

## **A JUDICIALIZAÇÃO DA VAGA EM CRECHE**

Mônica de Cássia dos Santos Lopes

### **INTRODUÇÃO**

De acordo com dados do IBGE, em 2018, no Brasil, 56,4 milhões de pessoas frequentavam escola ou creche. Entre as crianças de 0 a 3 anos, a taxa de escolarização foi 34,2%, o equivalente a 3,5 milhões de estudantes.

Ao analisar o cumprimento da Meta 1, do Plano Nacional da Educação, a Observatório do PNE concluiu que, atualmente, o Brasil atingiu a marca de 35,7% de crianças com menos de três anos atendidas em creches.

Os dados mostram que o direito à vaga em creche ainda enfrenta barreiras que impedem a matrícula das crianças de 0 a 3 anos.

Buscando garantir a efetivação desse direito, tornarem-se cada vez mais comuns demandas judiciais propostas contra a omissão do Poder Público Municipal em ofertar vagas na educação infantil para crianças de 0 a 3 anos, ocorrendo o que se convencionou chamar de judicialização da vaga em creche.

E nesse estudo buscamos apreender a judicialização da vaga em creche, isso por meio de pesquisa documental. Iniciamos apresentando a judicialização dessa vaga e, em seguida, as considerações finais.

### **A JUDICIALIZAÇÃO DA VAGA EM CRECHE**

A grande complexidade para efetivação da vaga em creche diz respeito a forma como a Constituição trata, ao longo dos anos, o dever do Estado para sua efetivação.

Isso porque, em sua redação original, o inciso I, do artigo 208, da Constituição Federal, determinava que o dever do Estado com a educação seria efetivado mediante a garantia de “ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiverem acesso na idade própria [...]” (BRASIL, 1988).

Noutras palavras, em sua redação original, a Constituição não tratou a oferta da Educação Infantil como uma obrigação do Estado e um direito de todos.

Somente em 2009, por meio da Emenda Constitucional nº 59, é que o inciso I, do artigo 208, da Constituição, foi alterado para determinar que a educação básica se faz “obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezesete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria” (BRASIL, 1988).

Com a alteração de 2009, o direito à educação deixa de ser adstrito apenas ao ensino fundamental, pois passa a ser obrigatório em toda educação básica, na pré-escola, ensino fundamental e ensino médio.

Apesar do avanço do direito à educação infantil, observa-se que a faixa etária compreendida de zero a três anos de idade não foi contemplada pelo inciso I, do artigo 208, da Constituição Federal, o que acarreta grandes controvérsias e debates na doutrina e nos Tribunais sobre a obrigatoriedade ou não do Estado ofertar educação para as crianças de 0 a 3 anos de idade.

Nesse contexto, muitos entes municipais deixam de ofertar o quantitativo necessário de vagas em creches sob o argumento de que não se trata de uma obrigatoriedade e sim uma faculdade, ante a ausência de sua previsão na Constituição Federal.

Em virtude da negativa de vaga e da longa fila de espera, pais e responsáveis por crianças de 0 a 3 anos que necessitam da vaga em creche buscam o Judiciário na tentativa de conseguir a vaga por meio de uma decisão judicial. Esse tipo de demanda ficou conhecida como ação de judicialização da vaga em creche, em que o Judiciário é provocado para resolver a questão.

Por meio do instituto da judicialização, os Tribunais passaram a analisar se a vaga em creche é um direito da criança e uma obrigação do Poder Público, com o objetivo de dirimir as controvérsias advindas da omissão da redação do inciso I, do artigo 208, da Constituição Federal.

Nessa linha, ao julgar, em 2016, o Recurso Extraordinário n. 956475/RJ, de relatoria do Ministro Celso de Melo, o Supremo Tribunal Federal decidiu que:

A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e, também, o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). – Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em

favor das “crianças até 5 (cinco) anos de idade” (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola (STF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO: RE 956475 RJ. Relator: Ministro Celso de Melo. DJ: 12/05/2016).

Melo (2016) ainda acrescenta que a educação é direito resguardado a todos:

É preciso assinalar, neste ponto, por relevante, que o direito à educação – que representa prerrogativa constitucional deferida a todos (CF, art. 205), notadamente às crianças (CF, arts. 208, IV, e 227, “caput”) – qualifica-se como um dos direitos sociais mais expressivos, subsumindo-se à noção dos direitos de segunda geração (ou dimensão) (RTJ 164/158-161), cujo adimplemento impõe ao Poder Público a satisfação de um dever de prestação positiva, consistente num “facere” ou em um “praestare”, pois o Estado dele só se desincumbirá criando condições objetivas que propiciem, aos titulares desse mesmo direito, o acesso pleno ao sistema educacional, inclusive ao atendimento, em creche e pré-escola, “às crianças até 5 (cinco) anos de idade” (CF, art. 208, IV, na redação dada pela EC nº 53/2006) (STF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO: RE 956475 RJ. Relator: Ministro Celso de Melo. DJ: 12/05/2016).

Da análise da decisão supracitada, pode-se concluir que o Supremo Tribunal Federal considera o direito à educação um direito universal, sendo que sua prestação não se restringe a faixa etária esculpida no inciso I, do artigo 208, da Constituição Federal, por se tratar de ofensa a direito líquido e certo que se reconhece e se prestigia, por inteligência dos arts. 205, 208, IV e 211, § 2º, todos da CF/88.

Na mesma linha de análise, a 4ª Vara Cível do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, ao julgar a Apelação/Remessa Necessária - nº 0814025-11.2019.8.12.0001, de relatoria do Desembargador Júlio Roberto Siqueira Cardoso, assentou que:

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 208, estabelece que o dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de "educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade" (inciso IV) e "acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um" (inciso V), estando evidente, portanto, a existência do direito líquido e certo da impetrante de ser matriculada em creche da municipalidade em que reside, a fim de que lhe sejam propiciadas as condições adequadas para o bem-estar e pleno desenvolvimento físico, afetivo, intelectual, social, dentre outros (Apelação/Remessa Necessária nº 0814025-11.2019.8.12.0001. Relator: Desembargador Júlio Roberto Siqueira Cardoso. DJ: 05/05/2020).

Sendo assim, apesar da alteração advinda da Emenda Constitucional nº 59/2009, que modificou a redação do inciso I, do art. 208, para determinar que a educação básica se faz obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezesete) anos de idade, o direito à educação é reconhecido pelo Judiciário como um direito acessível a todos, sendo que a ausência de oferta de vaga permite a judicialização da vaga.

## CONCLUSÃO

Como remate, pode-se concluir que a judicialização da vaga em creche surge em virtude da ausência da oferta de vaga pelo Poder Público Municipal, sob a alegação de que não se trata de uma obrigação, mas sim de uma faculdade, já que a Constituição Federal não a elencou expressamente no inciso I, do artigo 208.

Sendo que, o Poder Judiciário tem se posicionado favorável à judicialização da vaga em creche.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição Federal de 1988. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/busca?q=constitui%C3%A7%C3%A3o+federal+88>>. Acesso em: 02 maio 2020.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 59** de 11 de novembro de 2009. Diário Oficial da União. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc59.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc59.htm)>. Acesso em: 02 maio 2020.

IBGE. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua**. Disponível em: <[https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101657\\_informativo.pdf](https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101657_informativo.pdf)>. Acesso em: 12 de maio de 2020.

OPNE. Observatório do PNE. Todos pela Educação. Disponível em: <<https://www.observatoriodopne.org.br/>>. Acesso em: 12 de maio de 2020.

STF. **RECURSO EXTRAORDINÁRIO**: RE 956475 RJ. Relator: Ministro Celso de Melo. DJ: 12/05/2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticia/NoticiaStf/anexo/RE956475RJDeciso.pdf>>. Acesso em: 12 mai. 2020.

TJMS. **Apelação/Remessa Necessária - nº 0814025-11.2019.8.12.0001**. Relator: Desembargador Júlio Roberto Siqueira Cardoso. DJ: 05/05/2020. Disponível em: <<https://esaj.tjms.jus.br/cjsg/resultadoSimples.do?jsessionid=03E39F125BE7BFC4FA988629110964FA.cjsg1?conversationId=&nuProcOrigem=0814025-11.2019.8.12.0001&nuRegistro=>>> Acesso em: 12 maio 2020.