



UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA
CAROLINE NUNES MORAES

**CRECHES PARTICULARES PAGAS PELO MUNICÍPIO DE TUBARÃO, UMA
ANÁLISE À LUZ DA TEORIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL:
A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO**

Tubarão
2020

CAROLINE NUNES MORAES

**CRECHES PARTICULARES PAGAS PELO MUNICÍPIO DE TUBARÃO, UMA
ANÁLISE À LUZ DA TEORIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL:
A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO**

Monografia apresentada ao Curso de Direito
da Universidade do Sul de Santa Catarina
como requisito parcial à obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Linha de pesquisa: Justiça e Sociedade

Orientador: Cristiano de Souza Selig, Esp.

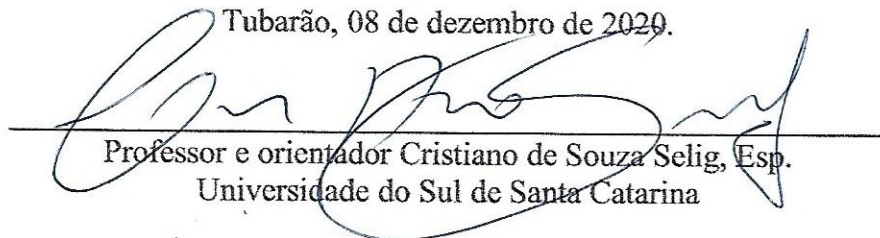
Tubarão
2020

CAROLINE NUNES MORAES

**CRECHES PARTICULARES PAGAS PELO MUNICÍPIO DE TUBARÃO, UMA
ANÁLISE À LUZ DA TEORIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL:
A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO**

Esta Monografia foi julgada adequada à obtenção do título de Bacharel em Direito e aprovada em sua forma final pelo Curso de Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina.

Tubarão, 08 de dezembro de 2020.



Professor e orientador Cristiano de Souza Selig, Esp.
Universidade do Sul de Santa Catarina

Professor Fabio Borges, Esp.
Universidade do Sul de Santa Catarina

Professor Rodrigo Barreto, Esp.
Universidade do Sul de Santa Catarina

Dedico a presente monografia a minha família, a qual sempre esteve do meu lado durante essa jornada, e aos meus amigos, que fizeram o que estava ao seu alcance para me apoiar.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus, por ser essencial em minha vida, meu guia, refúgio na angústia.

Agradeço à minha família, pois servirem de alicerce durante esta jornada, independente dos momentos de tristeza ou alegria, estiveram sempre ao meu lado, trabalhando arduamente para que hoje eu pudesse concluir mais uma etapa de minha vida profissional.

Ao meu irmão, Gabriel Fernando, por sempre me apoiar, incentivar, respeitar e me acompanhar. Um grande amigo que sempre se preocupou comigo e com o meu bem-estar.

Ao Professor e orientador Cristiano de Souza Selig que tive a oportunidade de trabalhar durante o desenvolvimento do projeto no primeiro semestre de 2020, e que me acompanhou no seguimento deste trabalho. Obrigada pela dedicação, auxílio e por sempre me orientar pelo melhor caminho, para que pudéssemos encontrar a conclusão mais adequada à presente monografia.

A todos os meus amigos, em especial Gabriel, Cintia e Pedro, minha eterna gratidão por me aconselharem, apoiarem e por permanecerem ao meu lado durante todo esse tempo. Quero vocês sempre na minha vida.

A todos aqueles que de certa forma contribuíram para o meu sucesso, meus sinceros agradecimentos.

Por fim, à UNISUL, pelo ambiente criativo e amigável que proporciona. Seu corpo docente, o qual se dedicou a lecionar e transmitir todos os seus conhecimentos de forma ímpar.

“Sempre achei que um os mais graves problemas dos países subdesenvolvidos é sua incompetência na descoberta dos seus verdadeiros inimigos. Assim, por exemplo, os responsáveis pela nossa verdadeira pobreza não são o liberalismo nem o capitalismo, em que somos noviços destreinados, e sim a inflação, a falta de educação básica e um assistencialismo governamental incompetente, que faz com que os assistentes passem melhor que os assistidos” (Roberto Campos).

RESUMO

O presente trabalho possui, como objetivo geral, analisar a concretização do Direito Fundamental à educação, mediante o pagamento de creches particulares às crianças, no município de Tubarão. Para tanto, utilizou-se de uma pesquisa, quanto ao nível, exploratória. No que se refere à abordagem, foi qualitativa e em relação ao procedimento utilizado para coleta de dados, foram bibliográfica e documental. Assim, em um primeiro momento, buscou-se descrever a evolução histórica dos direitos humanos. Nesse contexto, tratou-se, em especial, dos temas que se relacionam diretamente com a origem e a definição do direito à educação. Nesse ínterim, fez-se uma exposição acerca das garantias legislativas e jurídicas protetoras do direito à educação, em âmbito constitucional e infraconstitucional. Ademais, abordou-se sobre as garantias legislativas e jurídicas do direito à creche, destacando-se a previsão constitucional e metas do PNE. Foi conceituado e discutido, também, o conteúdo referente ao mínimo existencial, sua origem, definição e a relação direta com a reserva do possível e o princípio da dignidade da pessoa humana. Demonstrou-se a necessidade de definir um patamar mínimo para que os direitos fundamentais sejam assegurados, o qual necessita de apoio orçamentário para ser efetivo, ou seja, uma reserva. Ao final, discutiu-se sobre o objetivo do trabalho, qual seja, verificar se a medida em contratar as creches particulares do Município de Tubarão foi efetiva em garantir e efetivar o direito fundamental à educação. Para tanto, contextualizou-se a situação das creches anteriormente ao ato municipal, trazendo os problemas com infraestrutura, falta de vagas e falta de verbas. Expôs-se acerca da necessidade de criação de novas vagas, além do que propunha o referido ato. A seguir, foi demonstrado como surgiu o projeto de credenciamento, sua aplicação e os impactos positivos do ato municipal. Por fim, demonstrou-se como as crianças contempladas com as creches tiveram seu direito à educação preservado, fazendo uma conjuntura com o Mínimo Existencial e o ato municipal. Conclui-se, então, que não havendo verba orçamentária que permitisse ao Município cumprir com o que determina o PNE, o ato municipal e o credenciamento de unidades privadas de ensino, pagas pelo Município, garantiram a concretização do direito à educação.

Palavras-chave: Direito à Educação. Direitos Fundamentais. Mínimo Existencial.

ABSTRACT

The present work has, as a general objective, to analyze the realization of the Fundamental Right to education, through the payment of private crèches to children, in the municipality of Tubarão. For this, an exploratory research was used, as far as the level is concerned. Regarding the approach, qualitative, and in relation to the procedure used for data collection, bibliographic and documentary. Thus, at first, we sought to describe the historical evolution of human rights. In this context, it dealt in particular with themes that are directly related to the origin and definition of the right to education. In the meantime, an exposure was made about the legislative and legal guarantees that protect the right to education, at the constitutional and infraconstitutional level. In addition, there was talk about the legislative and legal guarantees of the right to day care, highlighting the constitutional provision and goals of the PNE. It was conceptualized and discussed also, content referring to the existential Minimum, its origin, definition and, the direct relation with the reserve of the possible and the Principle of the dignity of the human person. It was demonstrated the need to define a minimum level so that fundamental rights are guaranteed, and that for the effective determination of this minimum level, budget support is necessary, that is, a reserve. At the end, it was discussed about the objective of the work, that is, to verify if the measure that hired private daycare centers in the Municipality of Tubarão, was effective in guaranteeing and implementing the fundamental right to education. To this end, the situation of daycare centers was contextualized before the municipal act, bringing problems with infrastructure, lack of vacancies and lack of funds. The need for the creation of new vacancies and what he proposed, the said act, was exposed. Next, it was demonstrated how the accreditation project, its application and the positive impacts of the municipal act emerged. Finally, it was demonstrated how children contemplated with daycare centers had their right to education preserved, making a conjuncture with the Existential Minimum and the municipal act. It is concluded, then, that if there is no budgetary budget, which would allow the municipality to comply with what is determined by the PNE, the municipal act and the accreditation of private teaching units, paid for by the municipality, guaranteed the realization of the right to education.

Keywords: Right to Education. Fundamental Rights. Existential Minimum.

LISTA DE SIGLAS

AMUREL – Associação dos Municípios da Região de Laguna

BDTD – Biblioteca Digital Brasileira de Teses e Dissertações

CEIs – Centros de Educação Infantil

CF – Constituição Federal

ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente

EMEB – Escolas Municipais de Educação Básica

FME – Fundação Municipal de Educação

FNDE – Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística

LDBEN – Lei de Diretrizes Básicas da Educação Nacional

ONU – Organização das Nações Unidas

PME – Plano Municipal de Educação

PNE – Plano Nacional de Educação

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	10
2	DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO	16
2.1	ORIGEM E DEFINIÇÃO.....	16
2.2	DIREITO À EDUCAÇÃO NA CRFB/88	20
2.3	DIREITO À EDUCAÇÃO NO ÂMBITO INFRACONSTITUCIONAL	24
2.3.1	Direito à creche.....	28
3	A TEORIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL	31
3.1	ORIGEM E DEFINIÇÃO.....	31
3.2	DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	35
3.3	RESERVA DO POSSÍVEL	39
4	CRECHES PARTICULARES PAGAS PELA MUNICIPALIDADE.....	42
4.1	CONTEXTUALIZAÇÃO DA SITUAÇÃO DAS CRECHES E O ATO MUNICIPAL	43
4.2	CRIANÇAS CONTEMPLADAS COM A CRECHE	48
4.3	O MÍNIMO EXISTENCIAL E O ATO MUNICIPAL: CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO.....	50
5	CONCLUSÃO.....	54
	REFERÊNCIAS	58

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, acolhendo a dogmática jurídica que se iniciou na França e se consolidou por toda a Europa durante o século XX (SILVA, 2005), estruturou-se em inúmeras declarações e tratados, buscando preservar os direitos inerentes à vida.

Ainda, objetivando o rompimento com o regime ditatorial que perdurou no país desde a década de 1960, positivou seu texto em um amplo rol de direitos e garantias fundamentais, os quais conferiram aos cidadãos direitos de natureza individual e social (AZEVEDO; MÂNICA, 2019, p. 198).

A gama de preceitos fundamentais positivadas na Constituição Federal, destacando-se aqui, os direitos sociais e os direitos fundamentais de igualdade e liberdade, conferem ao ordenamento jurídico brasileiro a característica de um Estado Social de Direito (DUARTE, 2007).

Nas palavras de Bonavides (citado por PINHO, 2018, p. 84), os princípios constitucionais possuem três funções extremamente relevantes no ordenamento jurídico, quais sejam: a) a fundamentadora, na qual estabelecem diretrizes do sistema de normas constitucionais; b) a interpretativa, que permitem o alcance da verdadeira finalidade da Lei no momento de sua aplicação; e c) a supletiva, pela qual realizam a tradicional tarefa de integração do ordenamento jurídico.

Os direitos fundamentais, então, traduzem-se em prerrogativas que se fazem necessárias ao longo do tempo e que são utilizadas para a formação de um véu protetor sob as conquistas dos direitos do homem, as quais possuem efeito vinculante, constituindo normas jurídicas efetivas (MELLO; MOREIRA, 2015).

Nesse cenário, a questão dos mínimos existenciais, na ordem constitucional, passa a ser parte integrante do debate público-social no que diz respeito às proteções devidas às pessoas que se encontram em situações de vulnerabilidade, pessoas precariamente incluídas ou mesmo excluídas das redes de segurança social oferecidas pelo Estado (SOUSA, 2008).

A doutrina, por sua vez, atribui uma variedade de mínimos existenciais, que dependem diretamente da diversidade de situações particulares de carência. Situações essas que, além de conhecidas, devem merecer a intervenção protetora estatal, ainda que em níveis mínimos. Nessa perspectiva, os direitos sociais deverão ser objeto de um sistema securitário-contributivo baseado no princípio da solidariedade.

Logo, entende-se por mínimo existencial, os pressupostos que configuram as condições iniciais de liberdade e fundamentado para a concretização do princípio da

dignidade humana. Esse princípio é considerado o objetivo principal do constituinte, pois visa a evolução dos direitos sociais e, assim, da própria constituinte, uma vez que, parte dos ganhos em matéria de direitos sociais, deve-se a tal princípio, invocado na maioria das vezes como vetor de decisões.

E não há o que se falar em busca pela dignidade humana sem destacar o direito à educação, não só por se voltar à tutela da dignidade humana, como também por preservar elementos culturais, da personalidade e da identidade social. Isso porque, a educação promove o desenvolvimento da personalidade do indivíduo e da cidadania, contribuindo para a construção de uma identidade social (SOUSA, 2008).

A Constituição Federal de 1988 não apenas disciplinou a educação como direito fundamental social, como também dedicou uma seção própria (artigos 205 a 214) para a mesma. O objetivo do constituinte foi, de fato, garantir maior aplicabilidade e subjetividade ao direito, impossibilitando o legislador infraconstitucional de retroceder as conquistas sociais em relação a esse direito fundamental.

O art. 205 traz a educação como “direito de todos e dever do Estado e da família”. O artigo 206, por sua vez, estabelece amplo rol de princípios que elencam as diretrizes para a prestação do ensino no Brasil. Ainda, o art. 208, em seu inciso IV, determina que o dever do Estado com relação à educação será efetivado mediante a garantia de educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças de até cinco anos de idade (BRASIL, 1988). Por sua vez, o art. 213 da Constituição Federal de 1988 dispõe acerca dos recursos financeiros destinados à educação.

O Estado, então, possui um dever de atuar positivamente, seja a) criando condições normativas adequadas ao exercício desse direito, seja b) na criação de condições reais, com estruturas, instituições e recursos humanos, devendo, portanto, intervir positivamente (TAVARES, 2009).

Nesse ínterim, com o propósito de assegurar o direito à educação das crianças, na forma da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, o Município de Tubarão realizou a contratação de instituições particulares com fins lucrativos no ano de 2019, visando suprir a falta de vagas na rede pública de ensino.

Conforme o edital de credenciamento nº 02/2019 (2019), o projeto possuía o intuito de atender até 1.000 (mil) crianças, com idades de 0 (zero) a 5 (cinco) anos, que não tinham acesso ao ensino público municipal.

Para atender a demanda, o Município precisaria ampliar a estrutura física da rede pública municipal através da construção de novas unidades escolares, o que demandaria

significativo investimento orçamentário, bem como a realização de concursos públicos para a contratação de professores, de auxiliares e de gestores escolares, o que, de acordo com o próprio diretor-presidente da Fundação Municipal de Educação, Maurício da Silva, demandaria muito tempo (NOTISUL, 2019).

O Município, no ano de 2019, cumpria o que determinava o Plano Nacional de Educação (PNE), no que se refere à pré-escola, uma vez que todas as crianças de 4 (quatro) a 5 (cinco) anos de idade estavam matriculadas na rede municipal. Ainda, atendia 50% (cinquenta por cento) das crianças até 3 (três) anos, e mediante a contratação das instituições particulares, visava atender os outros 50%, nos moldes da determinação do PNE.

Para conseguir realizar tal feito, o prefeito municipal de Tubarão, no uso das atribuições que lhe confere a Lei Orgânica Municipal, confeccionou o Decreto nº 4.435, de 11 de outubro de 2018, que dispôs sobre o "Cadastro Fila Única". Um cadastro de vaga para crianças de 0 (zero) a 5 (cinco) anos de idade completos ou a completar até trinta e um de março do ano em que ocorrer a matrícula, nas unidades escolares da Rede Municipal de Ensino de Tubarão (TUBARÃO, 2019).

Essa contratação das vagas possuía caráter provisório e subsidiário, com o propósito de assegurar o direito à educação das crianças do Município de Tubarão, na forma da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, enquanto o poder público promovia a ampliação de vagas na rede pública de ensino que possui.

Nesse sentido, a presente pesquisa possui o intuito de analisar se houve ou não a concretização do direito fundamental à educação no Município de Tubarão, por meio da contratação de vagas em creches particulares.

Logo, para que se possa obter uma melhor compreensão acerca do tema, faz-se necessário abranger alguns conceitos, sendo o primeiro e mais importante, o conceito referente aos direitos fundamentais, que engloba o direito à educação e dá respaldo para conceituação posterior, referente ao mínimo existencial.

Assim, no que tange aos direitos fundamentais, a Constituição da República Federativa de 1988 apresenta um extenso rol. Em seu catálogo de direitos fundamentais, encontram-se direitos em suas variadas dimensões, como o direito à vida, liberdade, propriedade, dentre outros.

Nas palavras de Marmelstein (2019), os direitos fundamentais são normas jurídicas ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder Estatal, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico.

Trata-se de prerrogativas, que se fizeram e se fazem necessárias, para a formação de um véu protetor em relação às conquistas dos direitos do homem, positivados em um determinado ordenamento jurídico (MELLO; MOREIRA, 2015).

Nesse sentido, salienta-se que a compreensão dos direitos fundamentais é vital para a superação e efetivação do direito positivo, já que pretende aproximá-lo da filosofia do direito. É uma espécie de aproximação do direito com a moral (MELLO; MOREIRA, 2015).

Outro importante conceito é o mínimo existencial, pois, nas palavras de Torres (1989), ao se analisar o processo histórico, erroneamente se pode considerar que toda a conquista em sede de direitos e de garantias fundamentais já foi realizada. Contudo, esquece-se que o Direito não é um fim em si mesmo, mas um meio.

O mínimo existencial exhibe as características básicas dos direitos da liberdade: é pré-constitucional, posto que inerente à pessoa humana; constitui direito público subjetivo do cidadão, não sendo outorgado pela ordem jurídica, mas condicionando-a. Possui validade *erga omnes*, dotado de historicidade e variando de acordo com o contexto social. Mas é indefinível, aparecendo sob a forma de cláusulas gerais e de tipos indeterminados (TORRES, 1989).

No que tange à proteção do direito à educação pelo Estado, existem inúmeras referências doutrinárias acerca do mínimo existencial, que, nesse contexto, seria o ponto de partida para o resguardo do direito e da caracterização da dignidade da pessoa humana.

Assim, há relevante interesse no assunto, pois ele busca compreender o posicionamento do Estado e seu comprometimento para com esse princípio. A delimitação do que seria o mínimo aceitável para seu cumprimento e o que não seria.

Destaca-se que, embora garantido na constituinte, há grande descaso para com a educação no Brasil. Prédios antigos e em péssimas condições, equipamentos de sala de aula sucateados, reformas e obras que superam mandatos, falta de profissionais qualificados, além da falta de vagas nas séries iniciais, o que diminui a qualidade do ensino público brasileiro (AZEVEDO; MÂNICA, 2019).

Não há, então, o que se falar em dignidade, pois não há resguardo do mínimo existencial, uma vez que o Estado está ferindo o direito líquido, ao negar à criança acesso ao ensino básico.

Diante desse quadro, não restam dúvidas de que os entes federativos, a fim de promover e executar o direito, devem investir continuamente na promoção da infraestrutura educacional (AZEVEDO; MÂNICA, 2019).

Logo, o presente estudo torna-se de suma importância, uma vez que este visa apresentar a análise de matéria constitucional e a sua viabilidade no sistema educacional.

Dessa forma, buscou-se a pesquisa por meio de bases de dados disponíveis no meio acadêmico, com o objetivo de identificar trabalhos correlatos ao que será estudado. Dessa forma, pesquisaram-se na Biblioteca Digital Brasileira de Teses e Dissertações (BDTD) utilizando como filtro a frase “Creches particulares pagas pela municipalidade”, tendo obtido apenas um resultado, o qual não tratava especificamente sobre o assunto, mas sim sobre o atendimento público municipal.

Alterando o parâmetro da pesquisa, buscaram-se novos indicadores com a expressão “Creches particulares pagas pelo Município de Tubarão”, para essa pesquisa e não se obteve resultados, provavelmente devido a essa espécie de contratação pelos Municípios ocorrer em hipóteses excepcionais.

Portanto, ante aos resultados obtidos nas pesquisas na Biblioteca Digital Brasileira de Teses e Dissertações, observou-se que não há pesquisa relacionada de forma específica ou até mesmo geral em relação ao tema proposto neste trabalho, o que se torna justificável um trabalho que se atenha à análise da contratação de vagas em creches particulares pelo Município de Tubarão, visto que, embora seja crescente o número de situações similares a essa no Brasil, ainda não há trabalhos que discorram sobre o tema.

Nesse contexto, o objetivo geral do presente trabalho é analisar a concretização do direito fundamental à educação, mediante o pagamento de creches particulares às crianças no Município de Tubarão.

Enquanto os objetivos específicos seriam conceituar o direito fundamental à educação, buscando sua origem e previsão normativa, tanto em caráter constitucional, enquanto direito social, como em âmbito infraconstitucional, principalmente no que tange ao ensino fundamental e pré-escolar.

Definir e conceituar o mínimo existencial, sua origem e ligação com a dignidade da pessoa humana, determinando para os fins que se propõe o trabalho, a reserva do possível.

Apresentar os fundamentos nos quais se embasaram a decisão do Município em contratar creches particulares, bem como, analisar os benefícios obtidos pelas crianças contempladas e a concretização do direito fundamental à educação por meio do ato municipal que o permitiu.

Para tanto, formulou-se uma pesquisa de natureza exploratória, pois tem por objetivo a aproximação do pesquisador com o problema apresentado, promovendo a busca do

conhecimento por meio de pesquisas doutrinárias, e bases legais, para que seja encontrada uma resposta adequada para o problema (MARCOMIN; LEONEL, 2015, p. 14).

Quanto à abordagem, dar-se-á de maneira qualitativa, já que a pesquisa não medirá dados, e sim, irá buscar e identificar a sua natureza mediante a contextualização dos conteúdos legais, doutrinários e jurisprudenciais do objeto do tema, conforme dispõe Motta apud Marcomim; Leonel (2012, p. 22) sobre o estudo de caso: “É considerado o estudo com análise em profundidade de um fenômeno social complexo, envolvendo a observação e a análise qualitativa deste fenômeno (...)”.

A pesquisa em questão analisará os atos municipais que visam ampliar o acesso à educação, que estão disponibilizados na Prefeitura de Tubarão. Os atos da União que dizem respeito à educação fundamental. Além disso, será incluído na pesquisa o entendimento doutrinário majoritário, para que seja possível a conceituação da teoria do mínimo existencial e a posterior análise do problema.

Os procedimentos utilizados para a coleta de dados serão o bibliográfico, porque os conceitos dos elementos essenciais da pesquisa serão formulados com base no entendimento doutrinário e o documental, pois se analisará os atos que tratam do assunto, objetivando encontrar a resposta adequada ao estudo de caso (MARCOMIN; LEONEL, 2015, p. 19). Ainda, no que tange averiguar a efetivação do direito, serão acessados os documentos disponibilizados no site da Prefeitura de Tubarão que dizem respeito às crianças que foram contempladas com a creche.

Os procedimentos utilizados para a análise dos dados serão realizados pelo do estudo das doutrinas e dos atos que versam sobre o tema.

Quanto a sua estrutura, o presente trabalho monográfico será dividido em 5 (cinco) capítulos, quais sejam: Introdução; Direito fundamental à educação, especificando sua origem e definição, seja na Constituição de 1998 ou no âmbito infraconstitucional e direito a creche; enquanto que no terceiro capítulo serão abordados a teoria do mínimo existencial, apresentando sua origem e definição, a originalidade da pessoa humana e a reserva do possível; Já no capítulo quarto serão trabalhados temas como as creches particulares pagas pela municipalidade, discorrendo-se sobre a contextualização da situação das creches e o ato municipal, as crianças que foram contempladas com a creche e o mínimo existencial e o ato municipal, averiguando se houve a concretização do direito fundamental à educação; e por fim, apresentar-se-á os resultados obtidos no último capítulo, a conclusão.

2 DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO

O direito à educação no Brasil é considerado um direito de natureza social, possuindo previsão legal no artigo 6º da Constituição Federal de 1988, no Título VIII, o qual trata Da Ordem Social. Ainda, entre os artigos 205 a 214, estão dispostas uma gama de informações acerca dos princípios e objetivos que rodeiam tal direito, bem como, os deveres de cada ente Federativo para que seja caracterizada a eficácia e concretização do direito à educação.

Além da previsão constitucional, existe também uma série de documentos jurídicos, em sua maioria de caráter internacional, que reconhecem as necessidades dos indivíduos e lhe garantem direitos fundamentais necessários à sua subsistência. Nesse contexto, destacam-se aqui a Declaração de Virginia, Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e, em caráter nacional, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, o Estatuto da Criança e do Adolescente, entre outros.

Portanto, busca-se investigar, neste capítulo, a origem e definição do direito à educação como um direito fundamental de caráter social e seus respaldos na constituição brasileira e na legislação infraconstitucional.

2.1 ORIGEM E DEFINIÇÃO

O direito à educação é considerado um direito fundamental de caráter social, assim, tem sua origem marcada pela evolução histórica dos direitos humanos. Logo, não é possível definir a historicidade e origem de um, sem citar o outro, pois o direito à educação, enquanto direito humano fundamental tem sido definido ao longo da história por inúmeros documentos, movimentos e campanhas de afirmação e de legitimação dos direitos da pessoa humana.

Nesse sentido, a compreensão dos direitos fundamentais é vital para a superação e efetivação do direito positivo, já que pretende aproximá-lo da filosofia do direito. É uma espécie de aproximação do direito com a moral (MELLO E MOREIRA, 2015).

Moraes (1997, apud COELHO, 2003), define os direitos fundamentais como os direitos ou as posições jurídicas subjetivas à pessoa humana individualmente ou institucionalmente consideradas, consagradas na Constituição. Dessa forma, entende-se por direitos fundamentais as situações jurídicas que trazem vantagens, sem as quais não é possível a sobrevivência e a qualidade de vida do homem em seu convívio social.

Justen Filho (apud MELLO; MOREIRA), afirma que os direitos fundamentais consistem em um conjunto de normas jurídicas, previstas primariamente na Constituição e que são destinadas a assegurar a dignidade da pessoa humana em suas diversas manifestações, das quais derivam posições jurídicas para os sujeitos privados e estatais.

Atualmente a doutrina aponta e reconhece a existência de três gerações de direitos fundamentais. Utiliza-se do termo “gerações” porque, em diferentes momentos históricos, surgiu a tutela de novos direitos, embora não exista contradição nenhuma entre eles. Interessa ao indivíduo e à sociedade a proteção de todos os interesses considerados indispensáveis à pessoa humana (PINHO, 2015, P. 98).

As três gerações ou dimensões de direitos fundamentais são as seguintes: a) direitos individuais; b) direitos sociais; c) direitos de fraternidade. Pinho (2015, p. 99) define que,

A primeira geração corresponde aos direitos de liberdade, abrangendo direitos individuais e políticos, dentro do modelo clássico de Constituição. São limites impostos à atuação do Estado, resguardando direitos considerados indispensáveis a cada pessoa humana. A segunda geração corresponde aos direitos de igualdade, abrangendo os direitos sociais e econômicos. São direitos de conteúdo econômico e social que visam melhorar as condições de vida e de trabalho da população. A terceira geração corresponde aos direitos de fraternidade ou de solidariedade. Ao lado dos tradicionais interesses individuais e sociais, o Estado passou a proteger outras modalidades de direito.

A existência dessas dimensões de direitos fundamentais é reforçada pela interdependência, tendo em vista que direitos de uma geração não poderiam ser plenamente satisfeitos sem a existência de outra. Isso é nítido ao se observar o desenvolvimento e a influência que documentos promulgados em determinados momentos influenciaram posteriormente os demais.

Assim, ao definir um direito como fundamental, o constituinte garante a cada indivíduo uma série de direitos necessários à sua existência, ao mesmo tempo em que impõe ao Estado o dever de atender e respeitar esses direitos que lhe foram garantidos.

A exemplo, tem-se os primeiros direitos fundamentais, os denominados direitos individuais, que correspondem a um não fazer do Estado, a uma prestação negativa deste. Logo, os direitos individuais se tornaram limites à atuação do poder estatal para preservar os direitos de cada ser humano isoladamente considerado (PINHO, 2015).

Por sua vez, os direitos sociais correspondem a uma prestação positiva do Estado, um fazer em prol de setores menos favorecidos da sociedade. Datados de um momento histórico posterior, quando se agravaram os conflitos decorrentes da relação entre o capital e o trabalho.

As primeiras Constituições a inserirem em seus textos direitos sociais, no qual está disposto o direito à educação, foram a Mexicana de 1917 e a da República Alemã de Weimar,

em 1919. No Brasil, a primeira constituinte a incorporar os direitos sociais foi a Constituição de 1934.

Embora esteja compilado em meio às garantias de caráter social, o direito à educação encontra-se intrínseco em vários outros momentos históricos, isso ocorre, pois tão intrínseco quanto à narrativa de que onde há sociedade, há direito, supõe-se que onde há sociedade, há educação. Como muito bem colocado pela educadora Canivez (1991), a educação dos cidadãos supõe um mínimo de conhecimento do sistema jurídico e das instituições.

Nesse contexto, Mello e Moreira (2015) citam a Declaração de Virgínia, em 1776, a qual foi marcada pela busca de liberdade, de igualdade e de independência entre os homens, a titularidade do poder nas mãos do povo, a tripartição dos poderes, a liberdade de imprensa e de manifestação religiosa, como um dos primeiros marcos a tratar do direito à educação.

Posteriormente, tem-se a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que sofreu grande influência da Declaração de Virgínia e que foi admitida pela Convenção Nacional Francesa em 1793, cujo art. XXII assegurou que:

A instrução é a necessidade de todos. A sociedade deve favorecer com todo o seu poder o progresso da inteligência pública e colocar a instrução ao alcance de todos os cidadãos (apud DIAS, 2007).

Em segundo, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, adotada e proclamada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), em 10 de dezembro de 1948, que reafirma, no seu artigo XXVI, que:

Toda pessoa tem direito à instrução. A instrução será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A instrução elementar será obrigatória. A instrução técnico profissional será acessível a todos, bem como a instrução superior, está baseada no mérito (PARIS, 1948).

Ainda, a inserção do debate sobre a Educação em Direitos Humanos na Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, realizada em Viena, no ano de 1993, trouxe um marco no que diz respeito ao direito à educação, pois reconhece que:

A educação em direitos humanos deve incluir a paz, a democracia, o desenvolvimento e a justiça social, tal como previsto nos instrumentos internacionais e regionais de direitos humanos, para que seja possível conscientizar todas as pessoas em relação à necessidade de fortalecer a aplicação universal dos direitos humanos. (VIENA, 1996).

Por fim, há também a Carta Europeia dos Direitos do Homem e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, assinada em Nice em 2000, que possibilitaram a internacionalização dos direitos humanos.

A evolução das dimensões de direitos fundamentais possibilita visualizar de forma concreta o vínculo existente entre o reconhecimento do direito à educação como um direito fundamental, e como já mencionado, à própria evolução dos direitos humanos.

Assim, para grande parte dos doutrinadores, o direito à educação, por se tratar de um direito social proeminente, é um pressuposto para o exercício adequado dos demais direitos, sejam eles sociais, políticos e civis, emergindo como um componente básico dos Direitos do Homem.

No Brasil, o direito à educação foi tratado em primeira mão pela Constituição Imperial brasileira de 1824 e posteriormente pela Constituição Republicana de 1891, que afirmam o direito de todos à educação. Entretanto, a ideia da educação como direito positivado só ganha visibilidade no cenário brasileiro a partir da Constituição de 1934, que declara, pela primeira vez, no seu art. 140 que “a educação é direito de todos e deve ser ministrada pela família e pelos poderes públicos”. Assim, Dias (2007) leciona:

A Constituição de 1934 inaugura, em âmbito nacional, a educação como um direito declarado. E, excetuados os casos em que a força se sobrepôs à Lei e ao arbítrio ao direito (ainda que textualmente mantido em vários itens, como no caso da educação escolar primária), as constituições posteriores não fizeram mais do que manter, ampliar ou recriar este direito declarado (CURY, HORTA e FÁVERO, 1996, apud DIAS).

Logo, desde a Constituinte de 1934, até os dias atuais, a ideia da educação como direito ganha definições e assume configurações diversas, matizadas por aspectos de ordem jurídico-constitucional que sofrem as pressões do tempo e das condições históricas que permearam e, por vezes, definiram seus conteúdos e processos.

Importante ressaltar que, embora assegurado pela constituinte, o direito à educação como dever estatal só foi reconhecido após a Emenda Constitucional de 1969, em seu art. 176. Veja-se:

Art. 176. A educação, inspirada no princípio da unidade nacional e nos ideais de liberdade e solidariedade humana, é direito de todos e dever do Estado, e será dada no lar e na escola (BRASIL, 1969).

Ainda, a efetividade do direito só ganhou *status* com a promulgação da Constituição Federal no ano de 1988, a qual deixa patentes os polos da relação que envolve a educação. Em um polo, tem-se o Estado e a família como entes responsáveis pela realização da educação. No outro, figura toda e qualquer pessoa. Sendo assim, todos têm direito à educação e o Estado tem o dever de prestá-la, assim como a família, de acordo com o que expõe Dias (2007):

A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da

pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho (BRASIL, 1988).

Nesse sentido, fica o Estado responsável por se aparelhar para viabilizar a consecução do direito à educação, fazendo com que todas as demais normas do sistema jurídico devam ser interpretadas com o fim precípua de efetivar a realização plena do direito à educação. Traz, ainda, a responsabilidade do ente estatal em promover e ampliar as possibilidades de acesso à educação para que todas as pessoas possam exercê-la igualmente.

2.2 DIREITO À EDUCAÇÃO NA CRFB/88

Em 5 de outubro de 1988 foi promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil, que é hoje aclamada pela maioria da doutrina como um dos textos constitucionais mais avançados do mundo.

Pinho (2015) define a aludida constituição como:

a Lei fundamental de organização do Estado, ao estruturar e delimitar os seus poderes políticos. Dispõe sobre os principais aspectos da sua estrutura. Trata das formas de Estado e de governo, do sistema de governo, do modo de aquisição, exercício e perda do poder político e dos principais postulados da ordem econômica e social. Estabelece os limites da atuação do Estado, ao assegurar respeito aos direitos individuais.

Nesse sentido, a Constituição de 1988, seguindo a tendência jurídico-dogmática que se consolidou na Europa durante a primeira metade do século XX, e objetivando romper com regime ditatorial que vigorou no país até a década de 1980, positivou, no seu texto, um amplo rol de direitos e garantias fundamentais, os quais conferiram aos cidadãos direitos de natureza tanto individual quanto social (MÂNICA; AZEVEDO, 2019, p. 198).

A Constituição de 1988 inova ao dispor sobre os direitos fundamentais antes de tratar da própria organização do Estado, bem como ao incorporar junto à proteção dos direitos individuais e sociais, a tutela dos direitos difusos e coletivos (PINHO, 2015, p. 102).

Inclusive, Bonavides (1996, p. 336) aponta que, em virtude da grande gama de preceitos fundamentais, atentando-se especificamente para os direitos sociais e os direitos fundamentais da igualdade e da liberdade, foi conferido ao regime jurídico-constitucional do Estado Brasileiro a característica de ser não apenas democrático, mas também, um regime social de Direito.

Preocupado não somente em assegurar e positivar os direitos, o constituinte é claro em determinar que não poderá ser objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir alguma norma constitucional que seja considerada pétrea. Para tanto, considera-se normas

pétreas: i) a forma federativa de estado; ii) o voto direto, secreto, universal e periódico; iii) a separação dos Poderes; e iv) os direitos e garantias individuais (BONAVIDES, 1996, p. 336).

Ainda, no tocante aos direitos fundamentais, Silva (2018) os caracterizou como “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.

Por se tratar de uma constituição de caráter social e tendo influência direta da segunda dimensão de direitos, uma das preocupações do constituinte foi assegurar o direito à vida, à igualdade, à segurança, à propriedade e à liberdade. Tais direitos estão previstos no *caput* do artigo 5º. Para Pinho (2015), e grande parte dos doutrinadores, os demais direitos individuais são decorrências desses direitos individuais básicos.

Como forma de assegurar o cumprimento e a efetividade de tais normas, a constituinte passou a reconhecer o direito à educação como um dever do Estado, uma vez que doutrinariamente reconhece-se a necessidade de um para o cumprimento de outro.

No atual diploma constitucional, a ordem social é disciplinada pelo Capítulo II (Dos Direitos Fundamentais), inserido no Título I (Dos Direitos e Garantias Fundamentais). O artigo 6º, *caput*, prescreve que são direitos fundamentais sociais “a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

Nas palavras de Tavares (2012):

Os direitos sociais são essenciais para os direitos políticos, pois será através da educação que se chegará à participação consciente da população, o que implica também necessariamente no direito individual à livre formação da consciência e à liberdade de expressão e informação.

O art. 6º da Constituição se refere de maneira bastante genérica aos direitos sociais, como o direito à saúde, ao trabalho, ao lazer, à previdência social, à assistência aos desamparados etc. Ainda assim, percebe-se que, dentre a longa lista de direitos fundamentais sociais previstos no diploma constitucional, o direito social à educação foi o primeiro a ser positivado pelo Constituinte. Talvez a escolha do legislador em colocar esse direito como o primeiro decorra do fato de ser a educação o instrumento necessário à construção e ao alcance dos objetivos da República Federativa do Brasil, como também por ela consistir na salvaguarda dos direitos de liberdade (TAVARES, 2012).

Neste contexto, analisando-se as poucas informações dispostas no *caput* do artigo 6º, uma das mais importantes é o do direito de igual acesso à educação, que deve ser concedido a todos e, especialmente, para os níveis mais basilares do ensino, uma vez que são importantes para a formação da noção como cidadão. Assim, o conteúdo inicial se trata do acesso ao conhecimento básico e as capacitações, que deverão ser oferecidas de forma regular e organizadas.

A Constituição de 1988 não apenas disciplinou e instituiu a educação como um direito fundamental, como também dedicou uma seção própria de artigos, abrangendo os artigos 205 a 214. A educação passa a ter uma dimensão jurídico-social como direito social fundamental e também dimensão política, pedagógica, ética, responsabilizando a família, o Estado e a sociedade, além de estabelecer três objetivos, qual sejam:

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho (BRASIL, 1988).

Ao se reportar às relações familiares, em seu artigo 227, a Constituição novamente disciplina ser “dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação [...]” (MÂNICA; AZEVEDO, 2019).

O artigo 206, por sua vez, estabelece amplo rol de princípios que regulam as diretrizes para a prestação do ensino no Brasil. Toda a forma de ensino em território nacional deverá pautar-se sobre esses cinco princípios, que traduzem ideias democráticas como a liberdade de expressão, a igualdade entre as pessoas, o dever do Estado.

Destaca-se o dever de ser garantida a igualdade de condições para o acesso e permanência na escola, a gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais, a proteção ao padrão de qualidade no ensino e a valorização dos profissionais da educação escolar (TOLEDO, 2016, p. 11).

O artigo 208, por seu turno, faz com que o Estado assuma valiosos compromissos para com a efetivação do direito. Nesse rol, destacam-se matérias como o ensino inclusivo aos portadores de deficiência, a garantia de suporte a todos os educandos e a oferta de vagas para o ensino obrigatório desde a educação infantil.

Ainda, por meio deste texto legal, torna-se nítida a necessidade de normatização para que alternativas sejam criadas, tendo em vista a implementação de sistemas de cooperação entre as diversas esferas do sistema educacional. Entra em cena aqui o poder legislativo, cujo

papel é propor projetos de Lei que concretizem os compromissos constitucionais, de acordo com as possibilidades de cada esfera do sistema, seja federal, seja estadual ou municipal.

Outra importante resolução disposta pela constituição se encontra no artigo 212, o qual determina o dever de aplicação de percentuais mínimos na manutenção e desenvolvimento do ensino, veja-se:

Art. 212. A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino (BRASIL, 1988).

Todo o serviço público se mantém a partir da arrecadação de impostos. Logo, o legislador se atentou em definir por qual caminho vem o dinheiro para manter escolas e as universidades em funcionamento. Além dos impostos, Municípios e Estados podem contar com recursos repassados pela União, oriundos do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (TOLEDO, 2016, p 16).

Acerca da organização federativa, a Constituição de 1988 atribuiu explicitamente competências materiais e legislativas de cada ente político. Com o objetivo de coordenar a execução do direito à educação, o texto constitucional, no artigo 211 e parágrafos, impõe expressamente à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a atribuição de organizarem, em regime de colaboração, seus sistemas de ensino (AZEVEDO; MACANIA, 2019).

O último artigo a tratar da educação de forma direta, em âmbito constitucional, é o artigo 214, *in verbis*:

Art. 214. A Lei estabelecerá o plano nacional de educação, de duração decenal, com o objetivo de articular o sistema nacional de educação em regime de colaboração e definir diretrizes, objetivos, metas e estratégias de implementação para assegurar a manutenção e desenvolvimento do ensino em seus diversos níveis, etapas e modalidades por meio de ações integradas dos poderes públicos das diferentes esferas federativas que conduzam a:

I – Erradicação do analfabetismo; II – universalização do atendimento escolar; III – melhoria da qualidade do ensino; IV – formação para o trabalho; V – promoção humanística, científica e tecnológica do País; VI – estabelecimento de meta de aplicação de recursos públicos em educação como proporção do produto interno bruto (BRASIL, 1998).

Esse artigo, mais uma vez, reitera a necessidade de cooperação entre as esferas do sistema educacional, bem como estabelece que, a cada dez anos, será organizado um plano para educação nacional que deverá balizar as políticas públicas do período. Ainda, o artigo destaca que deverá ser destinado um percentual mínimo do PIB a ser aplicado em educação.

Ressalta-se, também, a importância do artigo 227 da Constituição de 1998 que estabeleceu por regra o dever da família, da sociedade e do Estado, em assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, 1998).

Por meio dos artigos 227 e 6º da constituinte, tem-se o que foi denominado de “o direito à proteção da Criança, do Adolescente e do Jovem”. Entendido como um direito fundamental, está ancorado na doutrina da proteção integral, que será vista no próximo tópico.

Percebe-se, portanto, que a Constituição de 1988 não só positivou o direito à educação no capítulo dos direitos sociais, como também esmiuçou o seu conteúdo, atribuindo-lhe significativa densidade normativa. Assim, o texto constitucional apresentou um modelo educacional em que o Estado, em conjunto com a família, assume o dever de criar condições para que todo cidadão tenha acesso à educação pública e gratuita, em idade adequada.

Esse posicionamento foi o marco para o desenvolvimento dos demais documentos legais sobre o direito à educação, destacando-se aqui a Lei n. 8.069/90 e o Estatuto da Criança e do Adolescente (TOLEDO, 2016, p. 10).

2.3 DIREITO À EDUCAÇÃO NO ÂMBITO INFRACONSTITUCIONAL

A Constituição de 1988 trouxe uma nova perspectiva ao direito à educação. Contudo, melhorar a qualidade de ensino não depende apenas da Carta, mas também, de fatores econômicos, políticos, de engajamento da sociedade, de estruturas que, de fato, levem o direito à educação a ser prioridade política no país. Desse modo, o direito à educação depende de um aparato estatal, isso é, requer a alocação de recursos materiais e humanos (TOLEDO, 2016).

Para tanto, a Constituição delegou aos entes federativos atribuições de ordem material, quando determinou a cada um deles o dever de contribuir, anualmente, com um percentual mínimo estabelecido em Lei, proveniente das suas receitas, dessa forma: a União com 18% (dezoito por cento) e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios com 25% (vinte e cinco por cento) (SOUSA, 2010, p. 52).

Além disso, como já mencionado, o constituinte cuidou de regular a competência legislativa dos entes da Federação. Então, à União compete legislar, de maneira privativa,

sobre as diretrizes e bases da educação em todo o Brasil, podendo legislar de maneira concorrente os Estados, o Município e o Distrito Federal.

Ainda, na esfera infraconstitucional, em 13 de julho 1990, foi editada a Lei n. 8.069, que estabeleceu o Estatuto da Criança e do Adolescente. A presente Lei busca dar efetividade ao que já preconizava a Constituição sobre o direito à educação, no que tange à imediata exigibilidade desse direito perante o Poder Judiciário (SOUSA, 2010, p. 52).

A conhecida Lei n. 8.069/90, Estatuto da Criança e do Adolescente, traduz-se na normatização do art. 227 da Constituição Federal de 1988, que expressa ser dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente o direito à vida, à saúde, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação e opressão (TOLEDO, 2016).

O documento estabelece uma mudança de foco legal, comparado ao disposto no antigo código de menores sobre a infância e adolescência, apresentada como uma fase única do desenvolvimento. Os direitos referentes à educação encontram-se entre os artigos 54 e 59 do ECA.

Merece também, certo destaque, o artigo 7º do ECA, que dispõe sobre a proteção da criança, pois dispõe que a criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência (BRASIL, 1990).

Determina, em seu artigo terceiro, que a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes a pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral a qual trata essa Lei. Reitera, em seu artigo quarto, sobre o dever da família, da comunidade, da sociedade e do poder público, a efetivação dos direitos a vida, saúde, educação, esporte e lazer.

Mello e Moreira (2015) determinam que, ao considerar o direito interno e, ainda, observar as regras internacionais, é possível identificar quais são os documentos essenciais para a sua proteção:

- a) no plano interno, os artigos 227 e 228 da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, integrada ao nosso sistema jurídico por meio do Decreto nº 99.710/90, bem como outras legislações complementares;
- b) na esfera internacional, destacam-se: a Declaração Universal dos Direitos da Criança (1959), O Pacto de San José, da Costa Rica (1969), As Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude, ou “Regras de Beijing” (1985), As Regras das Nações Unidas para a Proteção de Menores Privados de Liberdade (1990), as Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da delinquência juvenil, ou “Diretrizes de Riad” (1990) e a Declaração e Programa de Ação de Viena (1993), dentre outros.

A doutrina da proteção integral da criança e do adolescente, por sua vez, sustenta-se no tripé que reconhece a) a criança e o adolescente como pessoas humanas em desenvolvimento; b) o valor de perpetuação da espécie humana; c) a situação de vulnerabilidade das crianças e dos adolescentes.

Assim, reafirma-se a necessidade de garantir o gozo e pleno exercício dos Direitos Fundamentais às crianças e aos adolescentes, para que possam alcançar o seu pleno desenvolvimento, seja ele físico, mental, espiritual ou, ainda, social (MELLO; MOREIRA, 2015, p. 646).

Nesse mesmo parâmetro, buscando efetivar os princípios ditados pela CF/88, como a igualdade de acesso e permanência na escola, a gestão democrática, o pluralismo de ideias e concepções pedagógicas, entre outros, e não encontrando mais respaldo na Lei n. 5.692/71, fruto da ditadura militar, fez-se necessária uma nova Lei para nortear a educação nacional. Nesse contexto, surgiu a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDBEN), Lei n. 9.394/96.

Segundo Hein (2019), a LDBEN afirma que a educação é um processo de formação do indivíduo, que atravessa todos os campos de ação do homem, desde suas ações na vida familiar até a sua vida profissional. É por meio da educação que o sujeito desenvolverá suas habilidades para refletir sobre a realidade social e tomar decisões para transformar a sociedade em que está inserido.

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDBEN), Lei n. 9.394/96, possui grande amplitude no sistema educacional nacional, normatizando desde a educação infantil até o ensino superior no país (TOLEDO, 2016). Em seu artigo 3º, dispõe uma gama de princípios, os quais servem de bússola para o restante do ordenamento, veja-se:

Art. 3º O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:
 I – igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;
 II – liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar a cultura, o pensamento, a arte e o saber;
 III – pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas;
 IV – respeito à liberdade e apreço à tolerância;
 V – coexistência de instituições públicas e privadas de ensino;
 VI – gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais;
 VII – valorização do profissional da educação escolar;
 VIII – gestão democrática do ensino público, na forma desta Lei e da legislação dos sistemas de ensino;
 IX – garantia de padrão de qualidade; X – valorização da experiência extraescolar;
 XI – vinculação entre a educação escolar, o trabalho e as práticas sociais;
 XII – consideração com a diversidade étnico-racial. (Incluído pela Lei n. 12.796, de 2013.)

Ademais, a Lei n. 9.394/96, em seu art. 5º, faz questão de ressaltar a garantia de intervenção junto ao Poder Judiciário como meio de dar efetividade aos direitos nela

consagrados, do mesmo modo que o art. 227, *caput*, da Constituição tratou de assegurar as crianças e aos adolescentes vários direitos, entre eles o da educação, dos quais terão absoluta prioridade com relação ao seu gozo (SOUSA, 2010).

Segundo Carneiro (1998), os grandes objetivos da LDBEN são:

(a) o conceito abrangente de educação; (b) vinculação da educação com o mundo do trabalho e com as diferentes práticas sociais; (c) padrões mínimos de qualidade de ensino, como forma de ensejar o cumprimento da obrigatoriedade de ensino; (d) pluralidade de formas de acesso aos diversos níveis de ensino; (e) avaliação da qualidade do ensino pelo Poder Público; (f) definição da responsabilidade da União, dos Estados, dos Municípios, das escolas e dos docentes; (g) configuração dos sistemas federal, estaduais e municipais de ensino; (h) mapa conceitual preciso da educação escolar e básica; (i) requisito de relação adequada entre o número de alunos e professores, a carga horária e as condições materiais da escola; (j) construção da identidade do ensino médio; (l) resgate da natureza e da finalidade da educação profissional; (m) precisão conceitual para os elementos de despesas no âmbito da manutenção e do desenvolvimento do ensino; (n) fortalecimento das fontes e dos canais de financiamento da educação, incluída a fixação dos prazos de repasses de recursos para Estados e Municípios; e, (o) reconfiguração da base curricular tanto na educação básica como um todo, como do ensino médio em particular.

O surgimento da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDBEN) serviu também para detalhar ainda mais as ações a serem empreendidas, configurando, assim, as atribuições solidárias que devem reger as atividades de cada instância de poder educacional público.

Além da LDBEN, existem outras diretrizes nacionais voltadas para os diferentes aspectos da educação, pois seu intuito é o de indicar a direção a ser seguida para colocar em prática os preceitos legais. Dessa forma, as demais diretrizes têm a incumbência de sistematizar os princípios legais e transformá-los em orientações para assegurar a formação básica comum em território nacional. Por fim, as diretrizes podem ser organizadas em forma de decretos federais ou estaduais (TOLEDO, 2016).

Outra importante norma é o Plano Nacional de Educação, viabilizado por meio da Emenda Constitucional n. 59/2009 e que assumiu o papel de articulador do sistema nacional de ensino. Trata-se de um plano decenal de consulta obrigatória para a construção dos planos dos demais níveis do sistema educacional, cuja evolução do cumprimento das metas pactuadas será acompanhada a cada dois anos pelo INEP, pela avaliação de indicadores do rendimento escolar, bem como indicadores de avaliação institucional (TOLEDO, 2016).

A versão do Plano de 2014, por exemplo, fixa 20 (vinte) metas para a educação brasileira, a serem atingidas durante o período de 2014 a 2024.

Desse modo, torna-se claro que o principal objetivo das Leis, mais especificamente Leis em matéria de educação, é a garantia de direitos iguais e a composição das

reivindicações sociais mais preeminentes. O ordenamento jurídico deve estar determinado por uma estrutura capaz de fazê-lo melhor se adaptar as realidades específicas, garantindo-o para o desafio colocado pela sociedade pluralista mais complexa e diversificada.

2.3.1 Direito à creche

O reconhecimento da criança como sujeito de direitos é recente e foi marcado por embates e discussões da sociedade civil, que resultaram na criação de políticas e de Leis. Como mencionado anteriormente, no Brasil não havia programas de educação voltados para a educação infantil.

As crianças de classes sociais mais favorecidas tinham acesso ao ensino, enquanto aquelas que eram órfãs ou consideradas delinquentes recebiam atendimento assistencial em internatos ou orfanatos (SOUZA; GARCIA, 2015; SOARES, 2016, apud MOLETTA el at. 2018).

Com o advento da nova constituinte em 1934, promulgou-se uma série de novos princípios de suma importância para a educação. Ainda em 1940, com a criação do Departamento Nacional da Criança, estabeleceram-se normas para o funcionamento de creches, que incluíam preocupações com a higiene do ambiente físico e a atuação de profissionais da saúde (SOUZA, GARCIA, 2015, apud MOLETTA el at. 2018).

Por sua vez, nas décadas de 1970 e 1980, a luta pela defesa da educação infantil recebeu o auxílio dos grupos feministas, deixando claras as modificações do papel da mulher na sociedade e auxiliando no desenvolver do direito à educação.

Na década de 80, com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, houve outro grande marco na busca pela efetivação do direito à educação. Na aludida constituição se encontram referências à educação como direito de todos, como dispõe o art. 205; à igualdade de condições para acesso e permanência na escola; à gratuidade de ensino nos estabelecimentos públicos, conforme o artigo 6º, e ao dever do Estado de garantir atendimento “[...] em creche e pré-escolas a crianças de zero a seis anos de idade [...]” em seu artigo 8º (MOLETTA, 2018).

Esclarece Kuhlmann Jr., que:

durante o regime militar, que tantos prejuízos trouxe para a sociedade e para educação brasileira, se iniciou uma nova fase, que teve seus marcos de consolidação nas definições da Constituição de 1988 e na tardia Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional de 1996. A legislação nacional passa a reconhecer que as creches e pré-escolas, para crianças de 0 a 6 anos, são parte do sistema educacional, primeira etapa da educação básica (Kuhlmann Jr., 2000, p. 6).

Nesse contexto, com o advento do ECA, as crianças e os adolescentes passaram a ser reconhecidos como cidadãos em desenvolvimento; no entanto, eles não passaram a ser comparados com os adultos, mas sim, assegurados por essa Lei especial. Além disso, uma das principais mudanças ocorridas com a criação do ECA foi o fato de que as escolas passaram a ser locais de realização de direitos das crianças.

Traz ainda o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90):

Art. 54. É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente:
IV – atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade (Brasil, 1990).

Com o advento da LDBEN, no ano de 1996, tornou-se claro o direito de educar crianças de 0 (zero) a 6 (seis) anos, no que seria a primeira etapa da Educação Básica:

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

Na LDBEN se observou, também, a preocupação em assegurar o direito ao pleno desenvolvimento de crianças e de adolescentes e o direito à educação como complemento desse pleno desenvolvimento. Esse documento declara que o acesso ao ensino é um direito subjetivo (obrigatório) e define que qualquer cidadão, grupo de cidadãos, associações, organizações sindicais, entre outros, poderão exigí-lo ao Poder Público.

A LDBEN, ainda mostra que a educação infantil será oferecida em: “I – creches ou entidades equivalentes, para crianças de até três anos de idade; II – pré-escolas, para as crianças de 4 (quatro) a 5 (cinco) anos de idade” por meio da Lei 12.796 (BRASIL, 2013).

Plano Nacional de Educação de 2001, por sua vez, assegurou que “o atendimento de qualquer criança num estabelecimento de educação infantil é uma das mais sábias estratégias de desenvolvimento humano, de formação da inteligência e da personalidade, com reflexos positivos sobre todo o processo de aprendizagem posterior. Por isso, no mundo inteiro, esse segmento da educação vem crescendo significativamente e vem sendo recomendado por organismos e conferências internacionais” (BRASIL, 2001).

Posteriormente, em 2006, o Ministério da Educação (MEC) apresentou a Política Nacional de Educação Infantil que compreende o direito da criança de 0 (zero) a 6 (seis) anos à educação, traçando diretrizes, objetivos, metas e estratégias para a área, deixando claro o seu papel educacional. Ademais, que a aludida política tem função diferenciada e

complementar à ação da família, o que implica uma profunda, permanente e articulada comunicação entre elas (FERREIRA; GARMS, 2009).

Logo, verifica-se que a educação infantil é um direito assegurado por Lei para crianças de 0 (zero) a 5 (cinco) anos de idade, sendo obrigatória a matrícula de crianças de 4 (quatro) anos em escolas desde 2016, pois corresponde à primeira etapa da Educação Básica (MOLETTA, 2018).

Porém, segundo Kuhlmann (2000), ainda hoje, a educação infantil apresenta vários problemas em face da nova concepção jurídica, tendo, por exemplo, a incorporação das creches aos sistemas educacionais que não tem proporcionado, necessariamente, a superação da concepção educacional assistencialista ou a falta de articulação da educação infantil com as políticas de saúde e de assistência social.

Assim, atualmente, apesar de a educação infantil ter a garantia constitucional de acesso igualitário e universal, constata-se que ainda há dificuldade por parte dos entes federativos em torná-la eficaz.

3 A TEORIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL

Os direitos e garantias fundamentais têm sua natureza jurídica firmada nos direitos fundamentais do indivíduo, os quais foram garantidos no plano internacional pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948. No Brasil, por forte influência da Constituição Mexicana de 1917, pela constituinte Weimar na Alemanha de 1919, e a própria constituinte brasileira de 1934, que possuíam a perspectiva de um Estado Social de Direito, os ditos direitos fundamentais foram organizados em um documento jurídico dotado de força normativa hierarquicamente superior às demais normas do ordenamento jurídico, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (RABELO, 2005, p.82).

Nesse cenário, não basta apenas a garantia dos direitos, mas se faz necessário uma contraprestação positiva por parte do Estado, a fim de efetivamente cumprir com tais garantias. Destaca Tavares (2009), que o Estado possui o dever de buscar a efetivação dos direitos fundamentais, seja a) criando condições normativas adequadas ao exercício desse direito, seja b) na criação de condições reais, com estruturas, instituições e recursos humanos, devendo, portanto, intervir positivamente.

Se os direitos humanos não são compreendidos como fruto das estruturas do Estado, mesmo que sendo efetivados por esse, e sim dá vontade do povo, tais liberdades não duram, senão enquanto subsiste a vontade de mantê-las.

Assim, o mínimo existencial surge como uma garantia de que o constituinte assegurará ao cidadão o mínimo necessário para a sua subsistência, e a partir daquele ponto, buscará a melhoria e ampliação de tais garantias.

Torres (1989) afirma que o mínimo existencial carece de conteúdo específico, porém, ainda assim, abrange qualquer direito, mesmo que não fundamental, considerado, em sua dimensão, essencial e inalienável. Não sendo ele mensurável, mas estando diretamente ligado à ideia de justiça e de redistribuição da riqueza social.

3.1 ORIGEM E DEFINIÇÃO

Como apresentado no capítulo anterior, os direitos fundamentais possuem duas funções principais, (1) proteger o indivíduo contra os abusos Estatais, e (2) estabelecer o direito às ações positivas do Estado.

No Brasil, a incorporação dos direitos fundamentais, principalmente os de caráter sociais, encontrou certa resistência por parte dos aplicadores do direito, por se tratar de um

processo que advém da própria interpretação sistemática do ordenamento constitucional (BITTAR, 2014, p. 30).

Embora lenta, a evolução dos direitos sociais ganhou lugar de destaque com a Constituição de 1988, a qual reservou título próprio para consagrar os direitos e garantias fundamentais, organizando-os em direitos e deveres individuais e coletivos, direitos sociais, direitos da nacionalidade, direitos políticos e de partidos políticos (RABELO, 2005).

Como se sabe, a Constituição de 1988 possui caráter social, pois já em seu primeiro artigo faz menção ao princípio da dignidade da pessoa humana. Irradia-se desse princípio o ideal de liberdade, de igualdade e de solidariedade, presentes desde a Revolução Francesa. Ainda, conforme alude Torres (2009, apud ANGELUCCI), é por meio desse princípio que emanam os direitos fundamentais de caráter social, que se encontram majoritariamente no artigo sexto.

O artigo 6º da Constituição Federal tratou de dispor sobre a maioria dos direitos fundamentais sociais básicos. Determinou, ainda, que essa norma constitucional deverá ser concretizada a partir da interpretação conjunta com os princípios da dignidade da pessoa humana, justiça social, solidariedade, igualdade material ou ainda substancial, com vistas à construção de uma sociedade livre, justa e solidária, objetivando a erradicação da pobreza e da marginalização, além de minorar as desigualdades sociais (MELLO; MOREIRA 2015, p. 572).

Isso ocorre, pois assim “como as liberdades públicas, os direitos sociais não são meros poderes de agir, mas sim poderes de exigir. São direitos de crédito”, como aponta Ferreira Filho (2006). Assim, faz-se necessário que o legislador crie mecanismos que tornem efetivos os direitos fundamentais e a realização de políticas públicas, visando à fomentação e o cumprimento de seus objetivos em fornecer as devidas prestações a todos os cidadãos, buscando o atendimento ao mínimo existencial e à vida digna (MELLO; MOREIRA, 2015).

Portanto, os direitos sociais estão diretamente ligados ao mínimo existencial, pois, havendo um resguardo nas condições de existência humana digna, o mínimo existencial se torna uma forma de exigir do Estado prestações positivas. Uma garantia de que todos possuam condições mínimas favoráveis ao seu desenvolvimento.

Alexy (2008) enfatiza o caráter subjetivo a que pertence o mínimo existencial, referindo-se a esse como uma parcela dos direitos fundamentais sociais que necessita de proteção mais intensa, por se tratar de normas vinculantes que tratam de direitos subjetivos (apud ANGELUCCI, 2014).

O mínimo existencial não tem dicção constitucional própria. Nasce na ideia de liberdade, nos princípios constitucionais da igualdade, do devido processo legal e da livre iniciativa, na Declaração dos Direitos Humanos e nas imunidades e privilégios do cidadão (TORRES, 1989).

Por possuir íntima relação com o princípio da dignidade da pessoa humana, ao conceituar o mínimo existencial, não há dissenso em defini-lo como “o conjunto das condições materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida digna” (SARLET, 2007, p. 105).

Um conceito que se encontra intimamente ligado à ideia de justiça e de redistribuição da riqueza social. Torna-se termo variável, não podendo determinar precisamente suas dimensões. Nas palavras de Torres (1989):

Sem o mínimo necessário à existência cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais da liberdade. A dignidade humana e as condições materiais da existência não podem retroceder aquém de um mínimo, do qual nem os prisioneiros, os doentes mentais e os indigentes podem ser privados."

Para Torres (2009), a ideia de mínimo existencial se entrelaça de tal modo com a ideia de liberdade que, havendo a ausência de um mínimo necessário à existência digna, o homem perderia também as condições para o exercício da liberdade. Nesse sentido, não seria possível alcançar uma liberdade sem que haja condições materiais mínimas para constituir os pressupostos para a sua realização.

Torres (2009) ainda destaca que o mínimo existencial possui as mesmas características básicas dos direitos da liberdade, pontuando-as:

a) é pré-constitucional, uma vez que é inerente ao indivíduo; b) constitui direito subjetivo; c) possui validade erga omnes; d) não se esgota no art. 5º da Constituição e em nenhum outro catálogo anterior; é dotado de historicidade, ou seja, varia de acordo com o contexto social; e) é indefinível, aparecendo na forma de cláusulas gerais e de tipos indeterminados; f) é universal, já que alcança todos os indivíduos; g) é negativo, pois seu status negativus protege o cidadão contra a interferência do Estado ou de terceiros; h) é dotado também do status positivus libertatis, pois gera a obrigação da entrega de prestações estatais individuais; i) demanda garantias institucionais e processuais que são custosas para o Estado; j) é plenamente justicável; k) possui eficácia imediata, não dependendo de complementação legislativa (TORRES, 2009, p. 40, apud Angelucci, 2014, p. 08).

Por isso, há certa complexidade ao conceituar o mínimo existencial. Para compreendê-lo, faz-se necessário analisar o caso concreto, as lacunas da legislação e encontrar as bases que o fundamentam. Desse modo, mesmo que o mínimo existencial não seja diretamente mencionado na constituição, encontra-se, de forma indireta, intimamente ligado aos princípios que norteiam a liberdade, a igualdade e a fraternidade.

Torres (2009) nomeia os seguintes direitos como componentes essenciais ao cumprimento do mínimo existencial: direito à educação, à moradia, o direito à assistência jurídica e o direito à seguridade social, incluindo-se nesse último, o direito à saúde, previdência e à assistência social.

Reforça, também, a aplicabilidade do artigo 208 da Constituição de 1988, que discorre sobre a garantia do direito à educação de forma gratuita, efetivando-se com a garantia de ensino fundamental e médio de forma gratuitas, caracterizando-se um mínimo brasileiro. Nesse sentido, tem-se:

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

- I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria;
- II - progressiva universalização do ensino médio gratuito;
- III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;
- IV - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade;
- V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;
- VI - oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando;
- VII - atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.

§ 1º O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.

§ 2º O não-oferecimento do ensino obrigatório pelo poder público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente.

§ 3º Compete ao poder público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela frequência à escola.

Por se equiparar a um direito subjetivo, o mínimo existencial pode ser demandado judicialmente, ou seja, o indivíduo pode recorrer ao judiciário para exigir as devidas prestações do Estado (TORRES, 2009).

Barcellos (2008, p. 309-310, apud FONSECA, 2018), por sua vez, seguindo a linha de Torres, apresenta uma proposta de mínimo existencial composta por quatro pontos, dos quais três possuem caráter material, sendo eles: o ensino fundamental gratuito, prestações de saúde preventiva e a assistência aos desamparados. Cita também um de caráter instrumental, que seria o acesso à justiça, defendido por Torres, que possibilita a realização desses três elementos de caráter material. Para Barcellos, sem essas prestações, o princípio da dignidade da pessoa humana se considera violado.

Vale destacar que, ao se referir sobre o essencial de determinado direito fundamental social, esse irá variar de acordo com o contexto histórico, cultural, social e econômico do país em questão. Não se pode, por exemplo, esperar que o mínimo resguardado ao direito à

educação no Brasil seja o mesmo de outro país. É necessário discorrer sobre a ponderação do mínimo existencial.

Angelucci (2014) leciona sobre o tema, trazendo inicialmente uma simples divisão acerca dos direitos fundamentais, dividindo-os em três critérios, quais sejam:

i) podem se tratar de normas garantidoras de direitos subjetivos ou objetivos; ii) podem ser normas vinculantes ou não vinculantes (sendo enunciados programáticos, no último caso); iii) podem fundamentar direitos e deveres definitivos ou *prima facie*, ou seja, regras ou princípios. Sendo assim, a proteção mais forte diz respeito às normas vinculantes que garantem direitos subjetivos definitivos a prestações, enquanto a proteção mais fraca relaciona-se às normas não vinculantes que tratam somente de um dever estatal objetivo *prima facie* à concretização de prestações (ANGELUCCI, 2014, p. 30).

Angelucci (2014) ainda expõe que os casos que exigem grande proteção são os que se referem ao direito do mínimo existencial. De fato, enquanto os demais direitos fundamentais sociais sejam, de maneira geral, ponderáveis, o direito ao mínimo é o único direito que não está sujeito a algum tipo de ponderação.

Nesse ínterim, ressalta-se que a ponderação só será aplicável, no que diz respeito ao grau mínimo do conteúdo dos direitos fundamentais sociais, aos que o indivíduo possuir no caso concreto. Busca-se extrair, entre os princípios, o conteúdo mínimo dos direitos sociais, delimitar um mínimo existencial.

Como mencionado anteriormente, o patamar mínimo referente a todo e qualquer direito social irá variar no contexto do país que se busca sua efetivação. Ainda, havendo a delimitação desse mínimo a ser prestado pelo Estado, não significa que a obrigação dele esteja esgotada. Existindo consequentes melhorias nas condições sociais e econômicas do país, podem alterar o contexto em que os direitos fundamentais sociais são exigíveis e é evidente que, neste caso, deve ser também elevado o patamar mínimo de concretização destes direitos (TORRES, 2009).

3.2 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

De acordo com o que já fora abordado no decorrer da pesquisa, os direitos sociais fazem parte da segunda dimensão dos direitos fundamentais. Esses direitos objetivam assegurar o mínimo de bem estar ao cidadão e remetem à noção de uma existência digna.

A busca por garantir a efetivação dos direitos sociais foi fortemente marcada pela possibilidade de se garantir o mínimo existencial, o qual está intimamente ligado com o ideal de dignidade da pessoa humana. Não há, no entanto, um momento histórico que se defina

como o início da ideia da dignidade humana. Esse princípio originou-se de ideias teológicas e movimentos filosóficos, até que, por fim, passou a integrar o âmbito do direito positivo.

Constituída através do tempo, a ideia de dignidade humana adquiriu um perfil mais nítido a partir do século XVIII. Veio a se consolidar no vocabulário jurídico após os uma longa série de tratados e documentos de cunho internacional, destacando-se a Declaração de Direitos do com Povo da Virgínia, Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, ambas de 1776, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, e principalmente a Declaração dos Direitos do Homem de 1848 (WEYNE, 2012, p. 85).

Passou-se a formular por meio desses documentos uma ideia mais concreta sobre o que viria a ser o princípio da dignidade da pessoa humana. Observa-se tal fato já no artigo 1º da Declaração de Direitos de Virgínia, cujo assegura que:

todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes, e têm certos direitos inatos, dos quais, quando entram em estado de sociedade, não podem por qualquer acordo privar ou despojar seus pósteros e que são: o gozo da vida e da liberdade com os meios de adquirir e de possuir a propriedade e de buscar e obter felicidade e segurança (AMERICA, 1776).

Por conseguinte, a Declaração de Independência Americana dispõe que todos os homens foram criados iguais, dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis e dentre estes estão à vida, à liberdade e a busca pela felicidade. Outrossim, a Declaração Francesa de 1789 enuncia que os homens nascem, são livres e iguais em direitos, como também aponta que as distinções sociais só podem se fundamentar na utilidade comum (WEYNE, 2012, p. 85).

Nesse ínterim, influenciada pelos demais documentos e buscando subverter uma situação de extrema desigualdade, que nascera na França durante o contexto da Revolução Francesa, surgiu a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Esse documento tratou de assegurar a igualdade entre os homens perante a Lei, sendo igualmente admissíveis a todas as dignidades, não havendo distinção alguma além das suas virtudes e talentos. Entretanto, do mesmo modo que os demais documentos acima mencionados, a igualdade tratada neste documento se deu apenas do ponto de vista formal e não material.

Weyne (2012) aduz que, apesar da importante influência dos tratados anteriormente citados, a ideia de dignidade humana emergiu e se consolidou por vias de fato, a partir da Segunda Guerra Mundial. Isso ocorreu por meio de uma reação da comunidade internacional aos regimes totalitaristas que emergiram na época. A partir desse ponto, em meados do século XX, os documentos internacionais e nacionais começaram a reservar uma posição de destaque

para a ideia da dignidade da pessoa humana, a qual passou a assumir função de princípio fundamental da ordem jurídico-política.

O primeiro documento a incorporar tal destaque foi a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que já em seu artigo 1º declara que todos os seres humanos nascem livres e iguais, em dignidade e em direito. Ainda, em seu artigo 25, defende que:

Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle (PARIS, 1948).

No plano nacional, o princípio da dignidade da pessoa humana ganha destaque na Constituição brasileira de 1988, mais que isso, por meio dela, tornou-se o princípio basilar de todo o ordenamento jurídico pátrio.

Sarlet (apud WEYNE, 2012) afirma que o constituinte tomou uma decisão fundamental a respeito do sentido, da finalidade e da justificação do poder estatal e do próprio Estado, ao reconhecer categoricamente que o Estado existe em função da pessoa humana, pois o ser humano constitui a finalidade precípua e não o meio da atividade estatal.

Sobre esse assunto, Silva (1998) reafirma que a dignidade da pessoa humana não é uma criação constitucional, mas um dado preexistente a toda a experiência especulativa, tal como a própria pessoa humana. A constituição, ao reconhecer a sua existência e a sua eminência, transformou-a em um valor supremo da ordem jurídica.

Justamente por isso, Nunes (2018) defende que o principal direito constitucionalmente garantido é o da dignidade da pessoa humana, que se constitui em fundamento do próprio sistema constitucional, sendo o último arcabouço da guarida dos direitos individuais.

Nesse sentido, Sarlet (2007) concebeu a seguinte definição de dignidade da pessoa humana:

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

Nunes (2018) concorda com a citada definição, ao dispor que a dignidade é algo inerente ao indivíduo, pois o ser humano é digno porque é. Destaca, também, a importância da liberdade para a efetivação do princípio da dignidade humana, uma vez que o indivíduo que cresce e se desenvolve em um meio social precisa que seus pensamentos, ações e

comportamentos, sejam respeitados, exercendo a sua liberdade e alcançando, assim, a sua dignidade.

Camargo (apud NUNES, 2018, p. 72), ensina que:

Toda a pessoa humana, pela condição natural de ser, com sua inteligência e possibilidade de exercício de sua liberdade, se destaca na natureza e se diferencia do ser irracional. Estas características expressam um valor e fazem do homem não mero existir, pois este domínio sobre a própria vida, superação. É a raiz da dignidade humana. Assim, toda pessoa humana, pelo simples fato de existir, independentemente de sua situação social, traz na sua superioridade racional a dignidade de todo ser. Não admite discriminação, quer em razão do nascimento, da raça, inteligência, saúde mental ou crença religiosa.

Nunes (2018) atenta-se também para a importância de um vital mínimo a ser imposto pela constituinte, a fim de garantir a possibilidade de realização histórica e real da dignidade da pessoa humana. Defende ainda que, para respeitar tal princípio, deve-se assegurar concretamente os direitos sociais, em especial os elencados no artigo 6º da constituinte que, por sua vez, encontram-se atrelados ao *caput* do artigo 225. Essas normas discorrem sobre os direitos à educação, à saúde, à alimentação, dentre outros, essenciais à qualidade de vida.

Nesse sentido, lecionam Mello e Moreira (2015):

os princípios que permeiam a dignidade da pessoa humana estão fincados no rol dos direitos da personalidade, bem como ancorados no conjunto de direitos fundamentais, de tal sorte que, caso ocorra (des)respeito pela vida, pela integridade psicofísica, pela moral, ou imagem do ser humano, ou suas condições mínimas de existência sejam violadas estar-se-á diante da violação da dignidade da pessoa humana.

Para esses autores, há também uma hierarquia natural entre os direitos humanos, de modo que uns são mais existenciais e necessários que outros. A lista vai crescendo e alterando-se à medida que a Humanidade toma consciência das implicações do conceito de dignidade da vida humana.

Assim, entende-se que o princípio da dignidade da pessoa humana impõe ao Estado, novamente, o dever de abstenção e de conceder condutas positivas, que visem à proteção e o desenvolvimento do indivíduo. Para Sarmento (2000, apud FONSECA, 2002) a obrigação do Estado supera o seu dever de não praticar atos que violem a dignidade humana, tendo em vista que passa a ter o direito de promover a dignidade a qual se refere, por meio de condutas ativas, por exemplo, mediante a garantia de um mínimo vital para cada ser humano em seu território.

3.3 RESERVA DO POSSÍVEL

Canotilho (apud MELLO; MOREIRA, 2015, p. 576) leciona que se consideram pressupostos dos direitos fundamentais uma multiplicidade de fatores, a saber: a capacidade econômica do Estado, da sociedade; o estilo de vida; a distribuição de bens; o nível de ensino, dentre outros, os quais condicionam de forma positiva ou negativa, os direitos econômicos, sociais e culturais. No caso dos direitos sociais, dois pressupostos ganham destaque: distribuição dos bens e da riqueza e o desenvolvimento econômico.

Respectivos parâmetros já se encontravam presentes no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, sendo que este documento já fazia referência à limitação de recursos financeiros em seu artigo 2º, §1, que estabelece:

Cada Estado Membro no presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas.

Ressalta-se que, para o atendimento e a realização dos direitos fundamentais sociais, é necessário que o Estado aja positivamente e invista. Esses investimentos que visam à efetivação do direito, por si só, geram despesas das mais variadas formas, pois tais direitos possuem um custo inerente (MELLO, MOREIRA, 2015).

Entende-se que o Estado é indispensável ao reconhecimento e à efetivação dos direitos, mas o mesmo só funciona em razão das contingências de recursos econômicos e financeiros, logo, os direitos existem até o ponto que o fluxo orçamentário do Estado os permita.

Acerca do assunto, Mello e Moreira (2015) citam Cass Sunstein e Stephen Holmes, que em sua obra *The Cost of Rights*, discutiram sobre os custos dos direitos. Os autores apontam que:

todos os direitos (direitos a prestações ou de defesa) implicam o investimento e a realização de despesas públicas por parte do Estado, com o firme propósito de serem concretizados e poderem ser exercidos por todos. Ocorre que o Estado não possui recursos suficientes e necessários para a efetivação de todos os direitos fundamentais sociais em sua plenitude. Daí que tais direitos fundamentais sociais não podem ser lidos de forma absoluta. Assim, tais direitos não podem ser interpretados como absolutos, já que inexistem recursos financeiros suficientes para a realização plena destes direitos, uma vez que, frise-se, mais uma vez, vivem na dependência dos recursos econômicos do Estado. Cass Sunstein e Stephen Holmes chegam a sugerir na obra acima mencionada uma (re)Leitura do direito subjetivo, na qual a dimensionalidade de seu custo esteja inserida e avaliada (MELLO; MOREIRA, 2015, p. 576).

Sem um planejamento orçamentário concreto e eficaz, o atendimento dos direitos fundamentais, em especial os de caráter social, estão fadados à escassez de recursos. A reserva do possível é, pois, uma condição de atendimento aos referidos direitos, uma vez que o Estado só poderá concretizá-los no limite de seus recursos.

A construção teórica da reserva do possível possui origem alemã, datada no início dos anos 70. Trazia consigo a ideia de que os direitos sociais de prestações materiais dependem da real disponibilidade de recursos financeiros por parte do Estado, disponibilidade que estaria sujeita a decisão dos governantes, parlamentares e sintetizados no orçamento público (MELLO; MOREIRA, 2015).

No Brasil, a teoria da reserva do possível vem se fundamentando na afirmação de que, embora as necessidades humanas sejam infinitas, os recursos financeiros para atendê-las são escassos. Dessa forma, em inúmeras situações o cidadão exige do Poder Estatal a efetivação de determinado direito e recebe uma negativa em face às limitações de ordem econômica (SCAFF, 2005, apud, FONSECA, 2017, p. 49).

Sarlet e Figueiredo (2007) defendem que a reserva do possível possui uma dimensão tríplice, possuindo todos esses referidos aspectos um vínculos entre si e com os demais princípios do ordenamento jurídico, sendo: a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos (materiais e humanos), tendo esse íntima relação com a distribuição das receitas estatais, planejamento orçamentário, legislativo e administrativo, e, no caso do Brasil, reclama equacionamento; c) a proporcionalidade das prestações, em especial no tocante à sua exigibilidade e sua razoabilidade.

Logo, não pode o Estado se ausentar de suas responsabilidades alegando escassez ou falta de recursos. A reserva do possível deve respeitar o núcleo essencial do direito fundamental social, aferível nos casos concretos, sempre se atentando ao princípio da proporcionalidade. Torna-se necessária a garantia de um mínimo existencial face à reserva do possível, a fim de se garantir a dignidade da pessoa humana, mesmo com as restrições orçamentárias do poder público (FONSECA, 2017, p. 49).

Para Olsen (apud FONSECA, 2017), o Judiciário tem dois instrumentos de ponderação ao garantir um direito social: (1) a proporcionalidade enquanto proibição da insuficiência, podendo ser medida em relação às condutas praticadas pelos poderes públicos que tornaram “impossível” a realização do direito fundamental, ou ainda em relação à exigência do titular do direito frente ao Estado e o mínimo existencial. (2) O outro instrumento seria o já mencionado mínimo existencial, pois, embora seja um conteúdo

indefinido e variável, em respeito aos padrões de valores vigentes na sociedade, pode ser considerado um parâmetro para a exequibilidade dos direitos fundamentais sociais sempre que a vida humana digna estiver em risco.

Continuando o raciocínio, a autora entende que a escassez de recursos não pode ser tomada como dogma em virtude das dificuldades econômicas enfrentadas pelo Estado, mas sim, um elemento a ser utilizado na ponderação dos institutos.

A reserva do possível constitui uma espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais, que poderá atuar em determinadas circunstâncias, como garantia dos direitos fundamentais, na hipótese de conflito de direitos, quando cuidar da invocação da indisponibilidade de recursos com o intuito de salvaguardar o núcleo essencial de outro direito fundamental (SARLET; FIGUEIREDO, 2007).

Assim, nos países periféricos em que a situação sócio econômica acarreta muitas desigualdades sociais, deve haver uma vinculação entre a teoria do mínimo existencial, a reserva do possível e os direitos fundamentais sociais. Essa vinculação tem por objetivo garantir a aplicação dos direitos fundamentais para a parcela da população excluída dos patamares mínimos de condições ao exercício de suas capacidades, de modo que faça valer a liberdade real e, então, alcançar as liberdades jurídicas.

Deste modo, apresentada a teoria do mínimo existencial e seus consectários, a exemplo da reserva do possível, o qual não tem o condão de liberar o poder público de suas obrigações constitucionais e legais de garantia do mínimo existencial.

Constatado, também, que o direito à educação integra o mínimo existencial às pessoas, no próximo capítulo, dispor-se-á acerca da concretização do direito fundamental à educação no Município de Tubarão, mediante o pagamento de creches particulares às crianças da municipalidade.

4 CRECHES PARTICULARES PAGAS PELA MUNICIPALIDADE

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 23, define como competência comum a todos os entes da federação o dever de “proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação, à ciência, à tecnologia, à pesquisa e à inovação”; ainda, estabelece, no artigo 22, que “à União compete legislar privativamente sobre as diretrizes básicas de educação”. Outrossim, estipula em seu artigo 214 a criação de um plano nacional de educação, de duração decenal, por meio do qual serão determinadas as diretrizes, metas e estratégias para a política educacional naquele período (BRASIL, 1988).

Esse planejamento possui o objetivo de sanar as irregularidades e dificuldades que foram constatadas durante o último período, a fim de que haja progresso nas metas estabelecidas pelo artigo 214, que são: I - erradicação do analfabetismo; II - universalização do atendimento escolar; III - melhoria da qualidade do ensino; IV - formação para o trabalho; V - promoção humanística, científica e tecnológica do País; VI - estabelecimento de meta de aplicação de recursos públicos em educação como proporção do produto interno bruto (BRASIL, 1998).

O atual plano nacional de educação foi promulgado em 2014 e estabeleceu, dentre outras metas, a universalização da educação infantil na pré-escola para as crianças de 4 (quatro) a 5 (cinco) anos de idade. Ainda, determina como um de seus objetivos, a busca por ampliar a oferta de educação infantil em creches de forma a atender, no mínimo, 50% (cinquenta por cento) das crianças de até três anos até o final da vigência do atual PNE (BRASIL, 2014).

Embora o caráter de legislar sobre as diretrizes gerais da educação seja privativo da União, a constituinte atribui aos demais entes federativos legislar concorrentemente em determinados assuntos, entre eles a educação, a cultura, o ensino, o desporto, a ciência, a tecnologia, a pesquisa, o desenvolvimento e a inovação (BRASIL, 1998).

Novamente, a Constituinte em seu artigo 30, ao arrolar as competências municipais, determina que: a esses entes federativos competem manter a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, os programas de educação infantil e de ensino fundamental. Assim, respeitando suas próprias particularidades, cada ente federativo deverá dispor, por meio de Leis e decretos, efetivos planos de ação, a fim de chegarem ao objetivo comum: o desenvolvimento nacional e a concretização da dignidade da pessoa humana.

No âmbito educacional, em Tubarão, a Lei nº 4.268, de 24 de julho de 2015, foi a responsável por aprovar o Plano Municipal de Educação de Tubarão e demais providências.

4.1 CONTEXTUALIZAÇÃO DA SITUAÇÃO DAS CRECHES E O ATO MUNICIPAL

O Município de Tubarão se encontra localizado na região sul de Santa Catarina. É sede da Associação dos Municípios da Região de Laguna (AMUREL) e está a 140 km ao sul de Florianópolis, a Capital de Santa Catarina. Conta com aproximadamente 105.448 mil habitantes (IBGE, 2019), de modo que desses habitantes, cerca de 27.173 mil crianças e jovens frequentavam creches ou escolas, conforme demonstrado pelo último levantamento registrado pelo IBGE.

Tubarão, conforme demonstram as informações disponibilizadas pela Prefeitura, possui cerca de 32 Centros de Educação Infantil (CEIs) e 14 Escolas Municipais de Educação Básica (EMEB) (TUBARÃO, 2019).

Por ser um dos entes federativos, o Município, nos termos do artigo 30, II da CRFB/88, legisla concorrentemente com a União sobre uma série de assuntos, entre eles, a educação. Nesse ínterim, o artigo 208 possui destaque, tendo em vista que é um artigo que trata do direito à educação e sua característica como matéria concorrente entre os entes federativos (BRASIL, 1988).

O artigo demonstra a necessidade do corpo legislativo ante a implementação de sistemas de cooperação entre as diversas esferas do sistema educacional, torna-se nítida a necessidade de normatização. Assim, alternativas são criadas e é possível garantir a efetividade o direito. Assume-se aqui, a importância do poder legislativo, cujo papel é propor projetos de Lei que concretizem os compromissos constitucionais de acordo com as possibilidades de cada esfera do sistema, seja federal, seja estadual ou municipal (SOUSA, 2010).

Acerca do princípio federativo, Sousa (2010) leciona:

A Constituição de 1988 menciona a existência do princípio federativo quando, explicitamente, ressalta que a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal organizarão, em regime de colaboração, seus sistemas de ensino. Com isso, não há um sistema nacional de ensino, mas este se concretiza no mundo dos fatos por meio da coordenação exercida pela União, que integra as políticas públicas, as ações e as exigências comuns a todos os integrantes dos demais sistemas, com o fim de atingir os objetivos nacionais traçados no Plano Nacional de Educação (SOUSA, 2010, p. 55).

Para tanto, o Município conta com o apoio da Fundação Municipal de Educação. Criada pela Lei Complementar nº 37, editada em 30 de março de 2011, a Fundação Municipal de Tubarão, atua em conjunto com a Secretaria de Educação do Município e nos termos do artigo 1º da referida Lei, é pessoa jurídica de direito público interno, entidade beneficente de

assistência social, com autonomia administrativa e financeira. É vinculada à Secretaria Municipal de Educação, destinada a executar a política de Educação do Município de Tubarão, promovendo diretamente as ações e programas para a promoção e o incentivo à educação (TUBARÃO, 2011).

O parágrafo 4º da referida Lei dispõe que lhe caberá a promoção da educação inspirada nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana, a fim de garantir o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho (TUBARÃO, 2011).

Ainda, quanto às suas competências, destacam-se:

Art. 4º [...]

I - executar ações e programas de educação pré-escolar, fundamental, diretamente e exclusivamente no contexto público, através de profissionais habilitados;

II - administrar, coordenar e fiscalizar todas as atividades e serviços prestados pelas Escolas Municipais e conveniadas, em todos os níveis;

III - organizar, coordenar e desenvolver programas de educação;

IV - exercer quaisquer outras atividades relacionadas com a educação infantil e anos iniciais do ensino fundamental;

V - formular, coordenar e executar a política municipal de educação em conformidade com as diretrizes emanadas pelo Ministério da Educação e entidades competentes;

[...]

XI - autorizar, credenciar e supervisionar os estabelecimentos do seu sistema de ensino;

XII - oferecer a educação infantil em creches e pré-escolas e, com prioridade, o ensino fundamental, permitida a atuação em outros níveis de ensino somente quando estiverem atendidas plenamente as necessidades de sua área de competência e com recursos acima dos percentuais mínimos vinculados pela Constituição Federal à manutenção e desenvolvimento do ensino;

[...]

XVI - celebrar, avaliar e controlar a execução de convênios e contratos celebrados com entidades públicas ou privadas prestadoras de serviços e ou participantes da execução das atividades de educação pública;

[...]

Parágrafo Único: na consecução dos seus objetivos, a Fundação Municipal de Educação de Tubarão atuará, diretamente ou através de terceiros, mediante contratos, convênios, acordos, parcerias, ajustes ou quaisquer outros instrumentos contratuais cabíveis para tanto (TUBARÃO, 2011).

Diante do exposto, tem-se que uma das principais preocupações do Município é a garantia do direito à educação e seu papel para a formação do indivíduo. Para tanto, o ente segue o que é determinado constitucionalmente e acresce, a cunho próprio, outras diretrizes e normas para o cumprimento das respectivas determinações.

A exemplo, buscando o cumprimento do estipulado pela Emenda Constitucional nº 59/2009, que acresceu o inciso VI do artigo 214 na Constituição Federal, o Município, nesse ato representado pela Fundação Municipal de Educação, desde 2015 realiza encontros com a participação de representantes de diversos segmentos sociais que juntos elaboraram o atual Plano Municipal de Educação (TUBARÃO, 2015).

O Plano Municipal de Educação – PME – possui ligação direta com o Plano Nacional de Educação – PNE e ambos têm como objetivos a: I - erradicação do analfabetismo; II - universalização do atendimento escolar; III - melhoria da qualidade do ensino; IV - formação para o trabalho; V - promoção humanística, científica e tecnológica do País; VI - estabelecimento de meta de aplicação de recursos públicos em educação como proporção do produto interno bruto (TUBARÃO, 2015).

O atual PME foi aprovado e promulgado pela Lei nº 4268, de 24 de julho de 2015, e assim como o plano nacional, possui vigência decenal, compreendendo os anos de 2015 a 2024. Quanto às suas diretrizes, estão dispostas em seu artigo segundo, sendo elas:

Art. 2º São diretrizes do PME:

- I - erradicação do analfabetismo;
- II - universalização do atendimento escolar;
- III - superação das desigualdades educacionais, com ênfase na promoção da cidadania e na erradicação de todas as formas de discriminação;
- IV - melhoria da qualidade da educação;
- V - formação para o trabalho e para a cidadania, com ênfase nos valores morais e éticos em que se fundamenta a sociedade;
- VI - promoção do princípio da gestão democrática da educação pública;
- VII - promoção humanística, científica, cultural e tecnológica do País;
- VIII - estabelecimento de meta de aplicação de recursos públicos em educação como proporção do Produto Interno Bruto - PIB, que assegure atendimento às necessidades de expansão, com padrão de qualidade e equidade;
- IX - valorização dos (as) profissionais da educação;
- X - promoção dos princípios do respeito aos direitos humanos, à diversidade e à sustentabilidade socioambiental (TUBARÃO, 2015).

Para garantir a efetividade de suas diretrizes, o referido Plano configurou cerca de vinte metas com suas respectivas estratégias, e as anexou à Lei nº 4268, de 24 de julho de 2015. De modo geral, as metas tinham como objetivo a universalização do ensino público para as crianças e adolescentes do Município, portadoras de necessidades especiais ou não (TUBARÃO, 2015). Destaca-se que um dos grandes problemas na comunidade era, justamente, a falta de vagas na rede pública de ensino, principalmente no que tange a pré-escola.

Contudo, como apontado anteriormente, o direito à educação é uma garantia constitucional. A Constituição da República, assim como diversos diplomas infraconstitucionais, a exemplo da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional e o Estatuto da Criança e do Adolescente, reconhecem como direito subjetivo fundamental da criança e do adolescente o acesso universal e gratuito à educação, em todos os níveis, incumbindo ao Estado e à família a sua efetivação, com absoluta prioridade, de maneira que, a despeito das concretas dificuldades de cumprimento das metas de oferta de vagas na Educação Infantil e Pré-Escola, as crianças e suas famílias não podem esperar

Desse modo, a atual constituinte dedicou parte de seu texto para discorrer e proteger o que diz respeito ao direito à educação. Tal resguardo encontra-se no Título VIII (Da Ordem Social), Capítulo III (Da Educação, da Cultura e do Desporto), entre os artigos 205 a 214 (BRASIL, 1988).

Sousa (2010, p. 49) aduz que antes da constituinte atual, havia pouca preocupação estatal em garantir uma educação de qualidade para todos os brasileiros. O ensino público existia de forma assistencial, à disposição daqueles que não tinham condições de arcar com as despesas.

Sousa (2010) ainda alega que hoje o direito à educação deve buscar uma formação humanística e profissional, fixando-se nos princípios da dignidade humana, da igualdade e da solidariedade. Nesse sentido, ressalta-se a importância do artigo 227 da Constituição de 1998 que estabelece o dever da família, da sociedade e do Estado, em assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, 1998).

Na esfera infraconstitucional, há a defesa de tal direito também pela LDB que impõe o acesso ao ensino como um direito subjetivo (obrigatório) e define que qualquer cidadão, grupo de cidadãos, associações, organizações sindicais, entre outros, poderão exigí-lo ao Poder Público.

A LDB impõe que a educação infantil será oferecida em: “I – creches ou entidades equivalentes, para crianças de até três anos de idade; II – pré-escolas, para as crianças de 4 (quatro) a 5 (cinco) anos de idade” por meio da Lei nº 12.796 (BRASIL, 2013).

Ainda assim, apesar de a educação infantil ter a garantia constitucional de acesso igualitário e universal, há dificuldade por parte dos entes federativos em torná-la eficaz. Exemplificando, durante o ano de 2017, o Município ganhou destaque devido à falta de vagas Centros de Educação Infantil, eis que cerca de 600 (seiscentas) famílias aguardavam uma vaga em alguma das unidades escolares.

Para sanar o problema, uma das primeiras soluções adotadas pelo Município durante esse período foi a criação de uma lista de espera, a qual era gerida pelo CRAS, juntamente com o Conselho Tutelar de Tubarão (NOTISUL, 2017). No entanto, foi pouco eficaz, diante do aumento crescente no número de crianças, no descontentamento populacional e nos números de processos judiciais para a concessão de vagas.

Em 2017, em entrevista ao Jornal Notisul, o Promotor de Justiça da Vara da Infância e Juventude da Comarca de Tubarão, Caio César Lopes Peiter, informou ao jornal que no ano de 2016, 96 (noventa e seis) mandados de segurança foram cumpridos para garantir o acesso à educação infantil. Ainda, até meio deste mesmo ano, cerca de 35 (trinta e cinco) mandados já haviam sido cumpridos (NOTISUL, 2017).

Assim, no ano de 2019, o Diretor-Presidente da Fundação Municipal de Educação, Maurício da Silva, emitiu pronunciamento ao comunicar que, como medida temporária, a Prefeitura de Tubarão iria credenciar entidades privadas para atender a demanda de crianças sem acesso à educação (NOTISUL, 2019).

Durante a entrevista dada ao jornal Notisul, o Presidente da Fundação explicou que, no ano de 2019 existiam aproximadamente de 463 (quatrocentos e sessenta e três) crianças de 0 (zero) a 3 (três) anos na fila aguardando uma vaga na educação infantil. Em suas palavras:

Para atender a demanda, será necessário ampliar a estrutura física da rede pública municipal através da construção de novas unidades escolares, o que demandará significativo investimento orçamentário, bem como a realização de concursos públicos para a contratação de professores, auxiliares e gestores escolares. Isso levaria muito tempo, por isso, a parceria com as escolas particulares é a solução mais rápida e viável, neste momento.

O próprio edital de credenciamento, publicado em 2019, reitera o assunto alegando que se de um lado os investimentos requeridos para a aludida ampliação consubstanciam a necessidade de significativo incremento no orçamento da Fundação Municipal de Educação para os exercícios seguintes, de outro, é notório que a estagnação econômica e a demora na retomada do crescimento do País afetou significativamente a arrecadação e, conseqüentemente, a capacidade orçamentária dos entes federativos, em especial dos Municípios. Por essa razão, o Município não conseguiria cumprir a Meta 1 do PNE nos curto e médio prazos (TUBARÃO, 2019).

Portanto, a Fundação Municipal de Educação, objetivando a garantia do direito à Educação Infantil, verificou ser necessário complementar as vagas que ainda não estavam sendo ofertadas pela rede pública, em caráter provisório, até a disponibilização das vagas pelo poder público, mediante cooperação com instituições de ensino da rede privada, com ou sem finalidade lucrativa, com remuneração a ser arcada pelo poder público.

O edital de credenciamento também tratou de citar que tal medida já era utilizada por outros Municípios, entre eles: Boa Vista/RR, Piracicaba/SP, Caxias do Sul/RS, Maringá/PR, Joinville/SC e Salvador/BA, bem como o Distrito Federal, que realizam a complementação de

vagas da rede pública por meio de cooperação com escolas privadas, com reconhecido sucesso (TUBARÃO, 2019).

Ademais, expôs que a contratação das vagas possui caráter provisório, com o propósito de assegurar o direito à educação das crianças do Município de Tubarão enquanto a Prefeitura implementa novas unidades educacionais, com o intuito de promover a ampliação de vagas na rede pública de ensino.

O Presidente, em entrevista dada, afirmou que a medida em questão possuía caráter subsidiário, uma vez que as crianças somente serão encaminhadas à rede privada após o preenchimento de todas as vagas da rede pública e conveniada do Município.

O edital de credenciamento foi publicado em 1 de abril de 2019, sendo regido pelas seguintes Leis: Constituição Federal, especialmente nos arts. 205 a 214, Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015, Resolução nº 5, de 17 de dezembro de 2009, Na Lei 1842/94, Resoluções do Conselho Municipal de Educação em especial a nº 002/2016/COMET/SC, Decreto nº 4.435/2018 (TUBARÃO, 2019).

4.2 CRIANÇAS CONTEMPLADAS COM A CRECHE

O atual Plano Nacional de Educação estipulou, como sua primeira meta, a universalização, até 2016, da educação infantil na pré-escola às crianças de 4 (quatro) a 5 (cinco) anos de idade. Estipulou, ainda, ampliar a oferta de educação infantil em creches de forma a atender, no mínimo, 50% (cinquenta por cento) das crianças de até 3 (três) anos, até o final da vigência do referido PNE (BRASIL, 2015).

Dessa forma, o Plano Municipal de Educação de Tubarão, replicando a meta nacional, acrescentou o marco de atendimento de 55% (cinquenta e cinco por cento) das crianças de 0 (zero) a 3 (três) anos até 2024. Estabeleceu, como estratégia, a expansão das respectivas redes públicas de Educação Infantil segundo padrão nacional de qualidade, considerando as peculiaridades locais e a busca por parcerias, para que os Centros de Educação Infantil (CEIs) pudessem ser ampliados (TUBARÃO, 2015).

Em razão da falta de vagas na rede de ensino infantil ser a principal preocupação da Fundação Municipal, o PME ainda dispõe que uma de suas estratégias para ampliação de oferta a educação infantil seria a realização periódica de um levantamento para averiguar a demanda por creche à população de até 3 (três) anos, como forma de planejar a oferta e verificar o atendimento da demanda manifesta (TUBARÃO, 2015).

Em Tubarão, a medida adotada foi o Cadastro Fila Única, instaurado pelo Decreto Municipal nº 4.435, de 11 de outubro de 2018. O Decreto em questão consistia no cadastro de intenções de vaga para crianças de 0 (zero) a 5 (cinco) anos, completos ou a completar até trinta e um de março do ano em que ocorrer a matrícula, nos Centros de Educação Infantil da Rede Municipal de Ensino de Tubarão (TUBARÃO, 2018).

O Cadastro Fila Única se originou da lista de espera criada para a averiguação de vagas na rede pública de ensino. Mais do que um levantamento para averiguar a demanda pela rede de ensino, o cadastramento permitiu que a FME constatasse que, conforme estipulava o Plano Nacional de Educação (PNE), no que se refere à pré-escola, Tubarão já cumpria com as determinações. Isso porque todas as crianças de 4 (quatro) a 5 (cinco) anos, cujos pais solicitaram vagas para a rede pública, estavam matriculadas na rede municipal e, da mesma forma, como também preconizado pelo PNE, já atende 50% (cinquenta por cento) das crianças até 3 (três) anos (NOTISUL, 2019).

O Cadastro também auxiliou na enumeração de vagas que seriam necessárias ao convênio, tendo em vista que 50% (cinquenta por cento) das crianças de até 3 (três) anos estavam matriculadas na rede pública de ensino e, com o convênio, o Município buscou integrar os outros 50% (cinquenta por cento). Para tanto, respeitou-se a ordem cronológica do cadastro, utilizando-se o critério da menor distância entre a unidade educacional e o endereço em que a família residia (NOTISUL, 2019).

O edital foi promulgado no dia 01 de abril de 2019, e tinha por objeto o credenciamento de instituições educacionais privadas, interessadas em firmar com a Administração Municipal contrato para o atendimento de até 70 (setecentas) crianças para o ano letivo de 2019.

Poderiam participar do credenciamento qualquer entidade educacional privada, regularmente constituída e com sede em Tubarão. O contrato com as entidades que fossem consideradas aptas estabelecia obrigações para a execução do atendimento às crianças de 0 (zero) a 5 (cinco) anos, durante 12 (doze) meses (TUBARÃO, 2019).

As entidades interessadas teriam até o dia 15 de abril de 2019 para apresentar a proposta e entregar os documentos necessários à habilitação. O julgamento das entidades participantes do presente Credenciamento seria realizado pelo Setor de Licitações e Contratos do Município, com apoio da Comissão de Seleção Técnica.

Assim, no dia 08 de maio de 2019, a Prefeitura divulgou a lista de instituições aprovadas, quais sejam: as CEIs Acalanto, Estrela do Sul e Sonho Meu, eis que preencheram os requisitos do edital e foram devidamente credenciadas, em ato realizado no Paço

Municipal. A partir do dia 13 de maio de 2019, 325 (trezentos e vinte e cinco) crianças de 0 (zero) a 3 (três) anos do Município de Tubarão passaram a ser atendidas por essas três escolas da rede particular de ensino (SULINFOCO, 2019).

4.3 O MÍNIMO EXISTENCIAL E O ATO MUNICIPAL: CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO.

O direito à educação se encontra intimamente atrelado ao conceito de mínimo existencial. Isso porque o mínimo existencial existe como base principiológica para a concretização dos direitos fundamentais, aqui mais especificamente do direito à educação, que é pressuposto para a sobrevivência do Estado de Direito. Dele enseja a própria condição de desenvolvimento da personalidade humana de cada indivíduo, consequentemente, da cidadania (SOUZA, 2010).

No Brasil, o conceito de mínimo existencial começa a se desenvolver a partir da Constituição de 1934, essa constituinte foi a primeira a reservar um título específico para a questão da ordem econômica, incluindo no seu corpo os direitos sociais como a educação, a família e a cultura (HACK, 2012, p. 20).

A Constituição de 1988, por sua vez, seguindo o movimento de desenvolvimento social do século XX, destinou um capítulo específico para os direitos sociais. A sociedade passou a cobrar do Estado não mais um comportamento de abstenção, mas sim uma participação ativa na sociedade civil, por meio de prestações positivas. É a partir desse ponto que se começa a desenvolver o conceito de mínimo existencial (SOUZA, 2010).

Os mencionados direitos sociais representam um conjunto de direitos subjetivos individuais que ensejam prestações positivas do Estado e que estão relacionados ao mínimo existencial, ou seja, um amálgama de direitos individuais que permitam às pessoas viverem uma vida com dignidade e respeito (MELLO; MOREIRA, 2015, p. 573).

Ainda sobre o mínimo existencial, Mello e Moreira (2015) lecionam que:

Sem o mínimo necessário à existência cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais da liberdade. A dignidade humana e as condições materiais da existência não podem retroceder aquém de um mínimo, do qual nem os prisioneiros, os doentes mentais e os indigentes podem ser privados.

Miranda (apud MELLO; MOREIRA, 2015, p. 144) afirma que a Constituição confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema dos direitos

fundamentais. Ela repousa na dignidade da pessoa humana, isso é, na concepção que faz a pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado.

Como tratado no capítulo anterior, a proteção do mínimo existencial e suas limitações são definidas pelo princípio da dignidade da pessoa humana. A dignidade da pessoa humana, hoje, é o epicentro do ordenamento jurídico nacional. Torna-se imprescindível seu entrelaçamento com o estudo dos direitos fundamentais e do direito constitucional (MELLO; MOREIRA, 2015, p. 137).

Mello e Moreira (2015) alegam que os direitos humanos fundamentais são o ‘mínimo existencial’ para que o indivíduo possa se desenvolver e se realizar. Havendo, ainda, hierarquia natural entre os direitos humanos, de modo que uns são mais existenciais que outros. Essas definições vão se modificando, à medida que a humanidade vai tomando consciência das implicações do conceito de dignidade da vida humana.

Para Barcellos (apud SOUSA, 2010, p. 26), o acima definido “mínimo existencial”, é formado pelas condições mais básicas para a existência e corresponde a uma fração nuclear da dignidade da pessoa humana, a qual se deve reconhecer a eficácia jurídica positiva ou simétrica.

Logo, para a concretização do mínimo existencial, tendo em vista a ordem constitucional brasileira, devem-se incluir os direitos à educação fundamental, à saúde básica, à assistência no caso de necessidade e ao acesso à justiça (BARCELLOS, apud SOUSA, 2010).

Assim, definindo o mínimo existencial como marco inderrogável do conteúdo mínimo dos direitos fundamentais, é imposto ao Estado que tome medidas para garantir a efetivação dos direitos. Para tanto, necessita de condições materiais para a sua efetivação.

No Brasil, por exemplo, o direito à educação é garantia constitucional, sendo visto como pré-requisito para efetivação dos demais direitos. Sousa (2010) expõe que:

A Carta de 1988 elevou o direito à educação ao status de direito público subjetivo. Nesse contexto, o sentido de realização desse direito é forte a ponto de afastar qualquer recusa do Estado em efetivá-lo. E não basta só a garantia do direito à educação, fazem-se necessárias ações paralelas que permitam à sociedade as condições de chegar até a escola e manter-se nela, bem como a asseguuração de sua qualidade pelo Estado.

Trazendo ao caso concreto do Município de Tubarão, não havia outra opção ao Município além de resolver o problema com a falta de vagas. Isso porque a Constituição Federal dispõe que as normas definidoras dos direitos e das garantias fundamentais possuem aplicação imediata (BRASIL, 1988).

Com base no Plano Nacional de Educação (PNE), no que tange a oferta de vagas para a educação infantil e creches, o Município já cumpria a estabelecida meta de universalizar, até 2016, a educação infantil na pré-escola para as crianças de 4 (quatro) a 5 (cinco) anos, bem como, atendia 50% (cinquenta por cento) das crianças de até 3 (três) anos (NOTISUL, 2019).

No entanto, na elaboração do referido Plano Municipal de Educação, o Município buscou expandir o atendimento a essas crianças e garantir a efetivação do direito para, ao menos, 55% (cinquenta e cinco por cento) delas, visto que a falta de vagas era um problema que já acontecia há vários anos no Município (TUBARÃO, 2015).

Havendo então a necessidade de ampliação de toda a estrutura física da rede pública municipal por meio da construção de novas unidades escolares, o que demandaria significativo investimento orçamentário e a realização de concursos públicos para a contratação de professores, auxiliares e gestores escolares, a Fundação Municipal de Educação se adequou ao ocorrido, a fim de garantir a efetivação do direito e seguir a prerrogativa da primeira meta do PNE.

O Município não poderia garantir a efetivação do direito pela rede pública a não ser contratando e conveniando entidades privadas. Mostra-se aqui que o poder constituinte originário outorgou aos direitos fundamentais uma força normativa mais densa, e ainda sim, permitiu ao legislador infraconstitucional, bem como ao executivo das três esferas da federação, a possibilidade de buscar meios para alcançar a sua efetividade.

Tal medida alcançou significativos resultados, pois no dia 11 de dezembro de 2019, a Prefeitura Municipal de Tubarão anuncia que a fila de Cadastro Único, utilizada para averiguar a lista de crianças que necessitavam de vaga para a rede de ensino, foi zerada.

Considerando os números apresentados no início do projeto, cerca de 740 (setecentas e quarenta) crianças tiveram seu direito ao acesso à educação preservados. Isso graças ao credenciamento das entidades juntamente com as demais medidas, como a construção dos Centros de Educação Infantil São Martinho e São João, com recursos do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE), adequação das escolas Visconde de Mauá e Angélica Cabral e os investimentos de mais de R\$ 1,5 (um vírgula cinco) milhão em obras e serviços (REVISTA ÚNICA, 2020).

Destaca-se que a educação promove o desenvolvimento da personalidade do indivíduo e da cidadania, e contribui para construir a sua identidade social. Assim, o direito à educação mantém íntima relação com os princípios fundamentais da República Brasileira, principalmente com o princípio da dignidade humana (SOUSA, 2010).

Nessa perspectiva, a Carta de 1988 não deixou dúvidas de que o direito à educação, nesse caso o ensino fundamental, é parte importante da condição de dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial. Por conseguinte, ao garantir a essas crianças uma vaga nas creches, a Prefeitura Municipal de Tubarão garantiu, também, o acesso e a efetivação do direito à educação.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho monográfico procurou averiguar se houve a concretização do Direito Fundamental à educação, mediante o pagamento de creches particulares às crianças do Município de Tubarão. Para tanto, a pesquisa foi realizada por intermédio de um estudo qualitativo, no qual se analisou conteúdos legais e doutrinários sobre o tema.

Assim, no primeiro momento do desenvolvimento da presente monografia, buscou-se descrever a evolução histórica normativa dos direitos fundamentais, em especial os de caráter social, dos quais se extrai o direito à educação. Isso porque, a compreensão dos direitos fundamentais é vital para a superação e efetivação do direito positivo.

Citou-se, nesse contexto, os tratados e as declarações que constituíram e garantiram as três gerações de direitos fundamentais. Por conseguinte, demonstrou-se toda a proteção legal que rodeia o direito à educação.

Constatou-se como tal direito se encontra presente na Constituição de 1988, sendo ela a primeira a garantir a efetividade do direito à educação, deixando aparente os polos da relação que envolve o direito à educação. O Estado e a família, tornam-se entes responsáveis pela realização da educação, bem como, toda e qualquer pessoa. Determina-se assim, que todos têm direito à educação e o Estado tem o dever de prestá-la, de forma positiva, assim como a família

Verificou-se, nesse íterim, que a atual Constituição possui caráter social, tendo influência direta da segunda dimensão de direitos fundamentais. Compreendeu-se que esse resguardo excessivo para com o indivíduo, presente na constituinte, possui ligação direta com o período pós-ditatorial, com o movimento de garantias sociais que crescia ao redor do mundo, e com o objetivo de alcançar o que é disposto no artigo primeiro da constituinte: a Dignidade da Pessoa Humana.

Assim, restou demonstrado, que o direito à educação no Brasil possui previsão legal no artigo 6º da Constituição Federal de 1988, no Título VIII. Ainda, entre os artigos 205 a 214, foram dispostas uma gama de informações acerca dos princípios e objetivos que rodeiam tal direito, bem como, os deveres de cada ente Federativo para que seja caracterizada a eficácia e concretização do direito à educação.

Referente as garantias legislativas, foram destacadas algumas das principais Leis nacionais em âmbito infraconstitucional, como o ECA, LDBEN e o PNE, nesse subtítulo, em especial, foi tratado também acerca da garantia legislativa ao direito à creche, destacando novamente os preceitos instituídos pelo Plano Nacional de Educação.

Desse modo, tornou-se claro que o principal objetivo das Leis, mais especificamente Leis em matéria de educação, é a garantia de direitos iguais e a composição das reivindicações sociais mais preeminentes. O ordenamento jurídico deve estar determinado por uma estrutura capaz de fazê-lo melhor se adaptar as realidades específicas, garantindo-o para o desafio colocado pela sociedade pluralista mais complexa e diversificada.

Contudo, foi possível averiguar que a educação infantil apresenta, ainda hoje, vários problemas em face da nova concepção jurídica, tendo, por exemplo, a incorporação das creches aos sistemas educacionais que não tem proporcionado, necessariamente, a superação da concepção educacional assistencialista ou a falta de articulação da educação infantil com as políticas de saúde e de assistência social.

Em seguida, por constituir matéria desenvolvida a partir dos direitos fundamentais, buscou-se destacar a origem e a definição da Teoria do Mínimo Existencial, que, por sua vez, trata sobre a efetividade de aplicação de tais direitos.

Isso porque, não basta apenas a garantia dos direitos, mas demonstrou-se necessário que haja uma contraprestação positiva por parte do Estado, a fim de efetivamente cumprir com tais garantias. Seja criando condições normativas adequadas ao exercício desse direito, seja na criação de condições reais, com estruturas, instituições e recursos humanos, devendo, portanto, intervir positivamente.

Assim, o mínimo existencial refere-se, à proteção mínima de todo e qualquer direito social, que se busca efetivação. Demonstra-se ainda, que havendo a delimitação desse mínimo a ser prestado pelo Estado, não significa que a obrigação dele esteja esgotada, pois existindo consequentes melhorias nas condições sociais e econômicas do país, podem alterar o contexto em que os direitos fundamentais sociais são exigíveis e deve ser também elevado o patamar mínimo.

O capítulo dois, também faz a ligação da Teoria do Mínimo Existencial com a garantia constitucional da Dignidade da Pessoa Humana. Nesse sentido, conceituou-se o princípio da dignidade da pessoa humana, como uma imposição ao Estado, um dever de abstenção e de conceder condutas positivas, que visem à proteção e o desenvolvimento do indivíduo, mediante a garantia de um mínimo vital para cada ser humano em seu território.

Ainda, analisa-se juntamente com a Teoria da Reserva do Possível, demonstrando que, nos países periféricos em que a situação sócio econômica acarreta muitas desigualdades sociais, deve haver uma vinculação entre a teoria do mínimo existencial, a reserva do possível e os direitos fundamentais sociais.

Desse modo, demonstra-se que esta ligação, entre o Mínimo Existencial, a Dignidade da Pessoa Humana e a Reserva do possível, deriva-se do fato de que, para garantir um, seria necessário garantir a aplicabilidade de outro.

Com o objetivo de garantir a todos uma vida digna, é necessário ao legislador sustentar um mínimo de direitos que são assegurados na Constituição. Para isso, o legislador deve contar com uma reserva mínima, uma destinação das verbas públicas para esse fim, constituindo, então, a referida reserva do possível.

Logo, o direito à educação é considerado necessário, já que prepara o indivíduo para o exercício de sua cidadania, exige uma atenção especial por parte do Estado, além de uma contraprestação positiva em que se destine uma reserva do dinheiro público como garantia, ao menos, do mínimo no que tange a efetivação desse direito.

No último capítulo, abordou-se especificamente sobre a situação das creches particulares pagas pelo Município de Tubarão. Constatou-se que há muito o Município sofria com a falta de vagas. Que no decorrer dos anos, principalmente após a criação da Fundação Municipal de Educação e do Plano Municipal de Educação, a principal meta do município foi sanar o referido problema.

Assim, dentre as medidas tomadas, destacaram-se: o aumento no número de vagas, por meio de reformas, como foi o caso das escolas Angélica Cabral e Visconde de Mauá, bem como a construção de outros três Centros de Educação Infantil.

No entanto, tais medidas demandariam significativo tempo e recursos humanos e financeiros, pois seria necessário ampliar a estrutura física da rede pública municipal mediante a construção de novas unidades escolares, o que acarretaria significativo investimento orçamentário, bem como a realização de concursos públicos para a contratação de professores, auxiliares e gestores escolares, circunstância que levou o Município de Tubarão/SC a buscar outras alternativas.

Ressalta-se que o direito constitucional dessas crianças ao acesso à educação estava sendo negado. Por conseguinte, em razão do tempo e das circunstâncias humanas e financeiras, a parceria com as escolas particulares se mostrou a solução mais rápida e viável. Desse modo, o Município credenciou três unidades educacionais de caráter privado, para atenderem as crianças que se encontravam em sua lista de espera.

A contratação das vagas foi uma solução provisória, com o propósito de assegurar o direito à educação das crianças do Município de Tubarão, na forma da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, enquanto o poder público implementava, progressivamente, novas unidades educacionais e promovia a ampliação de vagas na

rede pública de ensino que tem, ainda, caráter subsidiário, uma vez que as crianças somente foram encaminhadas à rede privada após o preenchimento de todas as vagas da rede pública e conveniada do Município.

Independentemente da motivação, a municipalidade não poderia se eximir da responsabilidade de fornecer condições de ensino para essas crianças. Na falta de verbas e de medidas pouco efetivas, foi aplicada a teoria da reserva do possível, a fim de garantir ao menos o mínimo do direito à educação a essas crianças.

Se o Estado não pode cumprir com tal medida, assegurou que outro ente, mesmo que contratado, pudesse fazê-lo, de forma que, com a medida tomada e as unidades credenciadas, até o final do ano de 2019, cerca de 700 (setecentas) crianças foram contempladas com a creche e tiveram seu direito à educação preservado.

Por fim, registre-se que no início de novembro de 2019 a Prefeitura já anunciava que a medida fora um sucesso e que já não havia mais nenhuma criança no Cadastro Fila Única. A medida fez com que o Município resolvesse um problema que já perdurava há anos e em concordância com o que estipulava o PNE.

Nessa perspectiva, consta-se que a Carta de 1988 não deixou dúvidas quanto ao fato de que o direito à educação, nesse caso o ensino fundamental, é parte importante da condição de dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial. Por conseguinte, ao garantir a essas crianças uma vaga nas creches, a Prefeitura Municipal de Tubarão garantiu, também, o acesso e a efetivação do direito à educação.

Conclui-se, portanto, que foi assegurado às crianças de Tubarão o acesso à educação de qualidade, o que, conseqüentemente, permitiu com que várias famílias pudessem retornar ao trabalho, enquanto os filhos estavam em boas condições e seguros.

REFERÊNCIAS

ALVES, Jailson Vieira. Nenhuma criança fora da sala de aula: prefeitura anuncia zeramento da fila na Educação Infantil. **NOTISUL**, Tubarão, 11 dez. 2019. Geral. Disponível em: <https://notisul.com.br/geral/nenhuma-crianca-fora-da-sala-de-aula-prefeitura-anuncia-zeramento-da-fila-na-educacao-infantil/>. Acesso em: 13 nov. 2020.

ANGELUCCI, Paola Durso. Mínimo existencial: conceito e conteúdo. **Periódico Unoesc International Legal Seminar**, Juiz de Fora, 947-958. Disponível em: Recuperado de <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/uils/article/view/4213>. Acesso em: 15 set. 2020.

AZEVEDO, William Geraldo; MÂNICA, Fernando Borges. Parcerias público-privadas como Instrumento de desenvolvimento da infraestrutura educacional no Brasil. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. n. 75, p. 194-215, jan./mar. 2019. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaec/article/view/1043/802>. Acesso em: 24 out. 2020.

BAZILIO, Luiz Cavalieri. **Infância, educação e direitos humanos**. São Paulo: Cortez, 2011. E-book. Acesso restrito via Minha Biblioteca.

BITTAR, Carla Bianca. **Educação e direitos humanos no Brasil**, 1ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2014. E-book. Acesso restrito via Minha Biblioteca.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1996.

BORDIGNON, Fabiano. Filas zeradas nas creches de Tubarão: "Garantir acesso à educação de qualidade às nossas crianças". **Revista Única**, Tubarão, 01 jun. 2020. Geral. Disponível em: <https://lerunica.com.br/2020/06/01/4658/>. Acesso em: 13 nov. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 24 out. 2020.

BRASIL. **EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 1, DE 17 DE OUTUBRO DE 1969**. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Brasília, DF: Ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar, 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm. Acesso em 24 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 10.172, de 9 de janeiro de 2001**. aprova o Plano Nacional de Educação e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110172.htm. Acesso em 24 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.796, de 4 de abril de 2013**. Altera a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, para dispor sobre a formação dos profissionais da educação e dar outras providências. Brasília, DF: Presidência da

República, 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/113005.htm. Acesso em 24 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.005, de 25 de junho de 2014.** Aprova o Plano Nacional de Educação - PNE e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/113005.htm. Acesso em 24 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em 24 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996.** Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Brasília, DF: Presidência da República, 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm. Acesso em 24 out. 2020.

CANIVEZ, P. **Educar o cidadão?** 2ª .ed. Campinas: Papirus, 1991.

CARVALHO, Salo de. **Como não se faz um trabalho de conclusão:** provocações úteis para orientadores e estudantes de direito. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CASTILHO, Ricardo. **Educação e direitos Humanos**, 1ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2016. E-book. Acesso restrito via Minha Biblioteca.

COELHO, Aline Martins. **A eficácia Social do Direito Fundamental à Educação.** 2003. Trabalho de conclusão de curso (Bacharelado em direito) – Universidade Federal de Viçosa, Viçosa, 2003. Disponível em: http://calibre.dpd.ufv.br/get/PDF/Aline%20Martins%20Coelho-A%20Eficacia%20Social%20do%20Direito%20Fundamental%20a%20Educacao_117.pdf. Acesso em: 24 out. 2020.

DIAS, Adelaide Alves. et al. **Educação em Direitos Humanos:** Fundamentos teórico-metodológicos. São Paulo: Editora Universitária João Pessoa, 2007.

DIAS, Liliane. Educação infantil: Falta de vagas causa transtorno às famílias. **NOTISUL**, Tubarão, 08 maio. 2019. Geral. Disponível em: <https://notisul.com.br/geral/educacao-infantil-falta-de-vagas-causa-transtorno-as-familias/>. Acesso em: 13 nov. 2020

DUARTE, Clarice Seixas. A educação como um direito fundamental de natureza social. **Educação e sociedade Revista de ciência da educação.** vol. 28, n. 100 - Especial, p. 691-713, out. 2007. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/es/v28n100/a0428100>. Acesso em: 24 out. 2020.

EQUIPE FORENSE. **Constituição Federal Comentada.** Rio de Janeiro: Editora Forense LTDA, Grupo GEN, 2018. E-book. Acesso restrito via Minha Biblioteca.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional.** 22a ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2006.

FERREIRA, Luiz Antônio Miguel; GARMS, Gilza Maria Zauhy. Educação infantil e a família: perspectiva jurídica desta relação na garantia do direito à educação. **Revista Brasileira de Política e Administração da Educação**. – V.25, n.3, p. 545-561, 2009. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/rbpae/article/view/19664/11462>. Acesso em: 24 out. 2020.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner; SARLET, Ingo Wolfgang. Reserva do Possível, mínimo existencial e Direito a Saúde: Algumas aproximações. **Revista de Doutrina da 4ª Região**. 2007. Out./dez. 2007. Disponível em: https://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html. Acesso em: 22 out. 2020.

FONSECA, Claudia de Oliveira. A concretização dos direitos sociais: o mínimo existencial e a reserva do possível em face do princípio da dignidade da pessoa humana. **Cadernos de Ciências Sociais Aplicadas – Periódicos UESB**, Vitória da Conquista, n. 14 (especial), p. 39-58, 2013. Disponível em: <https://periodicos2.uesb.br/index.php/ccsa/article/view/2002>. Acesso em: 10 de nov de 2020.

FREITAS, Juarez. Parcerias Público-Privadas (PPPs) e desafios out. regulatórios. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Belo Horizonte, n. 23, ano 6, p. 145-177, jan. /mar. 2006. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/442/0>. Acesso em: 24 de out. de 2020.

HACK, Érico. **Direito Constitucional: Conceitos, fundamento e Princípios Básicos**. Paraná: Editora InterSaberes, 2012. E-book. Acesso restrito via Biblioteca Virtual.

HEIN, Ana Catarina Andeloni. **Organização e Legislação da Educação**. 2ª edição. São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2019. E-book. Acesso restrito via Biblioteca Virtual.

IBGE. **Cidade de Tubarão**. [Tubarão, 2019]. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/cidades-e-estados/sc/tubarao.html>. Acesso em: 15 nov. 2020.

KUHLMANN JR., M. Histórias da educação infantil brasileira. **Revista Brasileira de Educação**. nº 14, Mai/Jun/Jul/Ago 2000. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rbedu/n14/n14a02.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2020.

LEONEL, Vilson; MARCOMIM, Ivana. **Projetos de Pesquisa Social**, 2015. Disponível em: [file:///C:/Users/gabs/Downloads/\[57804330528\]Projetos_de_pesquisa_social_livro%20.pdf](file:///C:/Users/gabs/Downloads/[57804330528]Projetos_de_pesquisa_social_livro%20.pdf). Acesso em: 18 de abr. 2020.

LINHARES, Emanuel; SEGUNDO, Hugo Brito Machado. **Democracia e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Atlas, Grupo GEN, 2016. 9788597006575. E-book. Acesso restrito via Minha Biblioteca.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. – 8. ed. – São Paulo: Atlas, 2019.

MELLO, Cleyson de Moraes; MOREIRA, Thiago. **Direitos fundamentais e a Dignidade da** MOLETTA, Ana Keli; BIERWAGEN, Glaucia Silva; TOLEDO, Maria Elena Roman de Oliveira. **A educação infantil e a garantia dos direitos fundamentais da infância.** São Paulo: Grupo A, 2018. E-book. Acesso restrito via Minha Biblioteca.

NUNES, Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana:** doutrina e jurisprudência. São Paulo: Editora Saraiva, 2018. E-book. Acesso restrito via Minha Biblioteca.

PARIS. Organização das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos do Homem.** Paris, FR, [1948]. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1948%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20Universal%20dos%20Direitos%20Humanos.pdf>. Acesso em: 24 out 2019.
Pessoa Humana. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2015. E-book. Acesso restrito via Biblioteca Virtual.

PINHO, Rodrigo Cesar Rebello. **Coletânea Sinopses Jurídicas 17 - Teoria geral da constituição e direitos fundamentais,** 15ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2015. E-book. Acesso restrito via Minha Biblioteca.

PINHO, Rodrigo César Rebello. **Direito constitucional** Teoria Geral da constituição e Direitos Fundamentais. Vol. 17, 16. Ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

PREFEITURA de Tubarão credencia três entidades educacionais particulares para atender crianças até 3 anos de idade. **SULINFOCO**, Tubarão, 08 maio. 2019. Geral. Disponível em: <https://www.sulinfoco.com.br/prefeitura-de-tubarao-credencia-tres-entidades-educacionais-particulares-para-atender-criancas-ate-3-anos-de-idade/>. Acesso em: 13 nov. 2020

PREFEITURA de Tubarão vai credenciar entidades educacionais particulares para atender crianças até 3 anos de idade. **NOTISUL**, Tubarão, 02 abri. 2019. Geral. Disponível em: <https://notisul.com.br/geral/prefeitura-de-tubarao-vai-credenciar-entidades-educacionais-particulares-para-atender-criancas-ate-3-anos-de-idade/>. Acesso em: 13 nov. 2020.

RAMAL, Andrea. **Educação no Brasil - Um Panorama do Ensino na Atualidade.** São Paulo: Grupo GEN, 2019. E-book. Acesso restrito via Minha Biblioteca.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental a segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. **Revista Eletrônica sobre a reforma do Estado.** n. 21. Salvador, 2010. Disponível em: https://www.paginasdedireito.com.br/images/stories/PDF_artigos/aeficacia_ingo_wlfgang_sarlett.pdf. Acesso em 24 out. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 7. ed. rev., atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007

SILVA, José Afonso da. A Dignidade da Pessoa Humana como Valor Supremo da Democracia. **Revista de Direito Administrativo**, n. 212, 1998, p.91.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 17a ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOARES, Ricardo Mauricio Freire. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**, 1ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2009. E-book. Acesso restrito via Minha Biblioteca.

SOUSA, Elaine Ferreira de. **Os Desafios da Constituição de 88 e do Federalismo cooperativo**. Para Além do Direito à Educação: o Direito ao Desenvolvimento. 2008. Tese (Mestrado em Direito Constitucional) - Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2008. Disponível em:

https://repositorio.idp.edu.br/bitstream/123456789/91/1/disserta%C3%A7%C3%A3o_Elaine%20Ferreira%20de%20Sousa.pdf. Acesso em: 24 out. 2020.

SOUSA, Elaine Ferreira de. **Série IDP - Direito à Educação: Requisito para o desenvolvimento do País**. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. E-book. Acesso restrito via Minha Biblioteca.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

TAVARES, André Ramos. Direito Fundamental à Educação. Anima: **Revista Eletrônica do Curso de Direito da Opet**, v. 1, p. —, 2009. Disponível em: http://anima-opet.com.br/pdf/anima1/artigo_Andre_Ramos_Tavares_direito_fund.pdf. Acesso em 24 out. 2020.

TOLEDO, Margot de. **Direito Educacional**. São Paulo: Cengage Learning Brasil, 2015. E-book. Acesso restrito via Minha Biblioteca.

TORRES, Ricardo Lobo. Mínimo existencial e os direitos fundamentais. **Revista de direito administrativo**. Rio de Janeiro, 1989. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46113>. Acesso em: 24 de out. 2020.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TUBARÃO. **Decreto nº 4435, de 11 de outubro de 2018**. Dispõe sobre o "Cadastro Fila Única", consistente no cadastro de intenções de vaga para crianças de zero a cinco anos de idade, completos ou a completar até trinta e um de março do ano em que ocorrer a matrícula, nos Centros de Educação Infantil da Rede Municipal de Ensino de Tubarão. Tubarão, SC: Prefeitura de Tubarão, 2018. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a/sc/t/tubarao/decreto/2018/443/4435/decreto-n-4435-2018-dispoe-sobre-o-cadastro-fila-unica-consistente-no-cadastro-de-intencoes-de-vaga-para-criancas-de-zero-a-cinco-anos-de-idade-completos-ou-a-completar-ate-trinta-e-um-de-marco-do-ano-em-que-ocorrer-a-matricula-nos-centros-de-educacao-infantil-da-rede-municipal-de-ensino-de-tubarao>. Acesso em 24 out. 2020.

TUBARÃO. **Lei complementar nº 37, de 30 de março de 2011**. Cria a Fundação Municipal de Educação de Tubarão, dispõe sobre seu estatuto e dá outras providências. Tubarão, SC: Prefeitura de Tubarão, 2011. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a/sc/t/tubarao/lei-complementar/2011/3/37/lei-complementar-n-37-2011-cria-a-fundacao-municipal-de->

educacao-de-tubarao-dispoe-sobre-seu-estatuto-e-da-outras-providencias. Acesso em 24 out. 2020.

TUBARÃO. **Lei nº 4268, de 24 de julho de 2015.** Aprova o Plano Municipal de Educação de Tubarão e dá outras providências. Tubarão, SC: Prefeitura de Tubarão, 2015. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a1/plano-municipal-de-educacao-tubarao-sc>. Acesso em 24 out. 2020.

TUBARÃO. Prefeitura de Tubarão. **Credenciamento de instituições educacionais privadas edital de credenciamento municipal nº 001/2019.** Tubarão, SC, [2019]. Disponível em: https://static.fecam.net.br/uploads/681/arquivos/1452990_Edital_Credenciamento_FME_001_2019.pdf. Acesso em: 24 out 2019.

TUBARÃO. Prefeitura de Tubarão. **Educação.** Tubarão, SC, [2019]. Disponível em: <http://https://www.tubarao.sc.gov.br/cms/pagina/ver/codMapaItem/27326>. Acesso em: 13 nov. 2020.

VIENA. Organização das Nações Unidas. **Conferência Mundial de Direitos Humanos.** Viena, AU, [1993]. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/viena/diversos_viena_guia_historico.pdf. Acesso em: 24 out 2019.

WEYNE, Bruno Cunha. **O princípio da dignidade humana:** reflexões a partir da filosofia de kant, 1ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. E-book. Acesso restrito via Minha Biblioteca.