito subjetivo se mostra individualista, eis que pensa o titular do direito apenas como sendo o indivíduo.

Além disso, o desenvolvimento da categoria do direito subjetivo ocorreu considerando o seu objeto como sendo aquele de direito privado, passível de apropriação individual. Todas essas características apontadas permitem estabelecer o vínculo originário entre o liberalismo e a noção de direito subjetivo.

Abra-se um parêntesis para apontar que são bem conhecidas as disputas em torno da existência ou não de direitos qualificados como subjetivos. Dentre aqueles que sustentam a sua existência, podem ser citados Savigny (teoria da vontade) e Jhering (teoria do interesse). O crítico mais conhecido do conceito de direito subjetivo é Hans Kelsen.

Descrito o paradigma político liberal e esclarecida a vinculação da concepção de direito subjetivo com o liberalismo, volta-se às questões formuladas, sem a pretensão de esgotá-las ou respondê-las de forma definitiva: é possível caracterizar um direito social fundamental (no caso, o direito à educação infantil) como direito subjetivo? Em caso positivo, qual o conceito atribuído à concepção de direito subjetivo? Ainda, a caracterização de um direito social como direito subjetivo pode contribuir para a luta pela efetividade desse direito social?

Já foi afirmado que os direitos sociais foram formulados rompendo o individualismo e dirigindo-se a grupos e classes, com a função de contribuir para a construção de uma sociedade mais igualitária do ponto de vista material.<sup>172</sup>

---

<sup>170</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do judiciário no Estado social de direito. In: FARIA, José Eduardo (Org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 116-124.

<sup>171</sup> LUMIA, Giuseppe. **Elementos de teoria e ideologia do direito**. Tradução de Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 107.

<sup>172</sup> Conforme item 3.2 supra.

Desta característica básica decorre a conclusão de que o liberalismo convive muito mal com os direitos de segunda dimensão ou geração, inclusive em relação ao direito à educação infantil.<sup>173</sup>

Pode-se afirmar, com base na avaliação de seu processo histórico, que os direitos humanos de segunda dimensão foram, na verdade, conquistados *contra* o liberalismo. Aqui, a incompatibilidade é visceral, inclusive porque, para garantir a plena eficácia social desses direitos humanos, há necessidade de superar a concepção individualista que está na base do liberalismo.

Diante dessa afirmação, para ser possível caracterizar um direito social como direito subjetivo, faz-se necessário repensar o próprio conceito de direito subjetivo.

Antes disso, cumpre avaliar a utilidade dessa caracterização. Ora, pode-se afirmar que a concepção de direito subjetivo contribuiu decisivamente para a consolidação dos direitos privados, notadamente do direito de propriedade, conferindo força ao processo histórico de afirmação desses direitos.

Diante desse quadro, afirma-se que a utilização da noção de direito subjetivo no âmbito dos direitos fundamentais sociais pode contribuir para o aumento da taxa de efetividade desses direitos sociais, dentre os quais se inclui o direito à educação infantil.

Assim, vale repensar o conceito de direito subjetivo, rompendo com o individualismo que esteve na base de sua formulação.<sup>174</sup> Para isso, no entanto, é preciso superar dialeticamente a concepção até o momento vigente de direito subjetivo.<sup>175</sup>

Esclareça-se que a superação dialética implica, no caso, na negação da concepção liberal de direito subjetivo - dada a sua insuficiência para a defesa adequada dos direitos sociais, formulados na perspectiva de grupos e classes sociais - e na conservação de alguns de seus elementos - notadamente em relação

---

<sup>173</sup> Relembre-se que a adoção de postulados do neoliberalismo a partir de 1990, no Brasil, contribuiu decisivamente para a baixa taxa de efetividade do direito à educação infantil na atualidade, conforme descrito no item 1.9 supra.

<sup>174</sup> Não deve ser descartada, porém, a necessidade de eventual “tática de litigância” com a utilização de demandas individuais, notadamente para garantia de acesso às instituições de educação infantil. Sobre este ponto: item 4.4 infra.

<sup>175</sup> Sustentando a necessidade de atualização da noção de direito subjetivo, em um estudo assumidamente fragmentário: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 41-53. Avaliando a crise da noção de direito subjetivo: SOUZA, Peterson; BRAIDO, Ingrid Maria Bertolino; COSTA, Yvete Flávio da. A crise do direito e da justiça: um breve relato. **Revista de Estudos Jurídicos Unesp**, Franca-SP, n. 17, p. 187-224, jan./dez. 2008.

à força e exigibilidade conferida historicamente ao direito subjetivo, elevando a categoria a um nível superior, tudo isso de forma simultânea.<sup>176</sup>

Diante do exposto, avança-se a hipótese de que o direito à educação infantil no Brasil pode e deve ser considerado como direito fundamental subjetivo, tratando-se de um direito de toda criança brasileira entre zero e cinco anos de idade, que possui aplicabilidade imediata e que pode ser exigido no âmbito do sistema de administração de justiça.

Isso porque a análise conjunta e sistemática dos artigos 6º, 205, 208 e 227 da Constituição Federal (1988) permite concluir que se trata de uma estrutura normativa de grande densidade, que gera para as crianças brasileiras prerrogativas subjetivas, diretamente usufruíveis.<sup>177</sup>

Anote-se que, apesar da densa estrutura normativa constitucional, a análise do disposto no art. 208, §1º, da Constituição Federal (1988), que estabelece que o ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo poderia levar a equívocos.

Com efeito, com base em uma interpretação literal, poderia se afirmar que, se a Constituição estabeleceu que o ensino obrigatório se trata de direito público subjetivo (incluindo, portanto, o direito às pré-escolas), o direito às creches não se configuraria como direito subjetivo da criança. Ora, não é essa a melhor interpretação do sistema normativo brasileiro no que se refere ao tema ora tratado.

O professor Luís Roberto Barroso, analisando exatamente o ponto relativo à melhor interpretação a ser dada ao art. 208, §1º, da CF (1988), leciona:

[...] O dispositivo, todavia, não deve induzir ao equívoco de uma leitura restritiva: todas as outras situações jurídicas constitucionais que sejam redutíveis ao esquema direito individual – dever do Estado configuram, na mesma sorte, direitos subjetivos públicos. Não pretendeu o constituinte limitar outras posições jurídicas de vantagem, mas, tão-somente, ser meridianamente claro em relação a esta posição específica.<sup>178</sup>

---

<sup>176</sup> Sobre o conceito de superação dialética, proposto por Hegel: KONDER, Leandro. **O que é dialética**. 28. ed. São Paulo, Brasiliense, 2006. (Coleção Primeiros Passos). p. 26. Esse novo conceito de direito subjetivo está em construção, não sendo tarefa individual. Pelas limitações desta pesquisa e de seu autor, este tema foi apenas levantado, sem a pretensão de formular respostas completas e definitivas.

<sup>177</sup> NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de posituação e exigibilidade judicial dos direitos sociais**. São Paulo: Verbatim, 2009. p. 123.

<sup>178</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 111. No mesmo sentido, fazendo expressa referência ao posicionamento de Luís Roberto Barroso: DUARTE, Clarice Seixas. Direito público subjetivo e políticas educacionais. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 275.

Acrescente-se que, além dos artigos 6º, 205, 208 e 227 da Constituição Federal (1988) já citados, tem-se também que o Estatuto da Criança e do Adolescente e a atual Lei de Diretrizes e Bases da Educação, desenvolvendo e concretizando os dispositivos constitucionais retromencionados, conferem às crianças brasileiras a prerrogativa subjetiva de exigir o respeito ao direito à educação infantil, inclusive no âmbito do sistema de administração de justiça.

Fixando expressamente que o direito à educação infantil se trata de direito subjetivo da criança, transcreva-se trecho de Ementa do Recurso Especial n. 577.573 - SP (2003/0154080-7), relator Ministro João Otávio de Noronha, data: 17.04.2007:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ARTIGOS 54 E 208 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. MATRÍCULA E FREQUÊNCIA DE MENORES DE ZERO A SEIS ANOS EM CRECHE DA REDE PÚBLICA MUNICIPAL. 1. O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/1990) e a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei n. 9.394/96, art. 4º, IV) asseguram o atendimento de crianças de zero a seis anos em creches e pré-escolas da rede pública. 2. Compete à Administração Pública propiciar às crianças de zero a seis anos de idade acesso ao atendimento público educacional e à frequência em creches, de forma que, estando jungida ao princípio da legalidade, é seu dever assegurar que tais serviços sejam prestados mediante rede própria. 3. **‘Consagrado por um lado o dever do Estado, revela-se, por outro ângulo, o direito subjetivo da criança. Consectariamente, em função do princípio da inafastabilidade da jurisdição consagrado constitucionalmente, a todo direito consiste uma ação que o assegura, sendo certo que todas as crianças nas condições estipuladas pela lei encartam-se na esfera desse direito e podem exigí-lo em juízo’** (REsp n. 575.280-SP, relator para o acórdão Ministro Luiz Fux, DJ de 25.10.2004). 4. [...].<sup>179</sup> (grifo não original).

### **3.4 Da incidência do princípio de interpretação constitucional da máxima efetividade**

Dentre os princípios de interpretação constitucional, merece destaque o chamado princípio da máxima efetividade. Segundo lição do professor português J. J. Gomes Canotilho:

Este princípio, também designado por princípio da eficiência ou princípio da interpretação efectiva, pode ser formulado da seguinte maneira: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê.

<sup>179</sup> Extraído de: SÃO PAULO (Estado). Ministério Público. Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça Cível e de Tutela Coletiva. **Direito à educação**: interpretação jurisprudencial. São Paulo: Rettec, 2011. p. 22-23.

É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da actualidade das normas programáticas (Thoma), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais).<sup>180</sup>

A doutrina tradicional propõe, em regra, a análise das normas jurídicas em três planos, quais sejam, existência, validade e eficácia. Em relação à eficácia jurídica, trata-se da aptidão para as normas jurídicas produzirem seus efeitos.

A questão relativa à efetividade ou eficácia social se trata de outro plano de análise, qual seja, o da produção dos efeitos das normas jurídicas no plano da realidade.<sup>181</sup>

Anote-se que mencionado princípio interpretativo diz respeito às normas constitucionais em geral<sup>182</sup>, mas tem aplicação privilegiada no âmbito dos direitos fundamentais e, notadamente, no âmbito dos direitos sociais, cuja taxa de efetividade tem sido historicamente muito baixa.

A menção expressa ao princípio da máxima efetividade no âmbito do direito à educação infantil no Brasil ganha importância quando da análise de algumas restrições impostas ao exercício desse direito.

Neste ponto, deve ser denunciada a inconstitucionalidade das restrições (normativas e/ou administrativas) comumente impostas de condicionar a matrícula de crianças à comprovação de trabalho dos pais ou responsável.

Em alguns casos, chega-se ao absurdo de tirar a vaga da criança em creche quando sua mãe perde o emprego ou quando ela está em gozo de licença-maternidade, em virtude do advento de outro filho!

A inconstitucionalidade dessas restrições é patente! Para a correta análise do tema deve-se avaliá-lo a partir da incidência do chamado princípio da máxima efetividade.

O texto constitucional brasileiro estabelece como direito fundamental da criança, dentre outros, o direito à educação. O mesmo texto adota a doutrina da proteção integral, determinando que os direitos fundamentais da criança sejam atendidos, com prioridade absoluta, pela família, pela sociedade e pelo Estado.

---

<sup>180</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002. p. 1210.

<sup>181</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamento de uma dogmática constitucional transformadora**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 254.

<sup>182</sup> Sobre o princípio da efetividade, confira-se: *Ibid.*, p. 253-279.

As normas constitucionais que garantem o direito à educação infantil às crianças brasileiras, em nenhum momento, condicionam o exercício deste direito ao trabalho dos pais ou responsáveis pela criança.

Não se diga que o art. 7º, inc. XXV da CF (1988) daria sustentação a essas restrições. Já se afirmou que o texto constitucional estabelece como direitos sociais dos trabalhadores rurais e urbanos que seus filhos e dependentes sejam atendidos, do nascimento até os cinco anos, em creches e pré-escolas.

Esse dispositivo não pode ser interpretado de forma a restringir o direito à educação infantil das crianças brasileiras. Frise-se que o art. 227 da CF (1988) estabeleceu diversos direitos fundamentais da criança, dentre eles o da educação, que devem ser observados prioritariamente pelo Estado. Entendimento contrário violaria o princípio de interpretação constitucional da máxima efetividade supramencionado.

Vale lembrar, ainda a respeito da inconstitucionalidade das supramencionadas restrições impostas ao exercício do direito à educação infantil, que quando da análise do processo histórico que culminou com a promulgação da Constituição Federal (1988)<sup>183</sup>, apontou-se que o movimento *Criança e Constituinte* consistiu, de certa forma, em um prolongamento das lutas sociais iniciadas na década de 1970 por creches e foi responsável pela proposta (acolhida no texto final) de vinculação das creches e pré-escolas à área da educação.

Reitere-se que, encampada pelo Conselho Nacional dos Direitos da Mulher, o movimento *Criança e Constituinte* propôs que as creches e as pré-escolas deveriam ser não somente direito da mulher, mas também das crianças, o que foi acolhido no texto constitucional.

Assim, exigir a comprovação do trabalho dos pais ou responsável quando da matrícula da criança em uma creche ou pré-escola mostra-se incompatível com o texto constitucional brasileiro.

No mesmo sentido, a exigência de que a criança não mais continue frequentando a instituição de educação infantil durante o período em que sua mãe ou responsável perde o emprego ou está em gozo de licença maternidade em virtude do advento de outro filho também se mostra flagrantemente inconstitucional.

---

<sup>183</sup> Conforme item 1.8 supra.

Nesta última hipótese (de perda de vaga anteriormente conquistada), o entendimento restritivo, além de desrespeitar o princípio de interpretação constitucional da máxima efetividade, também viola a chamada regra da proibição de retrocesso social.<sup>184</sup>

Anote-se que a incidência do princípio da interpretação constitucional da máxima efetividade diz respeito fundamentalmente ao direito material envolvido, mas também deve incidir sobre as normas de direito processual. Trata-se, aqui, da discussão sobre a efetividade da tutela jurisdicional relacionada à defesa do direito à educação infantil.

A efetividade da tutela jurisdicional vem sendo objeto de reflexão da ciência processual. Sobre este ponto, abra-se um parêntesis para esclarecer de forma breve que, depois de passar pelo chamado sincretismo metodológico (confusão entre os planos substancial e processual) e pela fase autonomista (autonomia da relação jurídico-processual e distinção - com o amadurecimento da reflexão - a respeito dos institutos processuais fundamentais, quais sejam, jurisdição, ação, defesa e processo), pode-se afirmar que o atual momento metodológico do direito processual se caracteriza pela noção de instrumentalidade.

Segundo Cândido Rangel Dinamarco, autor de obra fundamental a respeito do tema, o terceiro momento metodológico do direito processual caracteriza-se pela consciência da instrumentalidade como polo de irradiação de ideias e coordenador dos diversos institutos, princípios e soluções. Afirma-se a permeabilidade do sistema processual aos valores tutelados na ordem político-constitucional e jurídico-material e reconhece-se sua inserção no universo axiológico da sociedade a que se destina.<sup>185</sup>

Para se compreender a dimensão e os desafios desse momento metodológico, com a preocupação de se garantir efetivamente o acesso à Justiça, pode-se recorrer à ideia de que o sistema processual passou pelo que se convencionou chamar de três ondas renovatórias.

A primeira onda renovatória buscou enfrentar o desafio de garantir assistência judiciária àqueles que não podiam arcar com os custos econômicos do acesso à Justiça.

---

<sup>184</sup> Sobre a regra da proibição de retrocesso social: item 3.6 infra.

<sup>185</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 21-24.

A segunda onda trata da garantia de acesso à Justiça para tratar de conflitos coletivos (com a “molecularização” das demandas judiciais, na sugestiva expressão cunhada por Kazuo Watanabe).

A terceira onda renovatória diz respeito ao modo de ser do processo, buscando exatamente alcançar a sua efetividade. Anote-se, com José Marcelo Menezes Vigliar, que esse movimento não se tratou de uma superação das ondas renovatórias anteriores, eis que ainda se pode avançar significativamente no que diz respeito ao aperfeiçoamento da assistência judiciária aos hipossuficientes e da chamada tutela jurisdicional coletiva.<sup>186</sup>

Assim, a discussão sobre a efetividade da tutela jurisdicional mostra-se significativamente atual e ganha relevo especial quando se trata da promoção, proteção e defesa de um direito fundamental social subjetivo.

Anote-se que, para a avaliação sobre a sua efetividade, no caso, faz-se necessário ter em mente também a especificidade da tutela jurisdicional, que é de natureza preventiva e de urgência.

A esse respeito, cumpre transcrever a lição de Paulo Afonso Garrido de Paula, para quem:

A tutela jurisdicional devida a crianças e adolescentes sempre é de natureza preventiva e de urgência. Preventiva porquanto visa atalhar dano irreparável ou de difícil reparação; de urgência porque se não concedida com rapidez perde seu sentido ante a efemeridade dos interesses postos em Juízo.<sup>187</sup>

Exemplificando, considere-se que o direito à creche pertence às crianças com até três anos de idade. Caso uma demanda que veicula o direito de uma criança ao acesso à educação infantil demore três anos (o que não se mostra improvável diante da realidade brasileira atual), aquela criança terá tido seu direito sonogado.

Conclui-se, pois, que a incidência do princípio da interpretação constitucional da máxima efetividade deve influenciar tanto a interpretação das normas de direito material (direito fundamental social e subjetivo à educação infantil) quanto a interpretação das normas respectivas de direito processual, que são instrumentais àquelas de direito material.

---

<sup>186</sup> VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **Tutela jurisdicional coletiva**. São Paulo: Atlas, 1998. p. 20, nota 15.

<sup>187</sup> PAULA, Paulo Afonso Garrido de. **Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 129-130.

### 3.5 Da não incidência da tese da “reserva do possível”

A partir da caracterização do direito à educação infantil no Brasil como direito fundamental, social e subjetivo, pertencente a toda criança brasileira entre zero e cinco anos de idade, que possui aplicabilidade imediata e pode ser exigido no âmbito do sistema de administração de justiça, surge a questão relativa ao pagamento das despesas decorrentes dessa proposta teórica de caracterização.

Reitere-se que o direito à educação infantil se concretiza a partir do desenvolvimento de política pública, que exige investimento estatal. Assim, é necessário dinheiro público para construção e manutenção de instituições de educação infantil, contratação e capacitação dos profissionais de educação infantil, alimentação das crianças, compra e manutenção do mobiliário e dos brinquedos, dentre outros aspectos.

Nesse contexto, parte dos juristas brasileiros, com significativa influência de conhecido julgado do Tribunal Constitucional Alemão, passou a defender a aplicação de tese chamada “reserva do possível” no ordenamento brasileiro. Tal argumento, no âmbito da teoria econômica, é comumente tratado como “limite do orçamento”.<sup>188</sup>

Em linhas gerais, pode-se dizer que, em virtude da “reserva do possível”, a concretização dos direitos sociais fundamentais estaria condicionada à existência de recursos estatais, previstos nos orçamentos, para tal finalidade.<sup>189</sup>

Anote-se que os defensores da tese sustentam que, em verdade, trata-se de um limite fático-jurídico intransponível, pois a insuficiência de recursos orçamentários seria notória.

A tese, inclusive, é desenvolvida com a noção que vem do direito romano e que, incorporada à tradição do direito ocidental, sustenta que a obrigação impossível não pode ser exigida.

Sustenta-se no presente trabalho que, no atual momento histórico, o direito à educação infantil, em face do processo histórico e dada a configuração do ordenamento jurídico brasileiro, não está sujeito ao limite da “reserva do possível” (supostamente fático-jurídico), por variadas razões.

---

<sup>188</sup> SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. In: COSTA, Paulo Sérgio Weyl A. (Coord.). **Direitos humanos em concreto**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 114.

<sup>189</sup> NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **A cidadania social na Constituição de 1988**: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais. São Paulo: Verbatim, 2009. p. 171.

Inicialmente, cumpre destacar as marcantes diferenças entre os textos constitucionais alemão e brasileiro, que precisam ser consideradas quando da importação de teses alemãs para o Brasil.

Registre-se, a esse respeito, que a Constituição Alemã não prevê, de forma expressa, um catálogo de direitos sociais, sendo certo que a exigibilidade dos direitos sociais naquele país decorre da interpretação acerca da concepção sobre o Estado social e democrático de direito.<sup>190</sup>

Diferentemente de lá, no Brasil, já foi afirmado que o texto constitucional de 1988 prevê um extenso e importante catálogo de direitos fundamentais, inclusive sociais, conformando os limites e vinculações do campo da política brasileira.

Além dessa diferença, devem ser consideradas as diferenças dos fatores sociais, econômicos e culturais, que integram o fenômeno jurídico, sob pena de adotar teses com alto nível de abstração e inaplicáveis ao Brasil.

Feitas essas considerações, cumpre lembrar que o Tribunal Constitucional Alemão reconheceu a incidência da tese da “reserva do possível” em um julgamento no qual se discutia o direito de acesso de cidadão alemão a ensino superior público de medicina!

Transpor esse argumento para o Brasil, a respeito de uma etapa da educação básica que é a infantil, sem as mediações necessárias, parece ser uma operação, no mínimo, incorreta.

Sobre o argumento de que a “reserva do possível” se trata de uma limitação fática e intransponível, cumpre mais uma vez lembrar que o fenômeno jurídico deve ser encarado como um processo dinâmico, inserido no âmbito do processo histórico.

Portanto, as condições atuais do direito à educação infantil e seus limites não são inerentes a esse direito. Ora, somente o curso da história e a força e organização das lutas sociais é que definirão os futuros condicionamentos desse direito. Assim, pode-se concluir que não há limitação intransponível no caso.

A respeito do argumento da necessidade de respeito às normas de direito financeiro que regulam as leis orçamentárias, vale lembrar que o direito à educação infantil deve ser caracterizado como direito fundamental.

---

<sup>190</sup> NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **A cidadania social na Constituição de 1988**: estratégias de posituação e exigibilidade judicial dos direitos sociais. São Paulo: Verbatim, 2009. p. 176-177. Para uma singela descrição dos dispositivos que instituem o Estado social alemão: SCHULTE, Bernd. Direitos fundamentais, segurança social e proibição de retrocesso. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos fundamentais sociais**: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 306.

Registre-se que uma das consequências dessa caracterização consiste na inserção do direito à educação infantil no ápice da pirâmide normativa que compõe o ordenamento estatal. Assim, o aparente conflito deve ser solucionado com base na garantia da máxima efetividade do direito fundamental à educação infantil.

Em relação à possível desorganização que as sentenças aditivas levariam para a Administração Pública, inicialmente, esclareça-se o conceito de sentença aditiva. Segundo Fernando Facury Scaff:

Entende-se por 'sentença aditiva' aquela que implica o aumento de custos para o Erário, obrigando-o ao reconhecimento de um direito social não previsto originalmente no orçamento do poder público demandado.<sup>191</sup>

A alegação de que as sentenças aditivas levam à desorganização das atividades administrativas estatais por impedirem o Poder Público de planejar adequadamente suas ações não pode ser acolhida.

Explica-se. O Plano Nacional de Educação (Lei Federal n. 10.172/2001), a partir de um diagnóstico da realidade da educação brasileira, estabeleceu metas e objetivos para a concretização do direito à educação infantil no Brasil.

Ora, a comparação entre as metas e objetivos constantes do PNE e os dados atuais relativos à educação infantil permite demonstrar que, mais do que falta de planejamento (que existiu com a aprovação do Plano, por meio de lei federal), o que faltou foi vontade política para cumprir com os graves mandamentos constitucionais e legais relativos ao direito à educação infantil.

Assim, não podem os atores do sistema de administração de justiça que lutam pela efetividade do direito à educação infantil serem acusados de ativistas irresponsáveis e violadores do princípio da separação de poderes.

Ao contrário, a luta é legítima e tem por objetivo, como horizonte utópico, a concretização do projeto constitucional brasileiro de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, com a garantia do desenvolvimento nacional, erradicando a pobreza e marginalização e reduzindo as desigualdades sociais e regionais, promovendo o bem de todos, conforme estabelecido no art. 3º da Constituição Federal (1988).

---

<sup>191</sup> SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. In: COSTA, Paulo Sérgio Weyl A. (Coord.). **Direitos humanos em concreto**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 89.

Em síntese, pode-se afirmar que a tese da “reserva do possível” não incide quando se está diante da defesa, no âmbito do sistema de administração de justiça, do direito fundamental social e subjetivo à educação infantil no Brasil.

Por fim, sobre esse tema, imprescindível transcrever a advertência de Vicente de Paulo Barreto, que tratando do que ele denomina de “[...] falácias políticas sobre os direitos humanos e sociais”, leciona:

Outro argumento falacioso refere-se ao custo dos direitos sociais. Chamada, também, da falácia da ‘reserva do possível’ representa um argumento preponderante no projeto neoliberal contemporâneo. Vestida de uma ilusória racionalidade, que caracteriza a ‘reserva do possível’ como o limite fáctico à efetivação dos direitos sociais prestacionais, esse argumento ignora em que medida o custo é consubstancial a todos os direitos fundamentais. [...] Estabelecer uma relação de continuidade entre a escassez de recursos públicos e a afirmação de direitos acaba resultando em ameaça à existência de todos os direitos.<sup>192</sup>

### 3.6 Da incidência da regra da proibição de retrocesso social

Antes de esclarecer no que consiste a chamada proibição de retrocesso social, é importante relembrar uma característica do processo histórico de afirmação do direito à educação infantil.

Já foi afirmado<sup>193</sup> que as instituições públicas de educação da criança pequena, em diversos países, ostentam uma característica peculiar: elas passaram por ciclos de expansão e retração, ao contrário das escolas, que ao menos quantitativamente apresentaram expansão contínua.<sup>194</sup>

Essa característica pode ser explicada por uma concepção de educação infantil como substitutiva dos cuidados maternos. Assim, apenas quando a mãe precisasse trabalhar fora de casa, como um “mal menor”, as creches, jardins de infância e pré-escolas atenderiam as crianças.

Vale frisar que essa característica dificultou a criação de uma identidade própria para essas instituições (quase sempre comparadas com os cuidados maternos), cujo surgimento e fechamento estavam ligados, respectivamente, à expansão e retração do mercado de trabalho feminino.

<sup>192</sup> BARRETTO, Vicente de Paulo. Reflexões sobre os direitos sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 120-121.

<sup>193</sup> Conforme item 1.3 supra.

<sup>194</sup> ROSEMBERG, Fulvia. O movimento de mulheres e a abertura política no Brasil: o caso da creche – 1984. In: \_\_\_\_\_. (Org.). **Creche**. São Paulo: Cortez, 1989. p. 90.

Essa característica do processo histórico relativo à educação infantil confere maior importância à chamada proibição do retrocesso social. Assim, passa-se à caracterização desta norma jurídica para, em um posterior momento, justificar seu enquadramento como regra, baseada numa concepção acerca da distinção entre duas espécies normativas, quais sejam, regras e princípios.

A chamada proibição do retrocesso social não se trata de norma jurídica expressa, mas decorre do sistema jurídico-constitucional brasileiro, notadamente dos princípios do Estado social e democrático de direito, da dignidade da pessoa humana, da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais, da segurança jurídica e da proteção da confiança.<sup>195</sup>

Segundo tal norma, a partir do momento em que um direito social é incorporado à cidadania, entendida esta como processo histórico de ampliação objetiva e subjetiva de direitos<sup>196</sup>, esse direito não pode ser suprimido ou sofrer regressão, sob pena de violação da proibição do retrocesso social. Em linhas gerais, pode-se afirmar que se trata da noção de “direito social adquirido”.

Nesse sentido, quando da incorporação de um direito social ao “patrimônio jurídico da cidadania”, conforme expressão de Luís Roberto Barroso<sup>197</sup>, no sistema constitucional brasileiro, os cidadãos brasileiros estão protegidos pela proibição do retrocesso social.

Anote-se que a proteção conferida pela proibição do retrocesso social se dá contra atos de todos os Poderes do Estado, notadamente em relação aos Poderes Legislativo e Executivo.

Assim é que, a partir do momento que são criadas normas jurídicas por intermédio do legislador que avançam o projeto constitucional brasileiro estabelecido na Constituição Federal (1988), não podem essas normas ser revogadas, caso a revogação implique em supressão ou regressão de direitos sociais incorporados à cidadania.

Também em relação aos atos do Poder Executivo incide a norma ora analisada. Isso porque, a partir do momento em que se garante, concretamente, a fruição de direitos protegidos constitucional e legalmente por intermédio do

---

<sup>195</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 427-428.

<sup>196</sup> Sobre o conceito de cidadania: item 1.9 supra.

<sup>197</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 152.

desenvolvimento de políticas públicas, não pode ato do Poder Executivo suprimir esses direitos, ainda que reflexamente, por meio de modificações inconstitucionais no desenvolvimento das políticas públicas.

Anote-se que a proibição do retrocesso social não tem por função apenas garantir posições jurídico-subjetivas pretéritas e já consolidadas, mas também possui efeitos prospectivos, no sentido de proteger futuras situações contra atos regressivos ou retrocessivos (e por isso inconstitucionais) dos poderes estatais em matéria de direitos sociais.

Nesse ponto, um esclarecimento deve ser feito. Parcela considerável da doutrina vem sustentando que a proibição do retrocesso não está limitada aos direitos sociais, incidindo em relação a todos os direitos fundamentais.<sup>198</sup>

Se isso é verdade, considerando que a presente pesquisa tem por objeto um direito social, qual seja, o direito à educação infantil, justifica-se que o desenvolvimento da argumentação relativa à proibição de retrocesso se limite às questões relacionadas aos direitos sociais.

Pois bem, caracterizada a proibição do retrocesso social como norma jurídica que compõe o sistema constitucional brasileiro, de forma implícita e decorrente de outras normas constitucionais, é importante justificar, ainda que de forma breve, a proposta teórica de sua caracterização como regra.

A questão relativa à diferenciação entre regras e princípios, como espécies do gênero norma jurídica, tem sido apontada como uma questão fundamental, constituindo-se um dos pilares da moderna dogmática constitucional.<sup>199</sup>

Aponte-se que há certo exagero em relação à importância dada pela doutrina quanto à distinção entre princípios e regras, notadamente quando se pensa sobre o problema relativo à efetividade das normas constitucionais.

---

<sup>198</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Segurança social, dignidade da pessoa humana e proibição de retrocesso: revisitando o problema da proteção dos direitos fundamentais sociais. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (Orgs.). **Direitos fundamentais sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 76 e 80-82.

<sup>199</sup> BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: \_\_\_\_\_. (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 30. No mesmo sentido, afirmando textualmente que a distinção se trata de uma das “colunas-mestras do edifício da teoria dos direitos fundamentais”: ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 85.

Feita essa ressalva, dentre as várias propostas de distinção, uma das mais aceitas no campo teórico tem sido aquela de Robert Alexy. Passa-se, então, à descrição de sua concepção sobre este tema.

O constitucionalista alemão analisa as diversas possibilidades teóricas acerca da distinção entre regras e princípios e sustenta que: a) a distinção é possível; b) não se trata apenas de uma diferença gradual (generalidade); c) trata-se de uma diferença qualitativa entre as espécies normativas.

Segundo Alexy, os princípios são mandamentos de otimização e se caracterizam por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação depende das possibilidades fáticas e também das possibilidades jurídicas.

Nesse passo, em caso de colisão, o princípio que venha a ceder não deve ser declarado inválido, nem nele deve ser introduzida uma cláusula de exceção. O que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro, sob determinadas condições.

Tem-se, pois, a adoção de uma dimensão de peso: os princípios têm pesos diferentes e os princípios com maior peso têm precedência. Por fim, os princípios são sempre razões *prima facie*.

Já as regras, ainda segundo Alexy, são normas jurídicas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então deve se fazer exatamente aquilo que ela exige. Regras contêm determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível.

Em caso de conflito no âmbito das regras, deve ser buscada uma cláusula de exceção que elimine o conflito ou, em não havendo essa cláusula, faz-se necessária a declaração de invalidade de pelo menos uma das regras. Por fim, as regras se constituem em razões definitivas, caso não haja o estabelecimento de alguma exceção.<sup>200</sup>

Pois bem. A doutrina constitucional, de forma quase unânime, tem proposto a caracterização da proibição de retrocesso social como tendo natureza de princípio. Aliás, esse ponto, na maior parte das vezes, é dado como pressuposto.

---

<sup>200</sup> Para uma análise pormenorizada sobre a proposta teórica de distinção entre regras e princípios: ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 85-120.

No entanto, adotando-se os critérios propostos por Alexy de distinção entre regras e princípios<sup>201</sup>, avança-se a hipótese de que a proibição do retrocesso social se enquadra de forma mais adequada na espécie normativa das regras.

Inicialmente, aponte-se que do ponto de vista semântico, o termo proibição está ligado, de forma mais frequente, à estrutura das regras, que incidem na forma do “ou tudo ou nada”.<sup>202</sup>

Veja-se que a proibição de retrocesso social não se trata de um mandamento de otimização, mas sim de uma vedação absoluta, que garante aos cidadãos que não haja regressão no processo de afirmação histórica dos direitos sociais no Brasil.

Anote-se que a taxa de efetividade dos direitos sociais no Brasil já é bastante baixa e admitir que haja regressão nesse campo, com base no que seja fática e juridicamente possível, não se mostra adequado em relação ao projeto constitucional brasileiro.

A proibição do retrocesso social, em caso de conflito de regras, dada a sua função de defesa de direitos fundamentais, situa-se em um patamar superior do ordenamento brasileiro. Trata-se, pois, de uma razão definitiva.

Uma possível crítica a esse enfoque teórico deve ser afastada. Não está correto afirmar que o entendimento acima defendido reduz arbitrariamente o campo da atividade legislativa.

Isso porque, dada a configuração constitucional brasileira, deve-se uma vez mais ressaltar que os direitos fundamentais têm o condão de limitar e vincular o âmbito de desenvolvimento da política.<sup>203</sup>

Justificada, de forma bastante sucinta, a opção pela caracterização da natureza de regra da proibição de retrocesso social, cumpre apenas apontar que, em se tratando de espécie de direito social, no âmbito da discussão relativa à

---

<sup>201</sup> Deve-se advertir que a adoção dos critérios propostos pelo constitucionalista alemão para a diferenciação entre regras e princípios não implica na adesão completa de seu enfoque teórico. Também se deve advertir que essa diferenciação tem sido submetida a diversas críticas. A análise dessas críticas, porém, transborda os limites deste trabalho.

<sup>202</sup> Chamando a atenção para este ponto: SARLET, Ingo Wolfgang. Segurança social, dignidade da pessoa humana e proibição de retrocesso: revisitando o problema da proteção dos direitos fundamentais sociais. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (Orgs.). **Direitos fundamentais sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 79, nota 11. O mesmo autor, no entanto, em outra obra, expressamente sustenta a natureza principiológica da proibição do retrocesso: SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 430-431.

<sup>203</sup> Conforme item 3.1 supra.

exigibilidade do direito à educação infantil, incide a regra da proibição de retrocesso social.

Essa defesa garante o patamar de concretização do direito à educação infantil atingido no presente momento histórico. Assim, crianças já incluídas em creches e pré-escolas não podem ter cessada a fruição desse direito arbitrariamente (garantindo suas posições jurídico-subjetivas já consolidadas).

Sob outro aspecto, dados os efeitos prospectivos da regra, não pode o poder público praticar atos regressivos ou retrocessivos (e por isso inconstitucionais) no campo do direito à educação infantil, por exemplo, revogando dispositivos legais para redução ou supressão do direito ora analisado, ou mesmo fechando instituições públicas já criadas ou reduzindo vagas de forma injustificada.

## CAPÍTULO 4 O MINISTÉRIO PÚBLICO E A EFETIVIDADE DO DIREITO À EDUCAÇÃO INFANTIL

### 4.1 Situando o tema da efetividade institucional do Ministério Público brasileiro

Cumprе relembrar que, no início da presente pesquisa, foi proposta uma análise do processo histórico relativo ao direito à educação infantil no Brasil, avaliando seus condicionamentos atuais.

Posteriormente, foram apontadas perspectivas de atuação do jurista em geral e discutidas questões relacionadas à chamada exigibilidade do direito à educação infantil.

É chegado o momento de discutir se (e em caso positivo, como) uma das instituições componentes do sistema de administração da justiça, qual seja, o Ministério Público, pode contribuir para a efetividade do direito à educação infantil no Brasil.

Esta discussão pode ser enquadrada segundo um contexto mais amplo, qual seja, a análise mais geral a respeito da efetividade institucional do Ministério Público.

A temática relativa à efetividade institucional tem sido discutida sob diversos aspectos, havendo locução muito feliz a respeito, qual seja, a discussão sobre um modelo de Ministério Público denominado “Ministério Público resolutivo”.<sup>204</sup>

Uma análise ampla da chamada efetividade institucional exigiria a discussão de inúmeros aspectos, a iniciar pela formação teórica dos quadros que compõem o Ministério Público.<sup>205</sup>

Outra questão que gera reflexos diretos no tema da efetividade institucional ministerial diz respeito à própria efetividade da tutela jurisdicional, que vem sendo objeto de reflexão no âmbito da ciência processual.<sup>206</sup>

---

<sup>204</sup> Uma concepção pioneira acerca do modelo de atuação do que venha a ser o “Ministério Público resolutivo”, em contraposição ao “Ministério Público demandista”, pode ser encontrada em GOULART, Marcelo Pedroso. **Ministério Público e democracia: teoria e práxis**, p. 119-123. Adotando expressamente a construção de Marcelo Pedroso Goulart, vale conferir: ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação)**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 510-512.

<sup>205</sup> Discutindo especificamente a tensão existente entre a formação acadêmica do promotor de justiça, baseada em uma “cultura legalista” e a necessária práxis política do membro do Ministério Público: MACHADO, Antônio Alberto. **Ministério público: democracia e ensino jurídico**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 167-187.

<sup>206</sup> A respeito da discussão sobre a efetividade da tutela jurisdicional: item 3.4 supra.

Anote-se, ainda, que questões relacionadas à organização interna do Ministério Público como, por exemplo, a base territorial de atuação e mesmo a adequada divisão de atribuições no âmbito de uma promotoria de justiça de mesma base territorial também têm influência direta sobre o tema.

A presente pesquisa não tem a pretensão de investigar todas essas questões, mas apenas tem o objetivo de enfrentar alguns dos pontos relevantes para a efetividade da atuação do Ministério Público, no âmbito das lutas pela efetividade do direito à educação infantil.

O primeiro deles diz respeito à discussão sobre o atual espaço (leia-se, esfera da totalidade social) ocupado pelo Ministério Público no âmbito do Estado brasileiro. Avança-se a hipótese de que o Ministério Público se encontra em um processo de transição da sociedade política para a sociedade civil.

A segunda questão decorre da primeira. A partir do momento em que o Ministério Público transita rumo à sociedade civil, considerando que nesta ocorre uma disputa por hegemonia, há necessidade de identificação de alianças estratégicas para a chamada guerra de posição travada no âmbito da sociedade civil.

Faz-se necessária, ainda, a análise dos instrumentos de atuação jurídico-políticos colocados à disposição dos quadros do Ministério Público brasileiro, quando das lutas pela efetividade do direito à educação infantil.

Por fim, será feita rápida abordagem sobre uma experiência concreta de luta pela efetividade do direito à educação infantil, a fim de permitir breve discussão sobre a relação entre atuação do membro do Ministério Público, organização territorial e especialização temática.

Registre-se que, enquanto a análise da primeira questão (processo de transição da sociedade política para a sociedade civil) foi realizada de forma mais ampla, na análise das alianças estratégicas e dos instrumentos de atuação jurídico-políticos foi realizada uma abordagem específica e mais direta com o objeto da presente pesquisa.

É o que se passa a expor.

Antes, porém, advirta-se sobre os riscos a que está sujeita a instituição ministerial no presente momento histórico. Existe uma proposta de formulação de avaliação institucional em termos tecnocráticos, com a adoção de padrões de organizações empresariais.

Trata-se, à evidência, de equívoco gerador de graves riscos, pois uma instituição como o Ministério Público brasileiro, que tem dentre suas funções institucionais a defesa do regime democrático<sup>207</sup>, conforme art. 127 da Constituição Federal (1988), não pode ser organizada e administrada por critérios autoritários e típicos de organizações que não necessitam de reconhecimento social.

#### 4.2 O Ministério Público no âmbito do Estado brasileiro

A importante discussão sobre as origens e o processo histórico de afirmação e desenvolvimento do Ministério Público como instituição não será objeto de análise nesta pesquisa.<sup>208</sup>

Apenas cumpre chamar a atenção sobre um ponto essencial do processo histórico que levou o Ministério Público a alterar seu papel, “[...] de procurador da Coroa a procurador do povo”, na sugestiva expressão de Carlos Eduardo Vasconcelos.<sup>209</sup>

Trata-se das relações entre a instituição e os regimes políticos, eis que, conforme bem apontado por Antônio Alberto Machado:

Há uma especial tendência do Ministério Público para fortalecer-se como instituição em contextos democráticos e, por outro lado, uma igual tendência para o enfraquecimento em situações de autoritarismo. Tal afirmativa permite, por conseguinte, extrair também a conclusão de que a instituição do Ministério Público parece ter uma espécie de vocação democrática, talvez inerente à sua *ratio*; ou até mesmo concluir-se que a existência dela só faz sentido numa democracia, sendo certo que a sua ausência ou tibieza, de outra parte, é sempre indício de regime autoritário.<sup>210</sup>

<sup>207</sup> Sobre o Ministério Público e o processo democrático: GOULART, Marcelo Pedroso. **Ministério público e democracia: teoria e práxis**. Leme: LED Editora de Direito, 1998. p. 95-126. Trata-se de obra fundamental, na qual o autor discorre, de forma apropriada e original, sobre diversos aspectos relacionados à efetividade institucional.

<sup>208</sup> Sobre o tema, dentre vários autores: LYRA FILHO, Roberto. **Teoria de prática da promotoria pública**. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2001. p. 17-23. GOULART, Marcelo Pedroso. **O ministério público e as obrigações do estado na era da globalização**. 2002. 237p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de História, Direito e Serviço Social. Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2002. p. 81/97. MACHADO, Antônio Alberto. **Ministério público: democracia e ensino jurídico**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 137-140.

<sup>209</sup> VASCONCELOS, Carlos Eduardo. Ministério público: De procurador da Coroa a procurador do povo ou a história de um feitiço que às vezes se vira contra o feiticeiro. In: SOUZA JÚNIOR, José Geraldo de (Org.). **O direito achado na rua**. Brasília-DF: Universidade de Brasília, 1988. p. 134-136.

<sup>210</sup> MACHADO, op. cit., p. 140.

No mesmo sentido, Cândido Rangel Dinamarco, em precioso texto a respeito da instituição, leciona:

[...] tanto maior é a importância da instituição (leia-se, Ministério Público) na sociedade, quanto mais avançado for o estágio de desenvolvimento dessa tendência de eliminar privilégios e promover a igualdade entre todos os indivíduos do grupo.<sup>211</sup>

Pois bem, em relação à sua inserção no âmbito do Estado brasileiro, avança-se a hipótese de que o Ministério Público se encontra em um processo de transição para a sociedade civil, a partir principalmente da configuração institucional que lhe foi traçada pela Constituição da República de 1988.

Para compreender esse processo, inicialmente, faz-se necessário descrever, em linhas sumárias, a concepção de Estado adotada no presente trabalho.

As concepções normativista e formalista de Estado, segundo as quais o Estado se confundiria com o ordenamento jurídico estatal, mostram-se insuficientes e inadequadas para enfrentar a questão.<sup>212</sup>

O movimento de transição, vivenciado pelo Ministério Público, pode ser bem compreendido a partir da utilização da concepção de Estado ampliado, construída pelo pensador marxista italiano Antonio Gramsci.<sup>213</sup>

Antes de descrever no que consiste o Estado ampliado e suas esferas superestruturais (sociedade política e sociedade civil), devem ser feitas duas advertências importantes.

A primeira delas é a de que a concepção gramsciana ampliada do fenômeno estatal se insere em toda uma tradição teórica acerca do tema, qual seja, a tradição marxista.

---

<sup>211</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. O ministério público na sistemática do direito brasileiro. **Justitia**, São Paulo, v.60, p. 394-403, 1999. p. 398.

<sup>212</sup> Os argumentos desenvolvidos no item 2.3. supra, a respeito da insuficiência do paradigma normativista e positivista para compreender adequadamente o fenômeno jurídico são, feitas as mediações necessárias, aplicáveis para a crítica das concepções formalista e normativista do Estado.

<sup>213</sup> A utilização pioneira do arsenal teórico gramsciano para analisar o espaço ocupado pelo Ministério Público na organização política do Estado Brasileiro pode ser conferida em: MACHADO, Antônio Alberto e GOULART, Marcelo Pedroso. **Ministério público e direito alternativo**. São Paulo: Acadêmica, 1992. p. 31-33. Desenvolvendo este tema, vale conferir a dissertação de mestrado de: GOULART, Marcelo Pedroso. **O ministério público e as obrigações do estado na era da globalização**. 2002. 237p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de História, Direito e Serviço Social. Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho", Franca, 2002. p. 101-110. A influência destas obras acerca do tema, neste ponto da pesquisa, é marcante e deve ser evidenciada.

Assim, situar a teoria gramsciana no âmbito das diversas concepções da teoria marxista do Estado - o que não será feito neste momento, por transbordar os limites desta pesquisa - tem o condão de contribuir para a correta compreensão da concepção de Estado ampliado que será utilizada.<sup>214</sup>

A segunda advertência decorre de uma característica específica do marxismo de Antonio Gramsci, qual seja, trata-se de um marxismo historicista.<sup>215</sup> Diante dessa característica, a utilização de qualquer categoria teórica gramsciana fora do contexto histórico utilizado pelo pensador marxista italiano implica em riscos não desprezíveis.

Feitas as advertências necessárias, sustenta-se que a categoria de Estado ampliado é adequada para compreender, no presente momento histórico, o fenômeno estatal brasileiro e contribui para situar adequadamente o Ministério Público no âmbito das esferas da totalidade social.

Como pensador marxista, Antonio Gramsci trabalha com o par categorial das esferas da totalidade da estrutura (sociedade econômica) e da superestrutura<sup>216</sup>, analisando a existência de uma relação dialética (e histórica) entre essas esferas.<sup>217</sup>

No âmbito da superestrutura, Gramsci sustenta que, historicamente, o fenômeno da socialização da política gera uma diferenciação entre o que ele chamou de sociedade civil e sociedade política.

Esta diferenciação diz respeito à função e à materialidade social-institucional.<sup>218</sup> Do ponto de vista funcional, no âmbito da sociedade política, as classes e grupos exercem a dominação utilizando a coerção. Já na sociedade civil, as classes e grupos buscam exercer hegemonia, construindo consensos e determinando a direção político-cultural.

<sup>214</sup> Para uma análise de diversos teóricos marxistas acerca da teoria do Estado. COUTINHO, Carlos Nelson. **A dualidade de poderes: Estado, revolução e democracia na teoria marxista**. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1987. p. 15/85.

<sup>215</sup> Sobre o marxismo historicista: LÖWY, Michael. **As aventuras de Karl Marx contra o Barão de Münchhausen: marxismo e o positivismo na sociologia do conhecimento**. Tradução de Juarez Guimarães e Suzanne Felicie Léwy. 9. ed. São Paulo: Cortez, 2009. p. 146/167.

<sup>216</sup> Exemplificativamente: GRAMSCI, Antonio. **Cadernos do Cárcere**. Edição e tradução de Carlos Nelson Coutinho. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004. v.1. p. 238-240 e 250-251; **Cadernos do Cárcere**. Edição e tradução de Carlos Nelson Coutinho. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004. v.3. p. 26-27.

<sup>217</sup> Sobre este ponto, analisando que a concepção de Gramsci sobre a política possibilita a compreensão de que a relação entre estrutura e superestrutura é também histórica e dinâmica, vale conferir: COUTINHO, Carlos Nelson. O conceito de política nos Cadernos do Cárcere. In: \_\_\_\_\_; TEIXEIRA, Andréa de Paula (Orgs.). **Ler Gramsci: entender a realidade**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 67/82.

<sup>218</sup> COUTINHO, Carlos Nelson. **Gramsci: um estudo sobre o seu pensamento político**. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 127-128.

Em relação à materialidade social-institucional, enquanto na sociedade política encontram-se os aparelhos repressivos estatais, na sociedade civil atuam os chamados aparelhos privados de hegemonia.

A sociedade civil realiza, ainda, a mediação necessária entre a sociedade econômica e a sociedade política, sendo a esfera privilegiada de atuação dos intelectuais.

Note-se que a sociedade civil não se trata de um espaço neutro, para além do Estado e do mercado. Efetivamente, a sociedade civil se constitui em uma arena privilegiada de luta pela hegemonia, entendida como direção política e cultural.

Sucintamente esboçada a concepção ampliada de Estado, indaga-se: o que essa construção teórica tem a ver com o Estado brasileiro e com o Ministério Público?

Pode-se afirmar que o processo histórico brasileiro, com todos os seus avanços e recuos, e apesar dos diversos golpes institucionais, gerou a ampliação do Estado, com a formação de uma sociedade civil que guarda uma relação mais equilibrada com a sociedade política.

Conforme já afirmado<sup>219</sup>, o golpe civil-militar de 1964 e a implantação da ditadura militar tiveram um papel inicial de bloqueio do desenvolvimento da sociedade civil brasileira.

No entanto, o modelo econômico implantado pelos governos militares levou a uma maior complexidade social, criando as condições para a retomada do desenvolvimento da sociedade civil, a partir da década de 1970.<sup>220</sup>

No início dos anos 1970, são formadas, principalmente nas cidades de grande e médio porte, associações de moradores denominadas Sociedades Amigas do Bairro (SAB), associações de favelas e associações e movimentos comunitários, que se organizam tendo como polo aglutinador inicial o local de moradia das pessoas.<sup>221</sup>

Ainda na década de 1970, vale registrar a atuação de um movimento sindical mais independente e autônomo, notadamente no ABC paulista. Em relação aos partidos políticos, o MDB deixa de cumprir o papel de mera fachada legal na

---

<sup>219</sup> Item 1.8 supra.

<sup>220</sup> Sobre o desenvolvimento da sociedade civil brasileira no período e a diferenciação entre o projeto de abertura do governo militar e o processo de abertura efetivamente ocorrido: COUTINHO, Carlos Nelson. O conceito de sociedade civil em Gramsci e a luta ideológica no Brasil de Hoje. In: \_\_\_\_\_. **Intervenções: o marxismo na batalha das idéias.** São Paulo: Cortez, 2006. p. 42-47.

<sup>221</sup> Item 1.7 supra.

tentativa dos militares de legitimar o seu regime político autoritário e passa a agregar forças reais, que lutam pela democratização brasileira.

Frise-se que, já no início dos anos 1980, surgem novos partidos políticos. Na década de 1980, tem-se a organização do maior movimento de massas que a história brasileira já vivenciou, qual seja, a luta pelo voto direto para Presidência da República (movimento conhecido como “*Diretas Já*”). Registre-se, ainda, a mobilização popular ocorrida por ocasião do processo constituinte, que levou à construção do Pacto de 1988.<sup>222</sup>

Vale anotar, ainda, no pós-1988, o surgimento e desenvolvimento de organizações orientadas para a luta de determinados direitos (meio ambiente, crianças e adolescentes, LGBT, pessoas com deficiência, dentre outros).

Esse elenco de fatos históricos tem por objetivo demonstrar que o Estado brasileiro, atualmente, ampliou-se, não se resumindo à sociedade política, que atua com a função de dominação mediante coerção, utilizando o seu aparato repressivo.

Com a conclusão de que ocorreu a ampliação do Estado brasileiro, com duas esferas superestruturais (sociedade política e sociedade civil), passa-se à indagação seguinte: qual o espaço ocupado pelo Ministério Público brasileiro neste quadro?

Para enfrentar essa questão, faz-se necessária a avaliação das funções atribuídas ao Ministério Público brasileiro pela Constituição Federal (1988), eis que, como afirmado, um dos pontos de diferenciação entre sociedade política e sociedade civil diz respeito exatamente à função (dominação ou hegemonia; coerção ou consenso).

Inicialmente, anote-se que o Brasil possui objetivos traçados na Constituição Federal (1988), quais sejam: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a garantia do desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e da marginalização; a redução das desigualdades sociais e regionais; a promoção do bem de todos (art. 3º da CF de 1988). Tais objetivos projetam a construção de uma democracia econômica e social.

Todas as instituições públicas, dentre elas o Ministério Público, devem ter como objetivo estratégico, orientador do cumprimento de suas atribuições específicas, contribuir para a aceleração do processo histórico de conquista destes objetivos.

---

<sup>222</sup> Item 1.8 supra.

O art. 127 da Constituição Federal (1988), por sua vez, dispõe que cabe ao Ministério Público “a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

Considerando que ordem jurídica e regime democrático se constituem em locuções equívocas, para sua adequada compreensão, essas locuções devem ser interpretadas em conjunto com o disposto no art. 3º da CF (1988) supramencionado.

Assim, ordem jurídica a ser defendida pelo Ministério Público é aquela construída prospectivamente, voltada para atingir os objetivos traçados no pacto constitucional de 1988, resolvendo problemas sociais reais e concretos, promovendo o bem de todos os brasileiros.<sup>223</sup>

Em relação à democracia, trata-se da defesa de uma democracia econômica, social e participativa, que tem como horizonte a construção de uma sociedade igualitária. Busca-se a elevação, ao máximo, da potência do dispositivo segundo o qual “todo o poder emana no povo” (art. 1º, parágrafo único, da CF de 1988). Acrescente-se que também cabe ao Ministério Público a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Diante de todo esse quadro, resta claro que da análise de sua configuração constitucional, pode-se concluir que cabe ao Ministério Público a promoção, proteção e defesa dos direitos sociais, dentre os quais se inclui o direito à educação infantil.<sup>224</sup>

Especificamente no tocante ao direito à educação infantil, acrescente-se que o art. 201, inc. V, c.c o art. 208, inc. III, ambos do Estatuto da Criança e do Adolescente, explicita o dever do Ministério Público de lutar pelo acesso e qualidade do direito à educação infantil.

Feitas essas brevíssimas considerações sobre as funções do Ministério Público, reafirme-se que efetivamente cabe ao *parquet*, consoante suas atribuições constitucionais, atuar no sentido de lutar para que a direção do processo histórico vá

---

<sup>223</sup> Para a defesa de um modelo de saber jurídico construtivo e prospectivo, sustentando que o direito deve estar direcionado à solução de problemas reais e concretos: COELHO, Luiz Fernando. **Teoria crítica do direito**. 3. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 6-7. Para uma discussão crítica acerca da categoria “ordem jurídica”: MACHADO, Antônio Alberto e GOULART, Marcelo Pedrosa. **Ministério público e direito alternativo**. São Paulo: Acadêmica, 1992. p. 23-29.

<sup>224</sup> Sobre a legitimidade para a defesa dos direitos sociais pelo Ministério Público: FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Políticas públicas: a responsabilidade do administrador e o ministério público**. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 118-123.

no sentido da concretização dos objetivos estabelecidos no art. 3º da CF (1988). Esta se constitui em sua estratégia institucional.<sup>225</sup>

Vale destacar que os objetivos colocados no art. 3º da Constituição Federal (1988) projetam uma democracia econômica e social e se mostram incompatíveis com a manutenção de uma relação de dominação mediante coerção (típica da sociedade política).

Assim, ao atribuir as várias funções ao Ministério Público, a Constituição Federal (1988) projetou a instituição para o âmbito da sociedade civil. No entanto, existe diferença entre o projeto pactuado e o processo histórico.

Por esse motivo, sustenta-se que o Ministério Público se encontra em um processo de transição para a sociedade civil, a partir principalmente da configuração institucional que lhe foi traçada pela CF (1988).

Cabe aos membros da instituição, individual e coletivamente, contribuírem para que esse processo histórico seja acelerado e o Ministério Público possa cumprir efetivamente o seu papel no âmbito da sociedade civil.

Frise-se que a sociedade civil não se trata de um espaço neutro, para além do Estado e do mercado. Efetivamente, a sociedade civil se constitui em uma esfera privilegiada de luta pela hegemonia, entendida como direção política e cultural.

Assim, no âmbito da sociedade civil, o Ministério Público não desempenha um papel de neutralidade ou imparcialidade. Também não se trata de cumprir um papel de árbitro das tensões sociais. O Ministério Público deve deixar claro seu posicionamento nas lutas travadas nesta esfera social.

Antecipando uma possível crítica que poderia ser feita, no sentido de que o membro do Ministério Público, para promover justiça, não pode ser parcial, cumpre citar a lição de Roberto A. R. de Aguiar a respeito da virtude da justiça:

[...] essa virtude (leia-se, a justiça) não é equidistante, não é neutra, não é equilibrada. Ela nos força, a cada momento, a tomar partido, a ser parcial, tendo a parcela maior dos seres humanos como fundamento. Ser justo é viver a virtude de tomar partido em busca do melhor, fundado na visão mais lúcida possível da história e na análise das circunstâncias maiores e

---

<sup>225</sup> Sustentando que a estratégia institucional confere conotação política ao princípio da unidade, que é caracterizado como princípio institucional conformador do Ministério Público: GOULART, Marcelo Pedrosa. Princípios institucionais do ministério público. In: RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org.). **Ministério público: reflexões sobre princípios e funções institucionais**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 170-171.

menores que isso envolve. A justiça é uma virtude agente que se explicita na prática social comprometida.<sup>226</sup>

Cabe ao Ministério Público lutar pelos direitos e interesses das classes e grupos ascendentes (para utilizar a expressão de Lyra Filho<sup>227</sup>), junto com eles, e não ficar ao lado dos grupos que, inconstitucionalmente, lutam para manter a situação de dominação e exclusão a que é submetido grande número de brasileiros.

Frise-se que não se trata de uma luta pelas classes e grupos ascendentes, mas sim de uma luta com eles, por seus direitos. Conforme pondera Paulo Freire, “[...] a ação política junto aos oprimidos tem de ser, no fundo, ‘ação cultural’ para a liberdade, por isto mesmo, ação com eles”.<sup>228</sup>

Concluindo o presente tópico, tem-se que o Estado brasileiro se ampliou no curso do processo histórico, apresentando uma relação mais equilibrada entre sociedade política e sociedade civil. Assim, a categoria de Estado ampliado construída por Antonio Gramsci mostra-se adequada para a compreensão do Estado Brasileiro atual.

Com base na análise das funções atribuídas ao Ministério Público pela Constituição Federal (1988) - notadamente art. 127 c/c o art. 3º - pode-se afirmar que a instituição foi projetada para o âmbito da sociedade civil.

Entre o projeto constitucional e o processo histórico efetivamente ocorrido há diferenças. Cabe aos membros da instituição, individual e coletivamente, contribuir para que esse processo histórico seja acelerado e o Ministério Público possa cumprir efetivamente o seu papel no âmbito da sociedade civil.

No âmbito da sociedade civil, o Ministério Público não ocupa um espaço de imparcialidade ou neutralidade, devendo lutar com as classes e grupos ascendentes por seus legítimos direitos.

Considerando que a luta pela concretização dos direitos sociais, dentre eles o direito à educação infantil, enquadra-se nas atribuições conferidas ao Ministério Público pela Constituição Federal (1988), é preciso refletir sobre formas de potencializar essa luta. Uma dessas formas consiste exatamente na identificação de alianças estratégicas no âmbito da sociedade civil.

---

<sup>226</sup> AGUIAR, Roberto A. R. de. **O que é justiça: uma abordagem dialética**. 5. ed. São Paulo: Alfa Ômega, 1999. p. 122-123.

<sup>227</sup> Citada no item 1.1 supra.

<sup>228</sup> FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido**. 46. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2005. p. 60.

### 4.3 Alianças estratégicas para as lutas pela efetividade do direito à educação infantil

Para o adequado exercício de suas atribuições, faz-se necessário, no âmbito da sociedade civil, que o membro do Ministério Público identifique, nas circunstâncias concretas de sua atuação, alianças estratégicas para as lutas travadas no sentido de buscar a eficácia social do direito à educação infantil.

Cumpramos reafirmar, apenas, que as lutas sociais, também no âmbito do sistema de administração de justiça, devem ser travadas junto com os destinatários do direito à educação infantil (crianças e seus responsáveis). Assim, não se trata de lutar por eles, e sim com eles!

Dentre os aliados estratégicos no campo específico da luta pela efetividade do direito à educação infantil, podem ser citados ao menos três: as universidades públicas, a Defensoria Pública e os conselhos tutelares.<sup>229</sup>

As universidades públicas brasileiras são instituições que possuem como objetivo estratégico, orientador da organização de suas atividades de ensino, pesquisa e extensão, contribuir para o processo de democratização social e econômica no Brasil.

Em outras palavras, a adequada interpretação do art. 207 da CF (1988) deve ser feita levando-se em conta, também, o disposto no seu art. 3º.

De um modo geral, as universidades públicas podem ser entendidas como instituições caracterizadas por três traços fundamentais, quais sejam: comunidade (entre mestres, alunos e funcionários), autonomia (científica, administrativa e financeira) e prática de ensino superior.<sup>230</sup>

Cumpramos registrar que, atualmente, as universidades públicas se encontram em um momento histórico de crise de hegemonia, de legitimidade e institucional.<sup>231</sup>

---

<sup>229</sup> Anote-se que, evidentemente, estes não são os únicos possíveis aliados para as lutas travadas pelo Ministério Público. Citem-se, por exemplo, associações de bairros, pastorais sociais, organizações não governamentais de lutas pelos direitos da criança e do adolescente, dentre outros.

<sup>230</sup> MACHADO, Antônio Alberto. **Ensino jurídico e mudança social**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 34-35.

<sup>231</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 9. ed. São Paulo: Cortez, 2003. p. 187/233.

Anote-se, ainda, que estas três crises se aprofundaram a partir da década de 1990, quando da adoção do receituário neoliberal, que levou à descapitalização da universidade pública e à transnacionalização do mercado universitário.<sup>232</sup>

Feito o registro, cumpre anotar que a vinculação da universidade com a educação básica, com a realização de pesquisas educacionais e a formação de docentes, por exemplo, trata-se de um tema importante para a reconquista de legitimidade da universidade.<sup>233</sup>

Pois bem, no campo específico da educação infantil, tem-se que o acesso e conhecimento acerca das pesquisas desenvolvidas na universidade pública sobre o tema podem contribuir para que a compreensão adequada dos diversos fatores que compõem o direito à educação infantil, por parte do membro do *parquet*. Ora, sem dúvida, essa compreensão é necessária para orientação das lutas do Ministério Público para a efetividade deste direito.

Anote-se que, além de possibilitar essa compreensão, as pesquisas desenvolvidas na universidade pública podem contribuir para a criação de certo consenso sobre a importância da educação infantil e sobre sua função sociopolítica e pedagógica.

No campo da extensão universitária, a existência de programas relacionados com a educação em direitos humanos, por exemplo, pode contribuir para que os responsáveis pelos destinatários do direito à educação infantil se apropriem do seu conteúdo, fomentando as lutas sociais pelo seu acesso.

Por fim, no campo do ensino, deve-se registrar a importância da formação de profissionais com qualificação para exercício de suas atribuições no âmbito das instituições de educação infantil e com consciência crítica a respeito desse papel e do processo histórico de afirmação do direito à educação infantil.

Esta adequada formação e consciência têm o potencial de, no mínimo, diminuir as resistências existentes entre os profissionais da educação infantil quanto às lutas pela exigibilidade desse direito no âmbito do sistema de administração de justiça.

A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, com *status* constitucional e que possui como missão prestar orientação jurídica e

---

<sup>232</sup> A discussão sobre este tema transborda os limites da presente pesquisa. A esse respeito, vale conferir: SANTOS, Boaventura de Souza. **A universidade no século XXI: para uma reforma democrática e emancipatória da universidade**. São Paulo: Cortez, 2004. p. 12-38.

<sup>233</sup> *Ibid.*, p. 81.

promover a defesa dos direitos dos “necessitados”, conforme art. 134, *caput*, c.c art. 5º, inc. LXXIV, ambos da Constituição Federal (1988).

Anote-se que, como instituição pública, a Defensoria Pública deve ter, como estratégia institucional, orientadora do cumprimento de suas atribuições específicas, a aceleração do processo histórico de conquista dos objetivos estabelecidos no art. 3º da CF (1988).

Considerando a caracterização dos direitos sociais como sendo direitos intimamente ligados à busca de construção de uma sociedade mais igualitária, do ponto de vista material, e considerando que os direitos sociais foram formulados dirigindo-se menos aos indivíduos isolados e mais na perspectiva de grupos e classes<sup>234</sup>, tem os direitos sociais como titulares privilegiados os componentes das classes populares e dos grupos subalternos. Ora, assim sendo, a Defensoria Pública se qualifica como importante instituição na promoção, proteção e defesa dos direitos sociais em geral.

Nesse sentido, cumpre anotar que o art. 2º da Lei Federal n. 11.418, de 15 de janeiro de 2007, ao dar nova redação ao art. 5º da Lei n. 7.347/1985, incluiu a Defensoria Pública entre os legitimados para a propositura de ações civis públicas.<sup>235</sup>

Esta modificação legislativa conferiu mais um instrumento de atuação jurídico-política aos defensores públicos, para que possam cumprir a sua grave missão de garantir que as classes e grupos populares tenham acesso à ordem jurídica justa no Brasil.

No presente momento histórico (início da segunda década do século XXI), considerando os percalços pelos quais passaram as diversas Defensorias Públicas no Brasil pós-1988, percebe-se a existência de um ambiente de competição entre a Defensoria Pública, que tenta se afirmar, e outras instituições componentes do sistema de administração de justiça.

Ora, cabe ao membro do Ministério Público perceber a importância do adequado funcionamento da Defensoria Pública para efetiva garantia de acesso à ordem jurídica brasileira da maioria de sua população, não se deixando levar por

---

<sup>234</sup> Conforme item 3.2 supra.

<sup>235</sup> Para uma análise sobre diversos aspectos relacionados a esta alteração legislativa: PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A legitimidade da defensoria pública para a propositura de ações civis públicas: primeiras impressões e questões controvertidas. In: FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **O novo processo civil coletivo**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009. p. 161/180.

argumentos corporativos, que privilegiam um olhar de competição entre as instituições.

É preciso não perder de vista que, no âmbito da sociedade civil, as lutas pela direção político-cultural são travadas e muitos são os atores sociais e instituições envolvidas. Identificar um aliado com algumas identidades com o *parquet*, longe de ser fonte de enfraquecimento do Ministério Público, pode em verdade contribuir para que o MP cumpra efetivamente o seu papel.

Especificamente em relação à efetividade do direito à educação infantil, tanto o Ministério Público como a Defensoria Pública possuem atribuição para travar lutas no âmbito do sistema de administração de justiça, com instrumentos de atuação jurídico-políticos nem sempre coincidentes.

Não se trata de competir pela ocupação do mesmo espaço. É preciso haver consciência, por parte dos quadros do Ministério Público e da Defensoria Pública, das graves atribuições institucionais que lhes cabem. Frise-se que a estratégia institucional é a mesma (contribuir para que sejam atingidos os objetivos estabelecidos no art. 3º da CF de 1988).

Cumprir reafirmar que a articulação entre a atuação do Ministério Público e da Defensoria Pública, a ser construída nas circunstâncias concretas, pode ter o condão de contribuir para potencializar as lutas sociais travadas pelo *parquet* no âmbito do sistema de administração de justiça.

Assim, de forma exemplificativa, é possível se pensar no ajuizamento de ação coletivas em litisconsórcio ativo, o que pode conferir maior qualidade técnica, melhor instrução prévia e maior força política para a demanda.

Também é possível pensar na promoção e organização, pelo Ministério Público, em conjunto com a Defensoria Pública, de programas de educação em direitos humanos, que atinjam regiões nas quais as classes e grupos que ali vivem tenham maiores dificuldades de acesso à ordem jurídica justa.

Por fim, também é possível identificar os conselhos tutelares<sup>236</sup> como aliados estratégicos no Ministério Público. Os conselhos tutelares foram previstos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 131 ao art. 140 da Lei n. 8.069/1990) e sua criação decorre de lei municipal.

---

<sup>236</sup> Para uma análise acerca do conselho tutelar, sua natureza, composição e atribuições: LIBERATI, Wilson Donizeti; CYRINO, Públio Caio Bessa. **Conselhos e fundos no estatuto da criança e do adolescente**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 125-212.

Os conselhos são órgãos permanentes e autônomos, compostos por representantes da sociedade, que tem por função precípua zelar pelos direitos das crianças e dos adolescentes.

Para uma adequada compreensão dos conselhos tutelares, é preciso relembrar que: a) é dever da sociedade assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, seus direitos fundamentais (art. 227 da CF de 1988); b) as políticas de atendimento dos direitos das crianças e dos adolescentes possuem como características, dentre outras, a descentralização político-administrativa e a participação popular (art. 204 da CF de 1988).<sup>237</sup>

Frise-se que o conselho é órgão autônomo. Assim, não cabe ao Ministério Público decidir ou determinar a forma de atuação dos conselheiros tutelares, que tem seus limites e forma de atuação definidos na Constituição Federal de 1988 e no Estatuto da Criança e do Adolescente.

No entanto, em face das características do conselho e de suas atribuições, a aliança para a luta pela efetividade do direito à educação infantil pode se mostrar muito profícua.

Em relação às características, cumpre anotar que o conselho tutelar é composto por membros residentes no Município e que foram escolhidos pela comunidade local.

Tais características possibilitam uma maior proximidade entre os conselheiros e os cidadãos, notadamente aqueles componentes das classes populares. Assim, facilita-se o acesso à informação e, em consequência, podem ser superados os conhecidos óbices culturais para o acesso à ordem jurídica justa.

Sob outro aspecto, anote-se que, dentre as atribuições do conselho tutelar, estão previstas aquelas de: a) promover a execução de suas decisões, com poder de requisitar serviços públicos na área da educação (art. 136, inc. III, alínea 'a', da Lei n. 8.069/1990); b) encaminhar ao Ministério Público notícia de crime contra criança (art. 136, inc. IV, da Lei n. 8.069/1990).

Assim, pode-se concluir que o conselho tutelar, consideradas a sua composição, atribuições e características, pode contribuir decisivamente para a luta pela efetividade do direito à educação infantil no âmbito territorial de sua atuação. Caso a atuação seja articulada com o Ministério Público, a atuação se potencializa.

---

<sup>237</sup> Conforme item 1.8 supra.

Cumpra citar duas formas possíveis de articulação para enfrentamento do desafio relacionado à eficácia social do direito à educação infantil no presente momento histórico.

É possível estabelecer, consensualmente, um fluxo de atendimento entre conselho tutelar e Ministério Público para garantir o acesso de crianças às creches e pré-escolas.

Assim, o conselho tutelar pode cadastrar crianças que tiveram seu acesso negado a creches e pré-escolas, solicitando documento pessoal da criança e comprovante de residência.

A partir daí, com base no art. 136, inc. III, alínea 'a', da Lei n. 8.069/1990, o conselho tutelar pode (leia-se, deve) requisitar a vaga para a criança junto à Secretaria Municipal de Educação, fixando prazo razoável para o atendimento.

No caso do indeferimento da vaga ou da ausência de resposta no prazo estipulado, o conselho tutelar pode (deve) encaminhar a notícia de descumprimento ao Ministério Público, instruída com os documentos acima mencionados, abrindo caminho para uma atuação rápida por parte do órgão ministerial.<sup>238</sup>

Outra forma de articulação diz respeito ao combate às violências que podem ocorrer no âmbito das instituições de educação infantil e que envolvem as relações entre as crianças e o mundo adulto.

Assim, pode o Ministério Público e o conselho tutelar estabelecerem, de forma articulada, um fluxo de atendimento que possibilite: a) a orientação dos pais, responsáveis e dos profissionais que trabalham nas instituições de educação infantil acerca do direito ao respeito inscrito na legalidade estatal (art. 227 da CF de 1988 e art. 17 do Estatuto da Criança e do Adolescente); b) a abertura de um canal de comunicação para aproximação entre pais e responsáveis e conselho tutelar, para possíveis notícias de crimes cometidos contra as crianças no âmbito das creches e pré-escolas; c) a comunicação rápida da notícia de suposto crime, possibilitando assim uma investigação célere e efetiva.

---

<sup>238</sup> Para a análise dos instrumentos de atuação jurídico-políticos do Ministério Público: itens 4.4 e 4.5 infra.

#### 4.4 As lutas pelo acesso às instituições de educação infantil: instrumentos de atuação jurídico-políticos

Considerando que é dever do Ministério Público lutar pela efetividade do direito à educação infantil, essas lutas podem ser pensadas considerando duas frentes principais, quais sejam, garantia de acesso das crianças às instituições de educação infantil (creches e pré-escolas) e busca de qualidade da educação infantil ofertada.

Frise-se que a relação entre quantidade e qualidade não se trata de um verdadeiro dilema.<sup>239</sup> Isso porque o atendimento de toda a quantidade é um dos fatores de qualidade (social) da educação infantil, que deve ser democratizada e inclusiva.<sup>240</sup> O horizonte deve ser de distribuição democrática e igualitária das vagas.

Em relação à luta pelo acesso, deve-se mais uma vez esclarecer que todas as crianças cujos responsáveis tenham optado<sup>241</sup> pelo exercício do direito à educação infantil tem o direito de frequentar creches e pré-escolas públicas.

Ainda quanto ao acesso, devem os quadros do Ministério Público estar atentos para as desigualdades de classe e étnico-raciais que ainda caracterizam o acesso às instituições de educação infantil.<sup>242</sup> Assim, sua atuação deve ser orientada para a superação dessas desigualdades.

Pois bem. Considerando o dever do Ministério Público e o direito das crianças ao acesso às instituições de educação infantil, o ordenamento jurídico brasileiro colocou à disposição dos membros do *parquet* instrumentos de atuação jurídico-políticos para cumprimento de seu dever de garantir o acesso das crianças às creches e pré-escolas.

Estes instrumentos podem ser, grosso modo, divididos em dois grandes grupos, quais sejam, instrumentos administrativos ou extrajudiciais e instrumentos judiciais.

---

<sup>239</sup> Nesse sentido: item 2.1 supra.

<sup>240</sup> CORTELLA, Mário Sérgio. **A escola e o conhecimento**: fundamentos epistemológicos e políticos. 10. ed. São Paulo: Cortez/Instituto Paulo Freire, 2006. p. 14.

<sup>241</sup> Anote-se que a opção pela matrícula, atualmente, diz respeito somente às creches, eis que a Emenda Constitucional n. 59, de 2009, estabeleceu a obrigatoriedade da matrícula das crianças de 4 e 5 anos na pré-escola.

<sup>242</sup> Chamando a atenção para essas desigualdades: SILVA, Ana Paula Soares da. Creche e pré-escola na construção da democracia. **Revista Educação**, São Paulo, Esp. Educação Infantil, p. 14-25, 2011. p. 15-16.

Anote-se, neste momento, que deve o Ministério Público ter inicialmente como meta a solução direta da questão referente ao acesso da criança nas instituições de educação infantil, privilegiando os instrumentos extrajudiciais ou administrativos de atuação jurídico-políticos.<sup>243</sup>

Os instrumentos extrajudiciais podem contribuir para que o Ministério Público funcione como instância resolutiva da questão.<sup>244</sup> Eles possibilitam, em última análise, que o *parquet* possa politizar e desjuridicalizar sua forma de atuação, num modelo que Marcelo Pedrosa Goulart denominou, de forma bastante adequada, de Ministério Público resolutivo.<sup>245</sup>

Dentre os instrumentos extrajudiciais ou administrativos de atuação jurídico-políticos, podem ser mencionados, dentre outros: inquéritos civis, realização de audiências públicas e compromissos de ajustamento de conduta.

Em relação ao inquérito civil, cumpre destacar que ele foi previsto no âmbito da legalidade estatal inicialmente no art. 8º, §1º, da Lei n. 7.347/1985 e se trata de instrumento exclusivo do Ministério Público. Posteriormente, esse instrumento de atuação foi constitucionalizado (art. 129, inc. III, da CF de 1988).

No âmbito do direito da criança e do adolescente, houve uma ampliação do objeto do inquérito civil, com a previsão legal de que este procedimento objetiva proteger não só interesses difusos e coletivos, mas também interesses individuais (art. 201, inc. V, da Lei n. 8.069/1990).

Paulo Afonso Garrido de Paula esclarece que, em verdade, não há direito simplesmente individual da criança. Isso porque a validação do direito da criança interessa tanto a ela, criança, quanto à sociedade, tratando-se, assim, no mínimo, de direito socioindividual.<sup>246</sup>

Anote-se que o inquérito civil não tem por finalidade apenas e tão somente apurar um fato certo com o objetivo de fundamentar o ajuizamento de uma ação civil pública, em uma perspectiva demandista.

---

<sup>243</sup> GOULART, Marcelo Pedrosa. **Ministério público e democracia: teoria e práxis**. Leme: LED Editora de Direito, 1998. p. 121.

<sup>244</sup> MACHADO, Antônio Alberto. **Ministério público: democracia e ensino jurídico**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 162.

<sup>245</sup> GOULART, op. cit., p. 119-123.

<sup>246</sup> PAULA, Paulo Afonso Garrido de. **Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 91.

Conforme já afirmado, este procedimento administrativo pode contribuir para que o Ministério Público consiga garantir o acesso de crianças às instituições de educação infantil, sem a necessidade de ajuizamento de demanda judicial.

Vale deixar consignado que os poderes conferidos ao membro do Ministério Público no âmbito do inquérito civil permitem construir um diagnóstico mais preciso a respeito de eventuais filas de espera e da demanda efetiva e potencial em relação às instituições de educação infantil em determinado território.

As audiências públicas são fundamentais para a efetividade da atuação ministerial na luta pela eficácia social do direito à educação infantil, garantindo o acesso das crianças às creches e pré-escolas.

Inúmeros são os papéis destas audiências. Anote-se que a sua realização permite, dentre outros pontos: identificar o problema da falta de acesso, dando visibilidade a ele e, com essa visibilidade, um maior número de pessoas pode se apropriar do conteúdo de seus direitos; identificar aliados estratégicos para encaminhar a forma de atuação do Ministério Público naquela conjuntura; conferir maior legitimidade e força política à atuação ministerial.

Conforme já afirmado na introdução deste trabalho, por ocasião da formação do Grinfad<sup>247</sup>, foi muito importante a realização de três audiências públicas, nas quais foi identificado o problema de falta de acesso das crianças às instituições de educação infantil na região de Ribeirão Preto e Franca.

O compromisso de ajustamento de conduta tem previsão normativa no art. 5º, §6º, da Lei n. 7.347/1985, tendo sido inserido pelo art. 113 do Código de Defesa do Consumidor.

Trata-se de instrumento de atuação jurídico-político, colocado à disposição do Ministério Público (e de outros órgãos públicos legitimados para a ação civil pública), com natureza de título executivo extrajudicial, fundamental para acelerar o processo histórico no sentido de garantir o acesso das crianças às creches e pré-escolas.

Considerando a urgência da tutela devida a crianças e o tempo gasto pelo Poder Judiciário para entrega da tutela jurisdicional, a resolução da questão por meio do compromisso de ajustamento de conduta possibilita, frise-se, uma maior efetividade da atuação ministerial.

---

<sup>247</sup> Sobre o Grinfad: item 4.6 infra.

Além dos dados levantados por ocasião do inquérito civil, um parâmetro concreto a ser levado em conta pelos membros do Ministério Público para fixação do número de vagas necessário para o atendimento das crianças em creches pode ser encontrado no Plano Nacional de Educação (Lei n. 10.172/2001)<sup>248</sup>, enquanto não entra em vigor o novo plano, atualmente em discussão no Congresso Nacional.

Quanto aos instrumentos judiciais de atuação jurídico-políticos para a luta pelo acesso das crianças às instituições de educação infantil, inicialmente cumpre fazer três considerações preliminares.

A primeira delas é a de que, já tendo sido abordada a questão relativa à incidência do princípio de interpretação constitucional da máxima efetividade também em relação às normas processuais<sup>249</sup>, deve-se ter em conta que “[...] são admissíveis todas as espécies de ações pertinentes” para a defesa judicial do direito à educação infantil (art. 212 do ECA).

A segunda consideração preliminar é a de que, no tocante às ações relativas à luta pela efetividade do direito à educação infantil, no âmbito do Poder Judiciário, a competência absoluta para o seu julgamento é do Juízo da Infância e Juventude (art. 148, inc. IV c.c art. 208, inc. III, c.c art. 209, todos do ECA).

A terceira consideração é a de que os membros do Ministério Público devem ter em conta, por ocasião da escolha do instrumento judicial de atuação, a possibilidade de adoção de táticas de litigância individual ou coletiva.

Esclareça-se. Considerando que o paradigma liberal orientou o desenvolvimento da teoria do direito a partir principalmente do século XIX<sup>250</sup>, e considerando o individualismo característico do pensamento liberal, percebe-se certa resistência por parte de alguns membros do Poder Judiciário em conferir maior efetividade à tutela coletiva.

Exemplificando, é possível perceber que alguns julgadores consideram plenamente possível que o Poder Judiciário determine que seja garantido o acesso a uma instituição de educação infantil para uma criança específica, mas esses mesmos julgadores resistem em admitir o ajuizamento de uma demanda para garantir o acesso às creches e pré-escolas para todas as crianças de um determinado bairro do Município.

---

<sup>248</sup> Item 1.9 supra.

<sup>249</sup> Conforme item 3.4 supra.

<sup>250</sup> A esse respeito: item 3.3 supra.

É preciso não perder de vista esta conjuntura. Registre-se, apenas, que a luta com a utilização de instrumento de tutela coletiva tem o potencial de acelerar o processo histórico relacionado à garantia do acesso das crianças às creches e pré-escolas. No entanto, nem sempre, no caso concreto, essa tática será a mais indicada.

Dentre os instrumentos judiciais de atuação jurídico-políticos, sem caráter exaustivo, cumpre discorrer brevemente sobre o mandado de segurança, a ação coletiva ou ação civil pública e a ação de improbidade administrativa.

Em relação ao mandado de segurança<sup>251</sup>, vale inicialmente destacar que, sendo criação do direito brasileiro com o desenvolvimento da chamada “doutrina brasileira do habeas corpus”, o mandado de segurança se constitui em uma garantia constitucional fundamental (art. 5º, inc. LXIX, CF de 1988).

Registre-se que o disposto no art. 212, §2º, do ECA repetiu o art. 5º, inc. LXIX, da Constituição Federal (1988), não tendo trazido inovação digna de nota.

Considerando que o procedimento do mandado de segurança, atualmente previsto na Lei n. 12.016/2009, pode ser caracterizado como “sumaríssimo especial”, pode-se concluir que se trata de instrumento compatível e adequado para a tutela (de urgência) dos direitos de crianças.

Para a prova do direito líquido e certo da criança ao acesso às creches e pré-escolas, os documentos necessários para o ajuizamento desta ação mandamental são: documento pessoal (em regra, certidão de nascimento) da criança (que comprove sua idade de zero a cinco anos); comprovante de residência; negativa ou ausência de resposta por parte da autoridade competente à solicitação da vaga (Prefeitura Municipal; Secretaria Municipal de Educação).

No que tange à ação civil pública ou ação coletiva<sup>252</sup>, cumpre registrar que se trata de instrumento com dignidade constitucional (art. 129, inc. III, CF de 1988),

---

<sup>251</sup> Discorrendo sobre os principais aspectos relacionados ao mandado de segurança: BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 186-198; ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação)**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 272-289.

<sup>252</sup> Para uma discussão terminológica acerca da diferenciação entre ação civil pública e ação coletiva: VIGLIAR, José Marcelo Menezes. Ação civil pública ou ação coletiva? In: MILARÉ, Edis (Coord.). **Ação civil pública: Lei 7.347/1985 – 15 anos**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 441-457.

consistindo em um instrumento para tutela de direitos e interesses massificados, sejam difusos, coletivos ou mesmo individuais homogêneos.<sup>253</sup>

Vale destacar, ainda, que a ação civil pública pode ser um meio adequado para a exigência de implantação de políticas públicas. Anote-se que a Constituição Federal não restringiu o objeto da ação civil pública (art. 5º, inc. XXXV e art. 129, inc. III), vigorando o princípio da não taxatividade deste instrumento de atuação.<sup>254</sup>

Assim, exemplificando, pode o Ministério Público ajuizar ação coletiva em face da Prefeitura de um determinado Município, com o objetivo de que todas as crianças de um determinado bairro sejam atendidas em instituições de educação infantil.

Registre-se que devem ser adotadas medidas prévias antes da utilização deste poderoso instrumento. Isso porque uma demanda muito genérica e abstrata, sem prévia mobilização social e sem a formação de alianças estratégicas, pode resultar em um fracasso da luta pelo acesso das crianças à educação infantil.

Assim, antes de entrar com a ação e ainda no exemplo acima citado, os membros do Ministério Público podem realizar audiência pública naquele bairro que não possui instituição de educação infantil, orientando a população sobre seus direitos e dando visibilidade ao tema.

O Ministério Público também pode estabelecer um local naquele bairro para cadastramento de crianças que estão tendo seu direito à educação infantil negado. Pode e deve tentar, previamente, a formalização do compromisso de ajustamento de conduta. A recusa da Prefeitura Municipal em firmar o compromisso deve ser objeto de esclarecimento para a opinião pública.

Todas essas medidas contribuem para preparar adequadamente o espaço de luta no âmbito específico do Poder Judiciário, quando o caso, conferindo maior possibilidade de sucesso ao julgamento de ação civil pública.

Quanto à ação de improbidade administrativa, cumpre destacar que após a previsão constitucional das sanções cabíveis aos atos de improbidade administrativa

---

<sup>253</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro**: um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação). São Paulo: Saraiva, 2003. p. 305-306. Sobre a distinção entre interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, dentre outros, vale conferir: MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição coletiva e coisa julgada**: teoria geral das ações coletivas. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 86-105.

<sup>254</sup> Ibid., p. 342-343.

(art. 37, §4º, CF de 1988), adveio a Lei n. 8.429/1992, tipificando os atos de improbidade.

Anote-se que a ação de improbidade administrativa, em verdade, se trata de espécie de ação coletiva, eis que a probidade administrativa se constitui num direito difuso.<sup>255</sup>

Não cabe aqui discorrer pormenorizadamente a respeito desse importante instrumento de atuação jurídico-político, colocado à disposição dos quadros do Ministério Público e da pessoa jurídica interessada (conforme art. 17 da Lei n. 8.429/1992).

Apenas, no que tange especificamente à luta pelo acesso às instituições de educação infantil, a ação de improbidade é cabível nos casos em que for constatado que o prefeito municipal e o secretário municipal de educação estão descumprindo, de forma ilegal e irresponsável, compromissos de ajustamento de conduta firmados ou decisões judiciais que garantem o acesso de crianças de zero a cinco anos às instituições de educação infantil.

É claro que ocorrendo o descumprimento de compromisso de ajustamento de conduta, é possível o ajuizamento de ação executiva. Também é possível exigir o cumprimento judicial de decisão judicial prolatada a respeito.

No entanto, em alguns casos, continua havendo relutância por parte da autoridade pública para cumprir as determinações judiciais, o que acarreta a imposição de penalidades à Fazenda Pública Municipal e, principalmente, acarreta a negativa de um direito fundamental, social e subjetivo das crianças ao acesso às instituições de educação infantil.

Diante desse quadro, vislumbra-se a caracterização do ato de improbidade administrativa, tipificado no art. 11 da Lei n. 8.429/1992, pelo que fica aberta a possibilidade de responsabilização pessoal da autoridade pública em questão, em virtude de sua conduta.

---

<sup>255</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro**: um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação). São Paulo: Saraiva, 2003. p. 452.

#### 4.5 As lutas pela qualidade do direito à educação infantil: instrumentos de atuação jurídico-políticos

No que tange à luta pela qualidade do direito à educação infantil, a ser travada no âmbito do sistema de administração de justiça, inicialmente cumpre retomar brevemente argumentos já desenvolvidos no presente trabalho e que dizem respeito exatamente à qualidade da educação infantil.<sup>256</sup>

Quando se trata de avaliar a qualidade da educação institucional, uma questão preliminar e necessária precisa ser abordada, qual seja, qual é a função sociopolítica que cabe a esta educação institucional.

Isso porque somente a partir da fixação de sua função sociopolítica, é possível orientar as lutas pela qualidade da educação infantil, inclusive no âmbito do sistema de administração de justiça.

De forma sintética, pode-se afirmar que direito à educação infantil de qualidade é aquele que caminha no sentido da libertação do ser humano, ou seja, aquele que garante integralmente os direitos humanos das crianças pequenas; que possibilita a igualdade de oportunidades entre homens e mulheres, rompendo com as relações de dominação de gênero; que respeita as diversas configurações dos arranjos familiares atuais; que contribui para a garantia do direito à convivência familiar.

Cumpre reiterar que as Diretrizes Curriculares Nacionais da Educação Infantil (DCNEI – Resolução CNE/CBE 05, de 17 de dezembro de 2009)<sup>257</sup> especificaram a função sociopolítica e pedagógica das instituições de educação infantil, tratando-se de referência importante para se pensar na qualidade da educação infantil.

Frise-se que o art. 7º das DCNEI estabeleceu cinco elementos para que a função sociopolítica e pedagógica das creches e pré-escolas seja efetivada plenamente, ampliando o disposto no art. 29 da Lei n. 9.394/1996.

Este o horizonte a ser perseguido por ocasião das lutas a serem travadas, também no âmbito do sistema de administração de justiça, a respeito da qualidade da educação infantil.

---

<sup>256</sup> Conforme item 2.2 supra.

<sup>257</sup> BRASIL. Ministério da Educação. Conselho Nacional de Educação. Resolução n.5, de 17 de dezembro de 2009. Fixa as Diretrizes Curriculares Nacionais para a educação infantil. **Diário Oficial da União**, Brasília-DF, 18 dez. 2009, Seção 1. Disponível em: <portal.mec.gov.br>. Acesso em: 10 ago. 2011. p. 18.

Os instrumentos de atuação jurídico-políticos colocados à disposição dos membros do Ministério Público para a luta pela qualidade da educação infantil são praticamente os mesmos daqueles utilizados para a luta pelo acesso. Assim, eles também podem ser divididos em dois grandes grupos, quais sejam, instrumentos administrativos ou extrajudiciais e instrumentos judiciais.

Também aqui, o Ministério Público deve ter como meta a solução direta da questão referente à qualidade do atendimento da criança nas instituições de educação infantil, privilegiando os instrumentos extrajudiciais ou administrativos de atuação jurídico-políticos.<sup>258</sup>

Dentre os instrumentos extrajudiciais ou administrativos de atuação jurídico-políticos, podem mais uma vez ser mencionados, dentre outros: inquéritos civis, realização de audiências públicas e compromissos de ajustamento de conduta.<sup>259</sup>

Não havendo necessidade de novamente discorrer sobre estes instrumentos, apenas cumpre apontar algumas possibilidades de lutas pela qualidade do direito à educação infantil, no âmbito extrajudicial.

O inquérito civil pode ter por objeto a fiscalização e investigação da correta destinação do dinheiro empregado na manutenção e desenvolvimento da educação. A prevenção e repressão dos desvios de dinheiro público na área têm impacto direto na qualidade do atendimento às crianças.

Pode se pensar, também, em uma atuação ministerial por meio da instauração de inquérito civil cujo objetivo seja fomentar a articulação e efetivo funcionamento, com autonomia, dos diversos conselhos ligados de alguma forma às creches e pré-escolas (conselhos de escola, conselhos de fiscalização de merenda escolar, conselhos de fiscalização das verbas do Fundeb, conselhos municipais de educação).

A realização de audiências públicas pode levar à identificação de problemas específicos de determinada instituição de educação infantil como, por exemplo, falta de docente ou má qualidade da merenda fornecida, abrindo novas possibilidades de atuação do *parquet*.

Quanto aos termos de compromisso de ajustamento de conduta, existem cláusulas que podem ser inseridas nos acordos que guardam relação direta com a

---

<sup>258</sup> GOULART, Marcelo Pedroso. **Ministério público e democracia**: teoria e práxis. Leme: LED Editora de Direito, 1998. p. 121.

<sup>259</sup> Em relação aos instrumentos extrajudiciais de atuação jurídico-políticos: item 4.4 supra.

qualidade do atendimento. Pense-se, por exemplo, na exigência de que não haja a chamada ampliação “mágica” de vagas (transformação de vagas de período integral em vagas que atendem meio período).

Acrescente-se a possibilidade de instauração de procedimentos de investigação criminal, para apurar eventual ocorrência de crime no âmbito das instituições de educação infantil (por exemplo, maus tratos, lesões corporais ou mesmo crimes de torturas praticados contra crianças atendidas em instituições de educação infantil).

Cumpra lembrar, sobre este ponto, que o art. 227 da CF de 1988 e os arts. 17 e 18 do ECA garantem o direito ao respeito e à “inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança”, sendo dever de todos colocá-las a salvo de tratamento violento.

Trata-se de registro importante porque, ainda na atualidade, existem pessoas que sustentam que um dos instrumentos educativos pode ser a utilização de violência (defendendo-se a chamada “palmada pedagógica”).

Ora, educação não combina com violência! Assim, é preciso lutar contra todas as formas de violência, notadamente aquelas que atingem as crianças em sua primeira infância e que impedem seu pleno desenvolvimento.

Por essa razão, a atuação ministerial no sentido de prevenir situações de violência no âmbito de instituições de educação infantil e de punir quando da ocorrência de crimes mostra-se importante para a garantia da qualidade do direito à educação infantil.

Quanto aos instrumentos judiciais de atuação jurídico-políticos para a luta pela qualidade do atendimento das crianças nas instituições de educação infantil, cumpre esclarecer que, também aqui, no âmbito do Poder Judiciário, a competência absoluta para o julgamento das ações é do Juízo da Infância e Juventude (art. 148, inc. IV c.c art. 208, inc. III, c.c art. 209, todos do Estatuto da Criança e do Adolescente).

Anote-se, por oportuno, que o art. 208, *caput*, do ECA prevê a possibilidade de ajuizamento de “ações de responsabilidade” não somente pelo não oferecimento de atendimento em creches e pré-escolas, mas também por sua oferta irregular.

Dentre os instrumentos judiciais de atuação jurídico-políticos, podem ser apontados o mandado de segurança, a ação coletiva ou ação civil pública e a ação de improbidade administrativa.<sup>260</sup>

Acrescente-se ainda a possibilidade do ajuizamento de ação criminal na hipótese de haver prova da materialidade e indícios suficientes de autoria de crimes cometidos contra a criança no âmbito das instituições de educação infantil.

Para finalizar este tópico, cumpre reafirmar que a luta pela qualidade do direito à educação infantil, no âmbito do sistema de administração de justiça, para ser legítima, deve ter por horizonte o cumprimento de sua função sociopolítica e pedagógica. Do contrário, podem ocorrer equívocos nada desprezíveis.

Assim, quando se ajuíza uma demanda, por exemplo, para efetivação de matrícula de criança em etapa do ensino fundamental, apesar de sua idade ser inferior a seis anos, gerando a chamada “escolarização precoce”, está sendo desrespeitado o direito da criança de viver o seu tempo presente.

Também o ajuizamento de ações para que as instituições de educação infantil permaneçam com atendimento durante todo o ano, sem férias escolares ou recesso, é equivocada.

Relembre-se que, a partir de 1988, houve a expressa incorporação da educação infantil no âmbito da educação pelo texto constitucional.<sup>261</sup> Antes disso, ela estava ligada (notadamente as creches), de forma preponderante, à área da assistência social.

Ora, as férias e recessos nas instituições de educação são importantes, dentre outros aspectos, para a manutenção dos prédios e para a avaliação e realização das práticas educativas.

Acrescente-se, em relação às instituições de educação infantil, a questão relativa ao direito de férias dos profissionais que atuam nas creches e pré-escolas, sendo certo que a relação entre a criança e seu educador de referência fica sujeita à substituição.

Diante desse quadro, sem prejuízo de serem construídas alternativas pelo poder público para as famílias que não podem permanecer com seus filhos durante os períodos de recessos e férias escolares, tem-se que é admissível a existência de

---

<sup>260</sup> Quanto aos instrumentos judiciais de atuação jurídico-políticos: item 4.4 supra.

<sup>261</sup> Conforme item 1.8 supra.

períodos destinados a férias e a recesso em instituições de educação infantil, sendo que essa existência é um fator de qualidade da educação infantil.<sup>262</sup>

#### 4.6 Um exemplo de organização das lutas relativas à efetividade do direito à educação infantil: o Grinfad

Cumprir reafirmar que fonte material do direito são as lutas sociais, que se desenvolvem não só no sentido de inscrever os direitos na legalidade estatal, mas também no sentido de tirá-los do papel, transformando a realidade.

Com essa percepção, deve se pensar na importância em relação à definição territorial de atuação dos membros do Ministério Público. Conforme pondera Marcelo Pedroso Goulart:

A divisão da base espacial de atuação do Ministério Público deve ser repensada. A divisão por comarca não mais atende às expectativas da sociedade, pois conspira contra a efetividade da atuação institucional. [...] É preciso estabelecer novas escalas espaciais de atuação, que leve em conta o território como instância de disputa de poder entre os diferentes atores sociais e, conseqüentemente, instância de luta pela efetivação dos direitos fundamentais.<sup>263</sup>

A questão da organização territorial, ainda, deve ser pensada em conjunto com a questão relacionada à especialização temática. Isso porque, no campo das lutas por determinado direito social, em razão da necessidade de que o membro do Ministério Público compreenda adequadamente o processo histórico de afirmação deste direito e conheça os seus condicionamentos atuais, a especialização temática mostra-se importante para contribuir para a efetividade institucional.

Constatando-se a necessidade de redefinição das escalas espaciais em alguns temas ligados à infância e juventude, alguns promotores de justiça com atribuição nesta área das regiões de Franca e Ribeirão Preto decidiram se reunir para articular sua forma de atuação.

---

<sup>262</sup> Nesse sentido o parecer CNE/CEB n. 8/2001, aprovado em 7/7/2011, processo n. 23001.000049/2011-19, relator César Callegari, com o desenvolvimento de diversos argumentos no sentido de defender a admissibilidade de períodos destinados a férias e a recessos em instituições de educação infantil.

<sup>263</sup> GOULART, Marcelo Pedroso. Ministério público: estratégia, princípios institucionais e novas formas de organização. IN: LIVIANU, Roberto (Coord.). **Justiça, cidadania e democracia**. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo: Ministério Público Democrático, 2006. p. 142.

Desde o início, o Grupo de Atuação Regional deliberou convidar para as iniciativas os promotores de justiça das regiões de Franca e Ribeirão Preto, comunicando a todos sobre as ações que estavam sendo desenvolvidas, sendo a adesão ao grupo realizada de maneira voluntária.

Digna de nota foi a participação do assistente técnico Adriano Puntel Gosuen, psicólogo e especialista na área, fornecendo suporte teórico e administrativo para as ações do grupo.

O primeiro encontro ocorreu em 7 de outubro de 2005, tendo sido convidados 53 promotores de justiça (conforme o aviso n. 541/05, do Procurador Geral de Justiça, de 05.10.2005).

Depois de algumas reuniões, aderiram efetivamente ao grupo, batizado por seus membros de Grinfad, os Promotores de Justiça que ocupavam os cargos com atribuição da área da infância e juventude de Brodowski, Jardinópolis, Morro Agudo, Orlândia, Pontal, Ribeirão Preto, Sertãozinho e Viradouro.

A partir de então, o Grupo de Atuação Regional passou a se encontrar, deliberando, com base na Constituição Federal (1988) e nos Planos e Programas de Atuação, iniciar a atuação integrada na defesa do direito fundamental à educação, com foco nos temas da educação infantil e gestão democrática do ensino.

Uma das primeiras iniciativas do Grinfad consistiu na organização de eleições conjuntas para os conselhos de escola, envolvendo 54 municípios e 822 instituições educacionais, no ano de 2006.

Tratou-se de iniciativa que, desenvolvida em aliança com as Secretarias Municipais de Educação e Diretorias Regionais de Ensino, objetivou fomentar a efetiva participação da comunidade nos conselhos de escola – espaços de gestão democrática da escola, cuja tarefa principal é a elaboração do projeto pedagógico da unidade escolar que integra.

Essa iniciativa deu maior visibilidade aos conselhos de escola, promovendo debates sobre suas atribuições, formas de atuação e composição, auxiliando no processo de democratização da gestão escolar.

Anote-se que a ação levou ao conhecimento da população que estes espaços colegiados também podem (e devem) ser criados no âmbito das instituições de educação infantil, gerando a implantação de conselhos em algumas creches e pré-escolas.

No ano de 2007 foram realizadas três audiências públicas, nos municípios de Ribeirão Preto, Sertãozinho e Orlândia, objetivando colher subsídios para orientar a atuação do grupo.

A partir da experiência do Grinfad e das audiências públicas realizadas no ano de 2007, foi formulado Plano de Ação para os anos de 2007/2008, com alguns eixos de atuação.

No período, e empregando diversos instrumentos de atuação jurídico-políticos, foram firmados diversos termos de compromisso de ajustamento de conduta relacionados principalmente à garantia de acesso das crianças às instituições de educação infantil, além de terem sido ajuizadas ações coletivas no período.

Então, foi encaminhada proposta de formalização do Grinfad para a Procuradoria Geral de Justiça, o que ainda não ocorreu, fator que acabou por gerar uma desmobilização dos membros do grupo.

Acrescente-se que houve algumas mudanças nos ocupantes dos cargos de promotores de justiça da infância e juventude que faziam parte do grupo (em virtude de movimentações na carreira), o que também foi fator de desmobilização.

Avaliando esta iniciativa, marcada pelo empirismo, é possível concluir que a atuação regional na luta pelo direito à educação infantil contribuiu para dar visibilidade à questão relacionada à falta de efetividade desse direito.

Por outro lado, a ação articulada e conjunta dos membros do Ministério Público possibilitou a apropriação de diversos conhecimentos específicos por parte dos quadros do *parquet* e conferiu maior força política por ocasião das tentativas de se firmar compromissos de ajustamento de conduta com as prefeituras municipais a respeito da garantia de acesso das crianças às instituições infantis.

Os limites da iniciativa também devem ser apontados. A ausência de formalização no âmbito institucional e as movimentações na carreira levaram a uma desmobilização do grupo, inclusive dificultando a obtenção de dados mais precisos sobre o resultado das ações.

De qualquer sorte, a experiência do Grinfad permite avaliar a importância de se pensar novas formas de divisão da base espacial de atuação do Ministério Público e sobre a importância de se pensar na criação de promotorias de justiça ou grupos especializados na atuação relacionada ao direito à educação no Brasil.

## CONCLUSÃO

O desenvolvimento da pesquisa permitiu confirmar a hipótese de que o Ministério Público pode e deve participar das lutas pela efetividade do direito à educação infantil no Brasil.

Para a análise de qual a melhor forma de atuação dos membros do Ministério Público no sentido de potencializar suas lutas, foi necessária a análise do processo histórico de afirmação do direito à educação infantil no âmbito da legalidade estatal.

Esta análise permitiu confirmar a suspeita inicialmente levantada de que os direitos surgem, afirmam-se e se realizam historicamente com o desenvolvimento de lutas sociais.

Assim é que, na segunda década do século XX, lutas sociais deram visibilidade para a questão relacionada à infância, levando ao surgimento das primeiras instituições de educação infantil no Brasil.

Nos anos de 1970, com a organização de movimentos sociais cuja base de atuação era o local de moradia das pessoas, que incluíram dentre suas reivindicações a existência de creches e pré-escolas, foi implantado o primeiro programa de educação infantil de massas do Brasil.

As grandes mobilizações no período constituinte pré-1988, tais como a *Criança e Constituinte* e a *Criança Prioridade Nacional*, levaram à inscrição do direito à educação infantil na legalidade estatal.

Ocorre que os membros do Ministério Público devem estar atentos para perceber que as lutas não têm por horizonte apenas a inscrição de um direito, ainda que legítimo, na lei.

Em verdade, a positivação pode representar um dos momentos do processo de realização de um direito, não o único. Sua importância decorre do fato de que, a partir da positivação, o sistema de administração de justiça passa, inquestionavelmente, a se configurar em um espaço importante para o desenvolvimento das lutas no sentido de buscar a realização histórica de um direito.

Essas considerações são importantes porque permitem que os membros do Ministério Público possam encarar a tarefa de busca pela efetividade do direito à educação infantil adequadamente, ou seja, inserindo-a no âmbito de um processo amplo de lutas sociais, travadas em diferentes sistemas ou subsistemas sociais, dentre os quais o sistema de administração de justiça.

Assim, pode-se afirmar que as lutas pela efetividade do direito à educação infantil não podem ser travadas de maneira ingênua ou descontextualizada, caso se tenha o objetivo de potencializar o embate.

De acordo com essa percepção, podem e devem os membros do Ministério Público participar de forma ativa nos processos que objetivam a realização histórica do direito a creches e pré-escolas.

Anote-se que esta participação, para ser exercida de forma consequente e articulada, exige a superação por parte dos membros do Ministério Público brasileiro dos limites de sua formação teórica, baseada de forma hegemônica no paradigma político liberal<sup>264</sup> e no paradigma científico do normativismo-positivista.<sup>265</sup>

O liberalismo convive muito mal com os direitos sociais. Estes, em verdade, foram conquistados contra o liberalismo. Diante disso, deve-se estar atento para as tentativas de esvaziamento do potencial transformador dos direitos sociais, em razão da adoção de uma concepção liberal (e, frequentemente, mercantil) desses direitos.

O positivismo-normativista, por sua vez, leva à concepção do direito como simples técnica de controle social, retirando a sua dignidade política e formando profissionais dóceis e conservadores, tenham estes a consciência disso ou não.

A mencionada superação dos limites da formação teórica dos membros do Ministério Público só será possível com o reencontro (dialético) entre teoria e práxis.

Cumprir registrar que o modelo de saber jurídico exclusivamente técnico, avalorativo e baseado em uma concepção individualista da sociedade deve ser submetido à crítica constante. Esta tarefa é necessária, mas não suficiente.

Considerando que, em uma sociedade capitalista semiperiférica como a brasileira, a plena realização histórica dos direitos sociais se trata de uma utopia<sup>266</sup>, também é possível afirmar a necessidade histórica de projetar a constituição de novos paradigmas (científico e político) da teoria do direito.

Esta constituição será realizada historicamente, apenas, caso se desenvolva de forma coletiva, devendo o seu percurso ser iluminado com o desenvolvimento das lutas sociais.

---

<sup>264</sup> Sobre o paradigma liberal: item 3.3 supra. Sobre as consequências da adoção de postulados neoliberais para a efetividade do direito à educação infantil no Brasil: item 1.9 supra.

<sup>265</sup> A respeito do normativismo-positivista enquanto paradigma científico, com a avaliação de sua insuficiência para a adequada compreensão do direito à educação infantil: item 2.3 supra.

<sup>266</sup> Sobre a função da utopia e sobre a importância de sua recuperação histórica para a orientação das lutas sociais: item 2.2 supra.

Diante disso, com o desenvolvimento de sua práxis (entendida como atividade voluntária, reflexiva e transformadora), os membros do Ministério Público, ao participarem das lutas pela efetividade do direito à educação infantil, enfrentando as resistências que a realidade impõe, podem contribuir para o projeto de constituição de novos paradigmas (científico e político) da teoria do direito.

Por fim, registre-se que a projeção de constituição de novos paradigmas no âmbito da teoria do direito, em verdade, representa um desdobramento que amplia e aprofunda as questões inicialmente pesquisadas, devendo ser objeto de futuras pesquisas e reflexões.

Apresentadas as conclusões da pesquisa (e os novos questionamentos surgidos com essas conclusões), passa-se a arrolar, apenas para fins didáticos, os principais argumentos construídos e defendidos no curso deste trabalho:

**1.** Com base em uma concepção do direito como fenômeno multidimensional e como processo, no contexto do processo histórico, que se enriquece nos movimentos de libertação das classes e grupos ascendentes, animado pelas lutas sociais, o pensar dialético é aquele que melhor possibilita a compreensão deste fenômeno, por intermédio de suas categorias metodológicas do “movimento perpétuo”, da totalidade e da contradição.

**2.** A utilização da dialética é um dos contributos da proposta de compreensão do fenômeno jurídico sob a influência da filosofia da práxis. Anote-se que compreender o fenômeno jurídico sob essa influência contribui para destacar: a) a sua historicidade; b) que o direito não se resume ao direito estatal; c) a importância dos sujeitos históricos na construção e conquista dos direitos.

**3.** Para conferir maior potencial às lutas pela efetividade ou eficácia social de um direito, é necessária uma prévia compreensão do processo histórico de sua afirmação, com a análise de seus diversos condicionamentos, que não são intrínsecos a este direito. Em outros termos, esse é o nível de totalização mínimo para se enfrentar o desafio da efetividade de um direito.

**4.** As instituições educacionais (creches e pré-escolas) podem contribuir para a manutenção de uma situação de dominação, mas também podem possibilitar mudanças sociais. Assume-se, assim, um “otimismo crítico” em relação a essas instituições.

**5.** A história da educação infantil no Brasil é caracterizada pela insuficiência crônica do número de instituições de atendimento às crianças pequenas.

**6.** As lutas sociais nas duas primeiras décadas do século XX tornaram pública a questão social relativa à infância brasileira. No entanto, o estágio dessas lutas não permitiu que a educação infantil fosse conquistada como um direito inscrito na legalidade estatal.

**7.** As poucas instituições para atendimento da criança pequena surgidas no início do século XX foram orientadas pela chamada “assistência científica”, baseada na concepção de que o atendimento se trata de favor (e não direito), promovendo uma pedagogia da submissão.

**8.** Pode-se afirmar que o chamado “direito tutelar ou menorista”, que surge no período, regulou as relações existentes entre as crianças e o mundo adulto, no interior das instituições de educação infantil.

**9.** Lutas e movimentos sociais, em conjunto com outros fatores, desembocam na Revolução de 1930, que dá início ao período Vargas. Nesse momento, há uma expansão dos direitos sociais dos trabalhadores urbanos.

**10.** A expansão dos direitos sociais a partir de 1930 não incluiu o direito à educação infantil. No período, a única norma estatal de âmbito nacional que estabelece a obrigatoriedade de creches se encontrava na Consolidação das Leis do Trabalho e, em verdade, protegia a amamentação do bebê.

**11.** O manifesto dos pioneiros da educação nova de 1932 tem uma relativa importância para a história da educação infantil nacional, pois a inseriu no âmbito da discussão educacional. Até então, ela estava restrita ao âmbito sanitarista-assistencial.

**12.** Do ponto de vista sociodemográfico, a expansão dos processos de urbanização e industrialização nacional foi significativa no período entre 1946 e 1964. Esses processos ajudam a compreender as lutas que se seguiram e que geraram o processo de ampliação do número de creches e pré-escolas, a partir da década de 1970 do século XX.

**13.** Jogar luz sobre o processo histórico de discussão e aprovação da Lei n. 4.024/1961, a primeira lei de diretrizes e bases da educação nacional, contribui para a compreensão de uma tensão que ainda se encontra presente neste início da segunda década do século XXI, em relação ao direito à educação infantil, qual seja, a relação entre o público e o privado na educação brasileira.

**14.** A análise sobre o processo de formação da Lei n. 5.692/1971, segunda lei de diretrizes e bases da educação nacional, permite extrair duas lições úteis para a

atual condição histórica do direito à educação infantil. A primeira delas diz respeito à necessidade de não menosprezar condicionamentos advindos de concepções importadas (em alguns casos, impostas) de países e organismos internacionais. A segunda lição diz respeito à importância da efetiva participação popular no processo de concepção, discussão e aprovação de uma lei.

**15.** Na década de 1970 do século XX, movimentos sociais organizados no local de moradia das pessoas passam a reivindicar o atendimento de crianças em creches e pré-escolas. Nesse período, a Legião Brasileira de Assistência (LBA) implanta o Projeto Casulo, considerado o primeiro programa de educação infantil de massas do Brasil.

**16.** Durante o processo constituinte, houve a organização de duas grandes mobilizações chamadas *Criança e Constituinte* e *Criança Prioridade Nacional*, que contribuíram decisivamente para a inserção no texto constitucional de 1988 da educação infantil como direito da criança.

**17.** O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/1990) foi resultado de mobilização social contra o direito tutelar e adotou a doutrina da proteção integral, assentada em três pilares, quais sejam: o reconhecimento da criança e do adolescente como sujeitos de direitos; o reconhecimento da criança e do adolescente como seres humanos em condição peculiar de desenvolvimento; a prioridade absoluta para a promoção, proteção e defesa dos direitos da criança e do adolescente.

**18.** Dentre as dimensões da Lei n. 8.069/1990, deve ser destacada a previsão de instrumentos para exigir o cumprimento dos direitos das crianças e dos adolescentes.

**19.** A adoção de medidas político-econômicas neoliberais no Brasil, a partir do início dos anos 1990 do século XX, contribuiu significativamente para manutenção da baixa taxa de efetividade do direito à educação infantil.

**20.** Se comparada com as duas leis de diretrizes e bases da educação anteriores (Lei n. 4.024/1961 e Lei n. 5.692/1971), a atual LDB (Lei n. 9.394/1996) efetivamente representou um avanço no que diz respeito às normas relacionadas à educação infantil. No entanto, se avaliadas as perspectivas potenciais decorrentes da mobilização social e da aprovação do texto constitucional de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente, fica a impressão de que a atual LDB foi tímida, já refletindo o momento de refluxo das lutas sociais no período.

**21.** O Plano Nacional de Educação, aprovado pela Lei n. 10.172/2001, fixou objetivos e metas para a educação infantil brasileira que servem de parâmetro concreto para as lutas sociais objetivando garantir a efetividade do direito à educação infantil, seja em relação ao acesso, seja em relação à qualidade da educação.

**22.** As lutas sociais, compreendidas no contexto das modificações econômicas, sociodemográficas e culturais pelas quais passaram a sociedade brasileira, constituíram-se em fonte material para a inscrição do direito à educação infantil na legalidade estatal.

**23.** É possível e necessário aprimorar a positivação do direito à educação infantil no Brasil, adotando-se, por exemplo, o modelo de financiamento denominado “Custo Aluno Qualidade” (CAQ).

**24.** No que tange à manutenção do direito à educação infantil no âmbito da legalidade estatal brasileira, pode-se dizer que está sendo construído certo consenso em relação à importância da educação infantil (e da chamada “primeira infância”) para o desenvolvimento da criança. A supressão desse direito não se coloca em um horizonte muito próximo.

**25.** O dilema quantidade *versus* qualidade é falso, pois o atendimento de toda a quantidade é um dos fatores de qualidade (social) da educação infantil.

**26.** Existem concepções diferentes sobre a função sociopolítica e pedagógica da educação infantil. Uma importante e qualificada referência acerca deste tema pode ser encontrada nas atuais Diretrizes Curriculares Nacionais da Educação Infantil.

**27.** Direito à educação infantil de qualidade é aquele que caminha no sentido da libertação do ser humano, ou seja, aquele que garante integralmente os direitos humanos das crianças pequenas; que possibilita a igualdade de oportunidades entre homens e mulheres, rompendo com as relações de dominação de gênero; que respeita as diversas configurações dos arranjos familiares atuais; que contribui para a garantia do direito à convivência familiar. Assim, ficam explicitados os valores envolvidos com o direito à educação infantil.

**28.** Além de deformar o objeto de conhecimento, pois exclui arbitrariamente fatores que integram o fenômeno jurídico (gerando uma espécie de obstáculo epistemológico), a diretriz teórica proposta pelo paradigma científico do normativismo-positivista não contribui para resolver o problema da falta de

efetividade dos direitos humanos em geral e, em específico, do direito à educação infantil.

**29.** Os juristas podem contribuir para ampliar as conquistas de direitos das crianças em relação à educação infantil, por meio de práticas jurídicas orgânicas (legalidade sonogada, legalidade relida e legalidade negada). Essas práticas possibilitam o reencontro entre teoria e práxis, cuja separação esteve na base do processo de constituição histórica da dogmática jurídica.

**30.** O direito à educação infantil, no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, trata-se de um direito fundamental, tanto do ponto de vista formal quanto do ponto de vista material. Assim, trata-se de um direito situado no ápice do ordenamento jurídico estatal brasileiro, que não pode ser abolido pelo poder constituinte derivado, dotado de aplicabilidade imediata e que limita e vincula materialmente o âmbito de desenvolvimento da política.

**31.** A caracterização do direito à educação infantil como direito social tem por importância destacar a sua íntima relação com a busca da construção de uma sociedade mais igualitária, do ponto de vista material. Considerando que os direitos sociais foram formulados mais na perspectiva dos grupos e classes do que na perspectiva individual, há necessidade de superação da concepção estritamente liberal, individualista e formal acerca dos direitos humanos, para sua realização histórica.

**32.** A utilização da noção de direito subjetivo no âmbito dos direitos fundamentais pode contribuir para o aumento da taxa de efetividade dos direitos sociais, dentre os quais se inclui o direito à educação infantil. Para isso, no entanto, é preciso superar dialeticamente a concepção (liberal e individualista) de direito subjetivo.

**33.** As normas constitucionais que inscreveram o direito à educação infantil na legalidade estatal devem ser interpretadas à luz do princípio da máxima efetividade.

**34.** A incidência do princípio de interpretação constitucional da máxima efetividade deve influenciar tanto a interpretação das normas de direito material (direito fundamental social e subjetivo à educação infantil) quanto a interpretação das normas respectivas de direito processual, que são instrumentais àquelas de direito material.

**35.** São inconstitucionais as restrições (normativas e/ou administrativas) de condicionar a matrícula e permanência de crianças em instituições de educação infantil à comprovação de trabalho dos pais ou responsável. Também são inconstitucionais as restrições que impedem a permanência de criança em creche ou pré-escola quando sua mãe está em gozo de licença-maternidade pelo advento de outro filho.

**36.** No atual momento histórico, a tese da “reserva do possível” não é oponível, quando se está diante da promoção, proteção e defesa do direito fundamental social e subjetivo à educação infantil no Brasil.

**37.** No âmbito da discussão relativa à exigibilidade do direito à educação infantil, incide a norma (com natureza de regra) da proibição de retrocesso social, a garantir contra atos dos poderes estatais (notadamente do legislativo e executivo) o patamar de concretização do direito social já atingido no atual momento histórico.

**38.** Em face dos efeitos prospectivos da regra da proibição de retrocesso social, não pode o poder público praticar atos regressivos ou retrocessivos (e por isso inconstitucionais) no campo do direito à educação infantil, por exemplo, revogando dispositivos legais para redução ou supressão do direito ora analisado, ou mesmo fechando instituições públicas já criadas ou reduzindo vagas de forma injustificada.

**39.** A temática sobre a efetividade institucional do Ministério Público abrange inúmeras questões: desde a formação teórica dos promotores de justiça, passando pela própria efetividade da tutela jurisdicional até questões relacionadas à organização interna do Ministério Público como, por exemplo, a base territorial de atuação e mesmo a adequada divisão de atribuições no âmbito de uma promotoria de justiça.

**40.** A proposta de formulação de avaliação da efetividade do Ministério Público em termos tecnocráticos, com a adoção de padrões de organizações empresariais, é equivocada. Uma instituição como o Ministério Público brasileiro, que tem dentre suas funções institucionais a defesa do regime democrático, não pode ser administrada por critérios autoritários e típicos de organizações que não necessitam de reconhecimento social.

**41.** O Estado brasileiro se ampliou no curso do processo histórico, havendo atualmente uma relação mais equilibrada entre a sociedade política e a sociedade

civil. Assim, a categoria de Estado ampliado construída por Antonio Gramsci mostra-se adequada para a compreensão do Estado brasileiro atual.

**42.** Com base na análise da estratégia institucional e das funções atribuídas ao Ministério Público pela Constituição Federal de 1988 (notadamente, art. 3º c/c art. 127), pode-se afirmar que a instituição foi projetada para o âmbito da sociedade civil.

**43.** A ordem jurídica a ser defendida pelo Ministério Público é aquela construída prospectivamente, voltada para atingir os objetivos traçados no pacto constitucional de 1988, resolvendo problemas sociais reais e concretos, promovendo o bem de todos os brasileiros.

**44.** A análise de sua configuração constitucional permite concluir que cabe também ao Ministério Público a promoção, proteção e defesa dos direitos sociais, dentre os quais se inclui o direito à educação infantil. Essa função não é exclusiva da instituição ministerial.

**45.** Entre o projeto constitucional e o processo histórico efetivamente percorrido há diferenças. Cabe aos membros da instituição, individual e coletivamente, contribuir para que o processo histórico de transição da sociedade política para a sociedade civil seja acelerado, a fim de que o Ministério Público possa cumprir efetivamente as suas funções constitucionais.

**46.** No âmbito da sociedade civil, o Ministério Público não ocupa um espaço de imparcialidade ou neutralidade, devendo lutar junto com as classes e grupos ascendentes por seus legítimos direitos.

**47.** Para o adequado exercício de suas atribuições, faz-se necessário que os membros do Ministério Público identifiquem, nas circunstâncias concretas de sua atuação, alianças estratégicas para as lutas travadas no sentido de buscar a eficácia social do direito à educação infantil.

**48.** Dentre os aliados estratégicos no campo específico das lutas pela efetividade do direito à educação infantil, podem ser citados ao menos três: as universidades públicas, a Defensoria Pública e os conselhos tutelares.

**49.** Considerando que é dever do Ministério Público lutar pela efetividade do direito à educação infantil, essas lutas podem ser pensadas considerando duas frentes principais, quais sejam, garantia de acesso das crianças às instituições de educação infantil (creches e pré-escolas) e busca de qualidade da educação infantil ofertada.

**50.** Em relação às lutas pelo acesso, devem os membros do Ministério Público estar atentos para as desigualdades de classe e étnico-raciais que ainda caracterizam o acesso às instituições de educação infantil. Assim, sua atuação deve ser orientada para a superação dessas desigualdades.

**51.** As lutas pela qualidade do direito à educação infantil, no âmbito do sistema de administração de justiça, para serem legítimas, devem ter por horizonte o cumprimento da função sociopolítica e pedagógica desta etapa da educação básica. Do contrário, podem ocorrer equívocos nada desprezíveis.

**52.** O ordenamento jurídico brasileiro colocou à disposição dos membros do *parquet* instrumentos de atuação jurídico-políticos para cumprimento de seu dever de garantir o acesso e a qualidade do direito à educação infantil às crianças.

**53.** Em relação aos instrumentos extrajudiciais ou administrativos de atuação jurídico-políticos, podem ser mencionados, dentre outros, os inquéritos civis, a realização de audiências públicas e os compromissos de ajustamento de conduta.

**54.** Quanto aos instrumentos judiciais de atuação jurídica-políticos para as lutas pela efetividade do direito à educação infantil, podem ser citados o mandado de segurança, a ação civil pública e a ação de improbidade administrativa.

**55.** A escolha do instrumento de atuação a ser utilizado não é aleatória. Deve-se privilegiar, quando possível, a utilização dos instrumentos extrajudiciais, podendo o Ministério Público funcionar como instância resolutiva da questão. Na hipótese de necessidade de utilização dos instrumentos judiciais, a análise da conjuntura irá indicar a tática de litigância (se individual ou coletiva) mais adequada para as lutas pela efetividade do direito à educação infantil.

**56.** A experiência do Grinfad permite avaliar a importância de se pensar sobre novas formas de divisão da base espacial de atuação do Ministério Público e sobre a importância da criação de promotorias de justiça ou de grupos especializados na atuação relacionada ao direito à educação no Brasil.

## REFERÊNCIAS

- ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos fundamentais sociais**: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- AGUIAR, Roberto A. R. de. **O que é justiça**: uma abordagem dialética. 5. ed. São Paulo: Alfa Ômega, 1999.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro**: um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação). São Paulo: Saraiva, 2003.
- ANDERSON. Perry. Balanço do neoliberalismo. In: SADER, Emir; GENTILI, Pablo (Org.). **Pós-neoliberalismo**: as políticas sociais e o estado democrático. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995.
- ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima. **Direito moderno e mudança social**: ensaios de sociologia jurídica. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.
- AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Direito, justiça social e neoliberalismo**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.
- BARRETO, Vicente de Paulo. Reflexões sobre os direitos sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos fundamentais sociais**: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BARROSO, Luís Roberto. A doutrina brasileira da efetividade. In: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gérson Marques de; BEDÊ, Faya Silveira (Org.). **Constituição e democracia**: estudos em homenagem ao professor J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Malheiros, 2006.
- \_\_\_\_\_. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: \_\_\_\_\_. (Org.). **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- \_\_\_\_\_. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamento de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- \_\_\_\_\_. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Compiladas por Nello Morra. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

\_\_\_\_\_. **Ensaio sobre Gramsci e o conceito de sociedade civil**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira e Carlos Nelson Coutinho. 2. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

\_\_\_\_\_. **Liberalismo e democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2005.

BORGES, Paulo César Corrêa. **Direito penal democrático**. Franca: Lemos & Cruz, 2005.

BRASIL. Ministério da Educação. Conselho Nacional de Educação. Resolução n.5, de 17 de dezembro de 2009. Fixa as Diretrizes Curriculares Nacionais para a educação infantil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 18 dez. 2009, Seção 1. Disponível em: <portal.mec.gov.br>. Acesso em: 10 ago. 2011.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: \_\_\_\_\_. (Org.). **Políticas públicas**: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação**: uma contribuição ao estudo do direito. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CAMPANHA NACIONAL PELO DIREITO À EDUCAÇÃO. **Educação pública de qualidade**: quanto custa esse direito? São Paulo: Campanha Nacional pelo Direito à Educação, 2010. Disponível em: <<http://www.campanhaeducacao.org.br>> Acesso em: 13 jun. 2011.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Introdução e tradução de A. Menezes Cordeiro. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.

CÁRCOVA, Carlos Maria. Notas acerca de la teoría crítica del derecho. In: COURTIS, Cristian (Org.). **Desde otra mirada**: textos de teoría crítica del derecho. 2. ed. Buenos Aires: Eudeba, 2009.

CARRIJO, Menissa Cícera Fernandes de Oliveira Bessa. A educação infantil no âmbito da LDB 9394/96: ajustes e limitações contemporâneas. In: SILVA, Maria Vieira; MARQUES, Mária Rúbia Alves (Org.). **LDB**: balanços e perspectivas para a educação brasileira. Campinas, SP: Alínea, 2008.

CARVALHO, José Murilo. **Cidadania no Brasil**: o longo caminho. 10. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

CHAUÍ, Marilena. Roberto Lyra Filho ou da dignidade política do direito. In: LYRA, Doreodó Araújo (Org.). **Desordem e processo**: estudos sobre o Direito em homenagem a Roberto Lyra Filho, na ocasião do seu 60º aniversário. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1986.

COELHO, Luiz Fernando. **Teoria crítica do direito**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. **Ética**: direito, moral e religião no mundo moderno. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

CORTELLA, Mário Sérgio. **A escola e o conhecimento**: fundamentos epistemológicos e políticos. 10. ed. São Paulo: Cortez : Instituto Paulo Freire, 2006.

COSTA, Antonio Carlos Gomes da. De menor a cidadão. In: MENDEZ, Emílio Garcia; COSTA, Antonio Carlos Gomes da (Org.). **Das necessidades aos direitos**. São Paulo: Malheiros, 1994.

COUTINHO, Carlos Nelson. **A dualidade de poderes**: Estado, revolução e democracia na teoria marxista. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1987.

\_\_\_\_\_. **Intervenções**: o marxismo na batalha das idéias. São Paulo: Cortez, 2006.

\_\_\_\_\_. **Gramsci**: um estudo sobre o seu pensamento político. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

\_\_\_\_\_. **Contra a corrente**: ensaios sobre democracia e socialismo. São Paulo: Cortez, 2000.

\_\_\_\_\_. O conceito de política nos Cadernos do Cárcere. In: \_\_\_\_\_; TEIXEIRA, Andréa de Paula (Org.). **Ler Gramsci**: entender a realidade. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

\_\_\_\_\_. O ministério público na sistemática do direito brasileiro. **Justitia**, São Paulo, v.60, p. 394-403, 1999.

DUARTE, Clarice Seixas. Direito público subjetivo e políticas educacionais. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas públicas**: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

FARIA, José Eduardo. A noção de paradigma na ciência do direito: notas para uma crítica ao idealismo jurídico. In: \_\_\_\_\_. (Org.). **A crise do direito numa sociedade em mudança**. Brasília, DF: Ed. UnB, 1988.

\_\_\_\_\_. Introdução: o judiciário e desenvolvimento sócio-econômico. In: \_\_\_\_\_. (Org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 1994.

\_\_\_\_\_. Mitos e conflitos: os direitos humanos no Brasil. In: \_\_\_\_\_. (Org.). **A crise do direito numa sociedade em mudança**. Brasília, DF: Ed. UnB, 1988.

\_\_\_\_\_. **O estado e o direito depois da crise**. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. O judiciário e os direitos humanos e sociais: notas para uma avaliação da Justiça brasileira. In: \_\_\_\_\_. (Org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 1994.

\_\_\_\_\_. **Sociologia jurídica: direito e conjuntura**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 11. ed. São Paulo: Ed. USP, 2003.

FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A ciência do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980.

FERREIRA, Luiz Antonio Miguel; GARMS, Gilza Maria Zauhy. Educação Infantil e a Família: perspectiva jurídica desta relação na garantia do direito à educação. In: \_\_\_\_\_. **Temas de direito à educação**. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo: Escola Superior do Ministério Público, 2010.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido**. 46. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2005.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Políticas públicas: a responsabilidade do administrador e o ministério público**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

GHIRALDELLI JÚNIOR, Paulo. **História da educação brasileira**. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2009.

GOHN, Maria da Glória. **Movimentos sociais e educação**. 6. ed. São Paulo: Cortez, 2005.

GOULART, Marcelo Pedroso. **Ministério público e democracia: teoria e práxis**. Leme: LED, 1998.

\_\_\_\_\_. Ministério público: estratégia, princípios institucionais e novas formas de organização. In: LIVIANU, Roberto (Coord.). **Justiça, cidadania e democracia**. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo: Ministério Público Democrático, 2006.

GOULART, Marcelo Pedrosa. **O ministério público e as obrigações do estado na era da globalização**. 2002. 237 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de História, Direito e Serviço Social. Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho", Franca, 2002.

\_\_\_\_\_. Princípios institucionais do ministério público. In: RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org.). **Ministério público: reflexões sobre princípios e funções institucionais**. São Paulo: Atlas, 2010.

GRAMSCI, Antonio. **Cadernos do Cárcere**. Edição e tradução de Carlos Nélon Coutinho. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004. v.1.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Edição e tradução de Carlos Nélon Coutinho. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004. v.3.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Edição e tradução de Carlos Nélon Coutinho. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. v. 3.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Edição e tradução de Carlos Nélon Coutinho. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. v.5.

GUERRA, Yolanda. Direitos sociais e sociedade de classes: o discurso do direito a ter direitos. In: \_\_\_\_\_. FORTI, Valéria. (Org.). **Ética e direitos: ensaios críticos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.

GUETZÉVITCH, B. Mirkine. **As novas tendências do direito constitucional**. Tradução de Cândido Motta Filho. São Paulo: Ed. Nacional, 1933.

HESSE, Konrad. Significado dos direitos fundamentais. In: \_\_\_\_\_. **Temas fundamentais do direito constitucional**; textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009. (Série IDP/Saraiva – Direito Comparado).

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1984.

KONDER, Leandro. **O que é dialética**. 28. ed. São Paulo: Brasiliense, 2006. (Primeiros passos).

KOPITTKE, Alberto Liebling. **Introdução à teoria e a prática dialética do direito brasileiro: a experiência da Renap**. São Paulo: Expressão Popular, 2010.

KUHLMANN JÚNIOR, Moysés. A educação infantil no século XX. In: STEPHANOU, Maria; BASTOS, Maria Helena Câmara (Org.). **Histórias e memórias da educação no Brasil**. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2009. v. 3.

\_\_\_\_\_. **Infância e educação infantil: uma abordagem histórica**. 5. ed. Porto Alegre: Mediação, 2010.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 9. ed. São Paulo: Perspectiva, 2006.

LIBERATI, Wilson Donizeti; CYRINO, Púlio Caio Bessa. **Conselhos e fundos no estatuto da criança e do adolescente**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito, justiça e utopia. In: FARIA, José Eduardo (Org.). **A crise do direito numa sociedade em mudança**. Brasília, DF: Ed. UnB, 1988.

\_\_\_\_\_. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do judiciário no Estado social de direito. In: FARIA, José Eduardo (Org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 1994.

LÖWY, Michael. **As aventuras de Karl Marx contra o Barão de Münchhausen: marxismo e o positivismo na sociologia do conhecimento**. Tradução de Juarez Guimarães e Suzanne Felicie Léwy. 9. ed. São Paulo: Cortez, 2009.

\_\_\_\_\_. **Ideologias e ciência social: elementos para uma análise marxista**. 17. ed. São Paulo: Cortez, 2006.

LUMIA, Giuseppe. **Elementos de teoria e ideologia do direito**. Tradução de Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LYRA FILHO, Roberto. Desordem e processo: um posfácio explicativo. In: LYRA, Doreodó Araújo (Org.). **Desordem e processo: estudos sobre o direito em homenagem a Roberto Lyra Filho, na ocasião do seu 60º aniversário**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1986.

\_\_\_\_\_. **O que é direito**. 17. ed. São Paulo: Brasiliense, 2004. (Primeiros passos).

\_\_\_\_\_. **Teoria de prática da promotoria pública**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001.

MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de processo penal**. Ribeirão Preto-SP: Legis Summa, 2007.

\_\_\_\_\_.; GOULART, Marcelo Pedroso. **Ministério público e direito alternativo**. São Paulo: Acadêmica, 1992.

\_\_\_\_\_. **Ensino jurídico e mudança social**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

\_\_\_\_\_. **Ministério público: democracia e ensino jurídico**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. Barueri-SP: Manole, 2003.

MACHADO NETO, Antônio Luís. **Teoria da ciência jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1975.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição coletiva e coisa julgada**: teoria geral das ações coletivas. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **A ciência do direito**: conceito, objeto, método. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MARSHALL, Thomas Humphrey. **Cidadania, classe social e status**. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

MASCARO, Alysso Leandro. **Filosofia do direito**. São Paulo: Atlas, 2010.

MELLO, Ana Maria de Araújo. **História da carochinha**: uma experiência para a educação de crianças abaixo de 3 anos em creche. 1999. 109 f. Dissertação (Mestrado em Psicologia do Desenvolvimento). Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras. Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto-SP, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. São Paulo: Malheiros, 2009.

MENDEZ, Emílio Garcia. Legislação de “menores” na América Latina: uma doutrina em situação irregular. In: \_\_\_\_\_; COSTA, Antonio Carlos Gomes da. **Das necessidades aos direitos**. São Paulo: Malheiros, 1994.

MÉSZÁROS, István. **Filosofia, ideologia e ciência social**. Tradução de Ester Vaisman. São Paulo: Boitempo, 2008.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **A cidadania social na Constituição de 1988**: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais. São Paulo: Verbatim, 2009.

OLIVEIRA, Zilma de Moraes Ramos de; FERREIRA, Maria Clotilde Rossetti. Propostas para o atendimento em creches no município de São Paulo: histórico de uma realidade – 1986. In: ROSEMBERG, Fúlvia (Org.). **Creche**. São Paulo: Cortez, 1989.

PARO, Vítor Henrique. Cidadania, democracia e educação. In: \_\_\_\_\_. **Escritos sobre educação**. São Paulo: Xamã, 2001.

PASSETTI, Édson. Crianças carentes e políticas públicas. In: DEL PRIORE, Mary (Org.). **História das crianças no Brasil**. 6. ed. São Paulo: Contexto, 2009.

PAULA, Paulo Afonso Garrido de. **Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A legitimidade da defensoria pública para a propositura de ações civis públicas: primeiras impressões e questões controvertidas. In: FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **O novo processo civil coletivo**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

PINTO, José Marcelino de Rezende. **Os recursos para a educação no Brasil no contexto das finanças públicas**. Brasília, DF: Plano, 2000.

PIOVESAN, Flávia. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (Org.). **Direitos fundamentais sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010.

PISARELLO, Gerardo. Los derechos sociales y sus garantías: notas para una mirada 'desde abajo'. In: COURTIS, Cristian (Org.). **Desde otra mirada: textos de teoría crítica del derecho**. 2. ed. Buenos Aires: Eudeba, 2009.

ROSEMBERG, Fúlvia. A LBA, o projeto casulo e a doutrina de segurança nacional. In: FREITAS, Marcos César de (Org.). **História social da infância no Brasil**. 6. ed. São Paulo: Cortez, 2006.

\_\_\_\_\_. Crianças e adolescentes na sociedade brasileira e a Constituição de 1988. In: OLIVEN, Ruben George; RIDENTI, Marcelo; BRANDÃO, Gildo Marçal (Org.). **A Constituição de 1988 na vida brasileira**. São Paulo: Aderaldo & Rothschild : Anpocs, 2008.

\_\_\_\_\_. Educação infantil pós-Fundeb: avanços e tensões. In: SOUZA, Gizele de (Org.). **Educar na infância: perspectivas histórico-sociais**. São Paulo: Contexto, 2010.

\_\_\_\_\_. O movimento de mulheres e a abertura política no Brasil: o caso da creche – 1984. In: \_\_\_\_\_. (Org.). **Creche**. São Paulo: Cortez, 1989.

SÁNCHEZ VÁZQUEZ, Adolfo. **Filosofia da práxis**. Tradução de Maria Encarnación Moya. São Paulo: Expressão Popular, 2007.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A universidade no século XXI: para uma reforma democrática e emancipatória da universidade**. São Paulo: Cortez, 2004.

\_\_\_\_\_. **O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica**. Porto Alegre: Fabris, 1998.

\_\_\_\_\_. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 9. ed. São Paulo: Cortez, 2003.

\_\_\_\_\_. **Um discurso sobre as ciências**. 13. ed. Lisboa: Afrontamento, 2002.

SÃO PAULO (Estado). Ministério Público. Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça Cível e de Tutela Coletiva. **Direito à educação: interpretação jurisprudencial**. São Paulo: Rettec, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. A problemática dos fundamentais sociais como limites materiais ao poder de reforma da constituição. \_\_\_\_\_. (Org.). **Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

\_\_\_\_\_. Segurança social, dignidade da pessoa humana e proibição de retrocesso: revisitando o problema da proteção dos direitos fundamentais sociais. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (Org.). **Direitos fundamentais sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. In: COSTA, Paulo Sérgio Weyl A. (Coord.). **Direitos humanos em concreto**. Curitiba: Juruá, 2008.

SCHULTE, Bernd. Direitos fundamentais, segurança social e proibição de retrocesso. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Sistema de garantias e o direito penal juvenil**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1996.

SILVA, Ana Paula Soares da. Creche e pré-escola na construção da democracia. **Revista Educação**, São Paulo, Esp. Educação Infantil, p. 14-25, 2011.

SILVA, Ana Paulo Soares. **Acesso e defesa da educação infantil pública, gratuita e de qualidade para todos**. In: SEMINÁRIO QUALIDADE E ACESSO NA EDUCAÇÃO INFANTIL, 1., 2009, Ribeirão Preto-SP. Palestra.

SOUZA, Peterson; BRAIDO, Ingrid Maria Bertolino; COSTA, Yvete Flávio da. A crise do direito e da justiça: um breve relato. **Revista de Estudos Jurídicos Unesp**, Franca-SP, n. 17, p. 187-224, jan./dez. 2008.

SOUZA, Sérgio Augusto Guedes Pereira de. **Os direitos da criança e os direitos humanos**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2001.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo. Ministério público: De procurador da Coroa a procurador do povo ou a história de um feitiço que às vezes se vira contra o feiticeiro. In: SOUZA JÚNIOR, José Geraldo de (Org.). **O direito achado na rua**. Brasília-DF: Universidade de Brasília, 1988.

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.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos. Tradução da 5. ed. Alemã, rev. e ampl., de Professora Kelly Susane Alflen da Silva. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2008.

VIEIRA, Livia Fraga. Políticas de educação infantil no Brasil no século XX. In: SOUZA, Gizele de (Org.). **Educar na infância**: perspectivas histórico-sociais. São Paulo: Contexto, 2010.

VIEIRA, Sofia Lerche. Políticas internacionais e educação: cooperação ou intervenção? In: DOURADO, Luiz Fernandes; PARO, Vitor Henrique (Org.). **Políticas públicas e educação básica**. São Paulo: Xamã, 2001.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. Ação civil pública ou ação coletiva? In: MILARÉ, Edis (Coord.). **Ação civil pública**: Lei 7.347/1985 – 15 anos. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_. **Tutela jurisdicional coletiva**. São Paulo: Atlas, 1998.

WEIS, Carlos. **Direitos humanos contemporâneos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

WOLKMER, Antônio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “novos” direitos. In: WOLKMER, Antônio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Os “novos” direitos no Brasil**: natureza e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2003.