

**JUDICIALIZAÇÃO DA EDUCAÇÃO INFANTIL,
O TRABALHO DOS PROFESSORES E A QUALIDADE DA EDUCAÇÃO:
RELAÇÕES POSSÍVEIS.**

**Carlos Roberto Jamil Cury¹
Luiz Antonio Miguel Ferreira²**

01. Introdução. 02. Judicialização da educação. 03. Relações firmadas entre a judicialização e a educação infantil. 04. Considerações finais. 05. Referências bibliográficas.

Resumo: O presente artigo tem como objetivo discutir a judicialização da educação infantil e os reflexos que proporcionam nas condições de trabalho do profissional da educação. Tendo como foco o direito à educação e à discussão judicial de temas relacionados com as creches, busca traçar as consequências que as decisões judiciais acarretam para os professores, em especial no que diz respeito à falta de vagas e recesso ou férias. Proporciona, também, uma reflexão sobre a questão da qualidade da educação infantil e as consequências das decisões judiciais a respeito do tema.

01. INTRODUÇÃO.

Num passado não muito remoto, a primeira etapa da educação infantil – creche – tinha um caráter assistencial que objetivava garantir o trabalho para as mães, ou seja, era considerado um direito da mãe trabalhadora, a ponto da legislação trabalhista estabelecer a necessidade de creche em estabelecimentos em que trabalhassem trinta (30) ou mais mulheres de acordo com a redação

¹ Professor Titular da UFMG (aposentado); Professor Adjunto da PUC Minas.

² Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo. Integrante do Grupo de Atuação Especial em Educação – GEDUC REGIÃO DE PRES. PRUDENTE. Mestre em Educação pela Unesp. novembro/2016.

original do art. 389 da Consolidação das Leis do Trabalho, Decreto-Lei nº 5.452/1943.

Assim, as creches constituíam-se num modelo assistencial às crianças, mas tendo como foco a genitora. Por outro lado, a legislação educacional fazia breves e genéricas referências a escolas maternais ou jardins de infância em geral sob a rubrica de *pré-primário* como é o caso dos artigos 23 e 24 da Lei nº 4.024/61 e não o consignando como direito. Com o advento da Constituição Federal de 1988, ficou expressamente estabelecido que a educação infantil é um direito relativo à educação a que faz jus a criança de até 05 anos de idade, mediante o dever do Estado. Assinale-se que a educação infantil se distingue em creche (0 a 3 anos) e pré-escola (4 a 5 anos).

Nesse sentido, pontua a Constituição Federal:

Art. 208. O DEVER DO ESTADO com a educação será efetivado mediante a garantia de:

.....

IV – Educação infantil, em CRECHE e pré-escola, às crianças até 5 anos de idade.

VII - atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didáticoescolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.

Verifica-se que a lei maior não apenas estabeleceu como dever do Estado a garantia da creche, como também do atendimento mediante programas suplementares de material didáticoescolar, transporte, alimentação e assistência.

Porém, não obstante esta norma, o efetivo reconhecimento deste direito somente ocorreu quando do julgamento do RE 467255, em 22 de fevereiro de 2006, pelo Supremo Tribunal Federal, onde ficou decidido:

CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE. ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA. EDUCAÇÃO INFANTIL. DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV). COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO. DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º). RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO.

Consta expressamente da decisão:

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 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 de zero a seis anos de idade” (CF, art. 208, IV)³, o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal.

Apontou o Supremo Tribunal Federal que a oferta de creche não se qualifica como um ato discricionário da Administração Pública e “nem se subordina às razões de puro pragmatismo governamental”. Os municípios “não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo artigo 208, IV da Lei Fundamental da República, que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa”.

Posteriormente, com o advento da emenda constitucional nº 53/09 e da pressão de muitos educadores, a educação infantil foi contemplada com um percentual do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação – FUNDEB, cuja regulamentação se deu pela Lei nº 11.494/2007, no artigo 36.

Após esta decisão do STF e da Lei nº 11.494/2007, os reflexos foram sentidos por todos os interessados, ou seja, dos tribunais às prefeituras, isto porque, se a justiça anteriormente não reconhecia expressamente este direito⁴, com a decisão

³ Vale ressaltar que a redação original do artigo 208, IV, estabelecia o direito às crianças de zero a seis anos de idade. Porém, com a Emenda Constitucional nº 53, de 2006, tal direito ficou assegurado às crianças de zero a cinco anos de idade.

⁴ Antes desta decisão, havia posicionamentos judiciais contrários ao direito da creche, fundamentando-se no sentido de que a creche não se enquadraria como direito público subjetivo,

do Supremo Tribunal Federal passou a dar efetividade a tal comando, obrigando os municípios a ofertarem a creche a toda criança, desde que o pai ou responsável manifestasse interesse. Isto porque o pai não tem a obrigação de matricular o filho na creche, mas, sim, na educação básica obrigatória e gratuita dos 04 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade (Art. 208, I da CF e Lei nº 13.005/2014). No entanto, a partir do momento que manifesta o desejo de colocar a criança na creche, surge, em contrapartida, a obrigação do Poder Público (município) de oferecê-la em quantidade e qualidade suficientes. Ademais, o município passou a receber um valor do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação – FUNDEB, para garantir este direito. Em síntese: reconheceu expressamente o direito à creche e garantiu-lhe o financiamento.

Pois bem. Tendo a lei consagrado o direito à creche como um direito da criança de até 03 anos de idade, impondo a obrigação de sua oferta pelo Município, é óbvio que esta mudança de paradigma proporcionou discussão no âmbito judicial, não somente em relação à oferta de vagas, mas também no tocante a outros temas como financiamento adequado, férias, qualidade da educação, alimentação, transporte e outros, proporcionando uma verdadeira judicialização da educação infantil.

O problema é que esta judicialização realizada no âmbito do poder judiciário acarreta consequências reais e imediatas não só em relação ao poder público (gestor), como também ao processo pedagógico, envolvendo todos os servidores (com especial atenção ao professor - executor), crianças, pais e responsáveis.

Tendo como parâmetro tal situação, o presente artigo busca analisar as consequências da judicialização da educação infantil em relação ao professor, abordando alguns temas específicos e sugerindo uma reflexão sobre o problema que atinge grande número de municípios brasileiros, tendo como foco a questão da qualidade da educação.

posto que não é considerada obrigatória e que o PJ não poderia interferir na esfera da decisão discricionária do Poder Executivo, em face do princípio constitucional da separação dos poderes.

2. JUDICIALIZAÇÃO DA EDUCAÇÃO.

É certo que o reconhecimento legal do direito à educação infantil – creche – por si só não traria tanta discussão no âmbito do Poder Judiciário, se não fosse a legitimação conferida pela lei ao Ministério Público e Defensoria Pública para buscar a garantia e efetividade do direito através de ações judiciais individuais e coletivas. Assim, além dos pais ou responsáveis, o Ministério Público e a Defensoria Pública também passaram a atuar para fazer valer os direitos previstos na Constituição Federal no que diz respeito à educação, e em especial, com a educação infantil.

Com isso, como já afirmamos, “o Poder Judiciário passou a ter funções mais significativas na efetivação desse direito. Inaugurou-se no Poder Judiciário uma nova relação com a educação, que se materializou através de ações judiciais visando a sua garantia e efetividade. Pode-se designar este fenômeno como a JUDICIALIZAÇÃO DA EDUCAÇÃO, que significa a intervenção do Poder Judiciário nas questões educacionais em vista da proteção desse direito até mesmo para se cumprir as funções constitucionais do Ministério Público e outras instituições legitimadas” (FERREIRA, L. A.M., CURY, C.R.J. A Judicialização da Educação, 2010).

No mesmo sentido, Álvaro Chrispino e Raquel Chrispino apontam “a judicialização das relações escolares como aquela ação da Justiça no universo da escola e das relações escolares, resultando em condenações das mais variadas” (A Judicialização das relações escolares e a responsabilidade civil dos educadores, 2008).

Em síntese, a judicialização da educação está diretamente relacionada com o disposto no artigo 208 da Constituição Federal. Com efeito, estabelece o citado artigo:

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 (dezesete) 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 didáticoescolar, 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. (grifos nossos)

Verifica-se que a Constituição Federal, impondo algumas obrigações para o Estado, o seu não cumprimento pode ensejar ações judiciais para garantir a sua concretização. É isso que vem ocorrendo com a educação. Cada vez mais, a Justiça está sendo acionada para discutir temas relacionados à educação, abrangendo uma variedade imensa de assuntos.

Por um lado, tem sido positiva esta judicialização, uma vez que os direitos consagrados constitucionalmente, em relação à educação, estão entrando na pauta de discussão dos poderes públicos e sendo garantidos, independente da vontade do órgão executor. Isso é relevante e apresenta-se como a efetivação do estado de direito. Na verdade, o Poder Judiciário está sendo levado a formular e implementar políticas públicas na área educacional para que não reste vulnerado o direito fundamental previsto constitucionalmente. Ademais, verifica-se, em âmbito nacional, uma procura pela especialização da matéria por aqueles que estão diretamente envolvidos, como Juízes, Promotores de Justiça, Defensores Públicos e Advogados, dado o caráter complexo da legislação educacional. É crescente o número de Promotorias de Justiça que vêm se especializando em educação.

No entanto, a judicialização traz consigo outra faceta, não muito positiva. Nas citadas carreiras jurídicas, existem profissionais que desconhecem os meandros da educação proporcionando equívocos judiciais com reflexos educacionais com suas ações ou decisões, embora com fundamentação jurídica legítima. E, muitas vezes, as consequências atingem diretamente a criança ou o adolescente, e, em outras ocasiões, os próprios professores. Esta realidade requer uma análise mais ampla a fim de possibilitar a perfeita fusão do pedagógico com o jurídico, de modo a se cumprir a lei, sem prejuízo da questão educacional. É o que se passa a analisar, especificamente, no que diz respeito à educação infantil.

3. RELAÇÕES FIRMADAS ENTRE A JUDICIALIZAÇÃO E A EDUCAÇÃO INFANTIL.

A judicialização da educação infantil tem abrangido vários aspectos, como: a) falta de vaga; b) férias escolares; c) período integral e parcial; d) merenda escolar; e) transporte escolar; f) material didático-pedagógico; g) inclusão do aluno com deficiência; h) adequação do prédio escolar; i) matrícula escolar; j) financiamento, entre outros.

Constata-se que todos estes temas têm um reflexo direto para o professor, podendo atingir sua atuação docente. Por outro lado, guardam relação imediata com a qualidade da educação infantil que, muitas vezes, é desconsiderada quando da judicialização. Vejamos, de forma exemplificativa, algumas situações que ocorrem na prática.

a) Vagas nas creches:

Esta questão está pacificada na justiça, no sentido de que a vaga na creche se trata de um direito indisponível e público subjetivo (quando ocorre a procura pelo pai ou responsável, de vez que esta etapa da educação infantil não é obrigatória) que não pode ficar a critério da conveniência ou oportunidade do

município em oferecê-la. Existem até Súmulas dos Tribunais a respeito⁵. Desta forma, o ingresso de uma ação judicial para obtenção de vaga em creche encontra respaldo no Poder Judiciário que confere efetividade ao que estabelece a Constituição Federal.

Por outro lado, este direito responde a uma situação sócio-antropológica muito real e nossas cidades, especialmente aquelas pautadas por uma metropolização complexa. As famílias, quaisquer que sejam seus desenhos, buscam a recomposição da renda. Neste sentido, os pais se veem obrigados a buscar nichos no mercado de trabalho. A escola vem sendo o lugar por excelência para deixarem seus filhos aos cuidados de educadores, pois ela é um *locus* permanente, sistemático e aberto a todos com apoio do Estado. Por outro lado, as famílias diminuíram seu tamanho, os vizinhos enfrentam situações similares e a rua tornou-se lugar de preocupação e mesmo de violência. Daí que a educação infantil tenha se tornado uma necessidade nascida das transformações pelas quais passam tanto as cidades como as famílias. O direito à educação infantil e o dever do Estado respondem a este contexto maior.

O problema é que não se pode analisar esta questão relacionando-a apenas ao direito individual ou coletivo. Há necessidade de se seguir parâmetros de qualidade, sob pena de transformar as creches em depósitos de crianças. Com efeito. As Diretrizes Curriculares Nacionais para a Educação Infantil – Resolução CNE/CEB nº 01, de 07/04/99, a revisão do Parecer nº 20/09, a Resolução nº 5, de 17/02/09 do CNE e Resolução nº 4, de 13/07/10 – definem as diretrizes curriculares nacionais gerais para a Educação Básica e estabelecem o número máximo de crianças por professor. Consta expressamente do Parecer nº 20/09 do CNE,

⁵ No Estado de São Paulo, o Tribunal de Justiça formulou duas súmulas a respeito da vaga em creches.

Súmula 63: É indeclinável a obrigação do município de providenciar imediata vaga em unidade educacional à criança ou adolescente que reside em seu território.

Súmula 65: Não violam os princípios constitucionais da separação e independência dos poderes, da isonomia, da discricionariedade administrativa e da anualidade orçamentária as decisões judiciais que determinam às pessoas jurídicas da administração direta a disponibilização de vagas em unidades educacionais ou o fornecimento de medicamentos, insumos, suplementos e transportes a crianças ou adolescentes.

devidamente homologado em 09/12/09 que a proporção a ser seguida é a seguinte:

“O número de crianças por professor deve possibilitar atenção, responsabilidade e interação com as crianças e suas famílias. Levando em consideração as características do espaço físico e das crianças, no caso de agrupamentos com criança de mesma faixa de idade, recomenda-se a proporção de 6 a 8 crianças por professor (no caso de crianças de zero e um ano), 15 crianças por professor (no caso de criança de dois e três anos) e 20 crianças por professor (nos agrupamentos de crianças de quatro e cinco anos)”.

Em síntese, a proporção é a seguinte:

- Um professor para cada 6 a 8 crianças de 0 a 1 anos de idade.
- Um professor para cada 15 crianças de 2 e 3 anos de idade.
- Um professor para cada 20 crianças de 4 a 5 anos de idade.

A decisão judicial que determina a colocação de uma criança na creche ou pré-escola, na maioria das vezes, não leva em consideração essa questão que acaba refletindo diretamente no professor e no processo pedagógico. E nem sempre considera que há uma inscrição das famílias na expectativa de serem atendidas pelo aumento planejado de vagas. Assim, da mesma forma que a vaga é um direito da criança, a educação de qualidade também é um direito consagrado, que deverá ser observado. Com efeito. Estabelece a Constituição Federal:

Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

.....

VII - garantia de **padrão de qualidade**.

.....

Art. 211. A União Federal e os Municípios organizarão em regime de colaboração seus sistemas de ensino.

§ 1º - A União organizará o sistema federal de ensino e o dos Territórios, financiará as instituições de ensino públicas federais e exercerá, em matéria educacional, função redistributiva e supletiva, de forma a garantir equalização de oportunidades educacionais e **padrão mínimo de qualidade** do ensino

mediante assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios. (grifos nossos)

Idêntica determinação consta dos artigos 3º, IV e 4º, IX da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, Lei nº 9394/1996. Aliás, o termo qualidade da educação é citado em inúmeros outros artigos e leis esparsas, reforçando a ideia de que não basta garantir vaga a uma criança na creche, tornando-se necessário garantir a qualidade do serviço ofertado. Porém, quando não há este questionamento no âmbito judicial, muitas vezes tornando a demanda na busca de vaga apenas um acesso, as consequências são sentidas pelos professores que são obrigados a suportar uma carga de alunos maior do que foi estabelecido para a garantia da qualidade da educação. Essa questão representa um exemplo claro de como a judicialização interfere no trabalho docente e, conseqüentemente, na educação das próprias crianças atendidas.

Desta forma, reputa-se necessário não somente garantir a vaga, mas saber e acompanhar como a criança será inserida na escola. Na impossibilidade de pronto atendimento, por falta de professores em números suficientes, há necessidade de se aguardar a regularização desta situação. Esta solução apresenta-se pedagogicamente conseqüente ao ciclo da existência da criança em oposição ao acúmulo de crianças para um único professor em total prejuízo ao seu desenvolvimento. Trata-se de uma avaliação que deve ser feita para garantir a vaga e a qualidade da creche. A decisão judicial que garante a vaga deveria, como conseqüência lógica, garantir a qualidade da educação, com o acompanhamento do cumprimento da decisão no sentido de saber onde a criança foi matriculada e se há o respeito às Diretrizes Curriculares Nacionais para a Educação Infantil com relação ao número de alunos por professores.

Ademais, há que se considerar a responsabilidade dos Municípios em relação à educação obrigatória, ora estendida para as crianças desde os 04 anos e o orçamento disponível. Neste sentido, cumpre trazer à questão dois pontos importantes. O primeiro se refere às responsabilidades dos entes federativos no apoio à educação infantil. Elas não são exclusivas dos Municípios. De acordo com o artigo 23 e artigo 30 da Constituição Federal, essa responsabilidade deve ser

compartilhada com os Estados e a União. É o que é reforçado pela Lei nº 13.005/2014 na primeira estratégia da meta 1:

1.1) definir, em regime de colaboração entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, metas de expansão das respectivas redes públicas de educação infantil segundo padrão nacional de qualidade, considerando as peculiaridades locais.

O segundo se reporta ao alinhamento estabelecido pelo Plano Municipal de Educação em relação à meta 01 e suas respectivas estratégias postas no Plano Nacional de Educação (Lei nº 13.005/2014).

E tem ainda como derradeiro, a questão do financiamento da creche que deve obedecer aos critérios estabelecidos no FUNDEB, não se concretizando o repasse de dinheiro de forma imediata com a matrícula da criança.

Em síntese, verifica-se que a garantia de uma vaga na creche envolve muitas outras questões que devem ser observadas, sob pena de prejudicar o desenvolvimento da criança e uma sobrecarga ao professor. A garantia de uma vaga reflete em muitas outras crianças e afeta o trabalho docente, circunstâncias que não podem ser desconsideradas.

b) Férias escolares:

A Constituição Federal é clara no sentido de tratar a creche como educação. Nesse sentido estabelece:

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

.....

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

No mesmo sentido detalha a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei nº 9394/96) o dever do Estado, bem como os níveis e composição da Educação, inserindo as creches na educação infantil, uma das modalidades da Educação Básica.

Diz a lei:

Art. 30. 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.

Diante da legislação supracitada só há uma conclusão: **creche é educação**. Nessa circunstância, sujeita-se às regras específicas da legislação educacional quanto aos dias de trabalho. Nesse sentido, pontua a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei nº 9394/96):

Art. 31. A educação infantil será organizada de acordo com as seguintes regras comuns:

I - avaliação mediante acompanhamento e registro do desenvolvimento das crianças, sem o objetivo de promoção, mesmo para o acesso ao ensino fundamental;

II - carga horária mínima anual de 800 (oitocentas) horas, distribuída por um mínimo de 200 (duzentos) dias de trabalho educacional;

III - atendimento à criança de, no mínimo, 4 (quatro) horas diárias para o turno parcial e de 7 (sete) horas para a jornada integral;

IV - controle de frequência pela instituição de educação pré-escolar, exigida a frequência mínima de 60% (sessenta por cento) do total de horas;

V - expedição de documentação que permita atestar os processos de desenvolvimento e aprendizagem da criança (grifo nosso).

Logo, as creches devem ter o recesso ou férias escolares por imposição legal, pois integrando o calendário anual, a sua proposta de trabalho educacional inclui o recesso. O objetivo é claro: a) de um lado, garantir à criança o direito à convivência familiar e comunitária prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 19 do ECA: Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio de sua família); b) proporcionar aos profissionais que trabalham na creche – professores – o tempo necessário para a o descanso e planejamento da operacionalização do projeto político pedagógico da escola.

Não é por outra razão que a Câmara de Educação Básica aprovou o voto da Conselheira Relatora Malvina Tânia Tuttman (Parecer nº 23/2012 – Processo nº 23001. 000049/2011-19, devidamente homologado pelo Ministro da Educação conforme publicação no DOU de 19/03/2013) assim estabeleceu:

1. As creches e pré-escolas constituem-se em estabelecimentos educacionais públicos ou privados que educam e cuidam de crianças de 0 (zero) a 5 (cinco) anos de idade, por meio de profissionais com a formação específica legalmente determinada, a habilitação para o magistério superior ou médio, refutando assim funções de caráter meramente assistencialista, embora mantenha a obrigação de assistir às necessidades básicas de todas as crianças.

2. Nas creches e pré-escolas mostra-se adequada uma estrutura curricular que se fundamente no planejamento de atividades durante um período, sendo normal e plenamente aceitável a existência de intervalo (férias ou recesso), como acontece, aliás, na organização das atividades de todos os níveis, etapas e modalidades educacionais. Tal padrão de organização de tempo de operacionalização do projeto político-pedagógico, com inclusão de intervalos, não constitui obstáculo ou empecilho para a consecução dos objetivos educacionais, ao tempo em que contribui para o atendimento de necessidades básicas de desenvolvimento das crianças relacionadas à convivência intensiva com suas famílias e a vivências de outras experiências e rotinas distintas daquelas organizadas pelas instituições de educação.

Não obstante toda esta sistemática legal, o Poder Judiciário tem se posicionado no sentido da não interrupção do atendimento na creche, ou seja, da impossibilidade de férias ou recesso, sendo que, em determinados julgados, ainda se manifesta pelo caráter assistencial da creche. Esta lição pode ser extraída da decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo na Apelação nº 022152290.2009.8.26.0000, em que figura como apelante o Município de São Paulo e apelada a Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Consta do acórdão:

Caráter pedagógico e assistencial da educação infantil, que, ao proporcionar aos pais meios para obter o sustento da família, contribui para a realização dos fundamentos da República Brasileira consubstanciados na dignidade humana e nos valores

sociais do trabalho e da livre iniciativa (artigo 1º, III, IV da Constituição Federal). **Serviço público essencial, que deve ser prestado continuamente sem a possibilidade de restrição** de caráter infraconstitucional, inviabilizando, também, a adoção do sistema de plantão ou a limitação aos estabelecimentos da rede direta de ensino.

Em decisão mais recente, referido Tribunal reiterou a impossibilidade de férias ou recesso nas creches:

COMINATÓRIA - Obrigação de fazer - Propositura em face do Município de Salto/SP - **Dever do Poder Público de fornecer educação básica, obrigatória e gratuita a criança em unidade de educação infantil próxima à sua residência**, no período integral, observado o período de recesso - Pedido procedente - **Serviço essencial que deve ser prestado ininterruptamente, até nos recessos de férias** - Possibilidade, entretanto, do Poder Público promover eventual redirecionamento das crianças que utilizarão creche neste período, com a garantia de atendimento de toda a demanda, providenciando o necessário transporte em caso de transferência para local distante a mais de dois quilômetros da residência da criança - Recurso do Município parcialmente provido para este fim. Salto - Câmara Especial - Relator Pinheiro Franco (Pres. Seção de Direito - 05/10/2015 - Votação: Unânime - Voto nº 29702).

Com isso a questão das férias ou do recesso da educação infantil – creche – quando judicializada não encontra respaldo legal, refletindo diretamente no profissional da educação que se encontra tolhido de tal direito. O professor da creche é tão professor como o da pré-escola. Muitas vezes, ocupam o mesmo prédio. Porém, quando do recesso escolar, um goza das férias e o outro não. Cabe ressaltar que o trabalho do professor da creche, às vezes, é mais cansativo que o de outras modalidades de ensino, em face da idade das crianças.

A justiça nesses casos, a pretexto de contribuir com os pais ou responsáveis para garantir o sustento da família (sendo que os pais trabalhadores têm direito a férias) sobrecarrega o professor. Questiona-se nesta situação, não apenas o direito do professor trabalhador, mas também a qualidade do ensino. Aliás, este ponto tem o mesmo fundamento da questão da vaga. A pretexto de se garantir um serviço de forma ininterrupta compromete-se a sua qualidade. E as crianças

que seriam as beneficiadas pelo serviço contínuo acabam sendo prejudicadas pelo ensino ministrado.

Esta situação revela apenas que há necessidade de se pensar a creche como educação dando-lhe o tratamento jurídico que lhe é reservado pela Constituição Federal.

O recesso, como apontado no parecer do Conselho Nacional de Educação, não impede a utilização do prédio por outras secretarias municipais para o desenvolvimento de atividades extracurriculares. Trata-se de uma questão de política intersetorial para a infância e não educacional⁶. Consta expressamente do parecer:

Considera-se que muitas famílias necessitam de atendimento para suas crianças em períodos e horários que não coincidem com os de funcionamento regular dessas instituições educacionais, como o horário noturno, finais de semana e em períodos de férias e recesso. Contudo, esse tipo de atendimento, que responde a uma demanda legítima da população, enquadra-se no âmbito de **“Políticas para a Infância”**, devendo ser financiado, orientado e supervisionado por outras áreas, como assistência social, saúde, cultura, esportes e proteção social. O sistema de ensino define e orienta, com base em critérios pedagógicos, o calendário, os horários e as demais condições para o funcionamento das creches e pré-escolas, o que não elimina o estabelecimento de mecanismos para a necessária articulação que deve haver entre a educação e outras áreas, como a saúde e a assistência, a fim de que se cumpra, do ponto de vista da organização dos serviços nessas instituições, o atendimento às demandas das crianças. **Dessa forma, instalações, equipamentos, materiais e outros recursos, sejam das creches e pré-escolas, sejam dos outros serviços, podem e devem ser mobilizados e articulados para o oferecimento de cuidados e atividades às crianças que**

⁶ Afora a legislação educacional propriamente dita, pode-se verificar esta intersetorialidade na CLT, art. 389 § 20. Nada impede que esta intersetorialidade, também prevista no ECA, seja expandida à luz da LDB. O recente Decreto nº 8.869, de 05 de outubro de 2016, que instituiu o Programa Criança Feliz, que tem entre os seus objetivos a promoção e o desenvolvimento humano a partir do apoio e do acompanhamento do desenvolvimento infantil integral na primeira infância, estabeleceu que a sua implantação ocorrerá “a partir da articulação entre as políticas de assistência social, saúde, educação, cultura, direitos humanos, direitos das crianças e dos adolescentes, entre outros (art. 5º), reforçando assim a necessidade da colaboração recíproca, não somente entre os poderes, mas também no âmbito administrativo.

delas necessitarem durante o período de férias e recesso das instituições educacionais. (grifo nosso)

Desta forma, seria muito mais adequado planejar de modo intersetorial junto ao município programas alternativos para as crianças de modo a atendê-las em férias escolares. Até porque, a prioridade que se deve dar à criança e ao adolescente engloba a precedência na formulação e na execução das **políticas sociais públicas**, conforme expressamente previsto no artigo 4º, parágrafo único, “c” do Estatuto da Criança e do Adolescente. Nos moldes da “escola da família” seria interessante a criação de programa social “escola em férias” que não abrangeria apenas as crianças em idade para creche, mas com outras idades e cujos pais também precisam trabalhar. Com isso, cumprir-se-ia a lei e não sobrecarregaria o professor. E a qualidade da educação estaria garantida.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

Em face destas considerações, pode-se afirmar em relação à questão da ausência de vagas e do recesso ou férias escolares na educação infantil que as ações judiciais ingressadas têm por fundamento o disposto no artigo 208, III do ECA, que trata da proteção judicial dos interesses individuais, difusos e coletivos, que estabelece:

Art. 208. Regem-se pelas disposições desta Lei as ações de responsabilidade por ofensa aos direitos assegurados à criança e ao adolescente, referentes **ao não oferecimento ou oferta irregular (grifo nosso):**

I - ...

II -

III – de atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a cinco anos de idade;

Assim, quando se almeja a vaga em creche é porque o serviço não está sendo oferecido a todos. Quando se busca o trabalho contínuo do professor de creche, mesmo no recesso ou férias escolares, a ação está fundamentada também na ausência de oferecimento do serviço durante este período.

Contudo, o que se propõe a refletir neste estudo é que garantir a matrícula da criança, sem levar em consideração o número aluno por professor ou a ausência de férias ou recesso das creches, caracteriza uma oferta irregular do serviço público, também passível de questionamento judicial. No fundo, o que se busca é a garantia do ensino de qualidade que passa por estes problemas. A lei deve ser interpretada em sua integralidade, ou seja, analisando o não oferecimento ou a oferta irregular. O problema é que a análise judicial destas questões tem se centrado apenas na questão do não oferecimento. É hora de mudar o foco e garantir a vaga na creche com qualidade e o recesso ou férias escolares também como fundamento da qualidade do ensino ministrado.

Ressalta-se que estes dois problemas decorrentes da judicialização da educação infantil tem uma ligação direta com o professor e sua atividade docente. Mas, outros efeitos também são sentidos pela administração de um modo geral em face dessa judicialização e que merecem análise. Trata-se da questão referente à data da matrícula da criança em creche e a sua consequente judicialização. Nesse caso, dois problemas são levantados:

a) Pode-se estabelecer data de corte etário para o ingresso na creche? A Lei fala em creche e educação infantil às crianças até 05 anos de idade⁷. Logo, a criança ao nascer já tem direito à creche e deve o município ofertar a vaga. Porém, a Constituição Federal estabelece no artigo 6º, como direito social “a proteção à maternidade e à infância”. Também garante no artigo 227, o direito da criança à convivência familiar. A Lei nº 13.257/2016 que estabelece as políticas públicas para a primeira infância destaca a convivência da criança com os pais como forma de favorecer a criação de vínculos afetivos e de estimular o desenvolvimento integral da criança. Para a mãe trabalhadora é garantida a licença gestante (CF. art. 7º, XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias). Como a justificativa judicial para a garantia da vaga na creche é a questão do trabalho dos pais ou responsáveis, apresenta-se razoável, diante da legislação citada, a possibilidade de se

⁷ Diferente da redação original do artigo 208, IV da CF, que citava o “atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade”.

estabelecer um corte etário para o ingresso na creche, que coincidiria com os quatro meses da licença gestante. Contudo, deve-se levar em consideração, à vista do trabalho informal crescente em que pessoas trabalham sem carteira de trabalho assinada, que muitos pais carecem dessa proteção direta da legislação citada. Assim, este tema requer uma análise mais criteriosa pelos operadores do direito, sob pena de penalizar a criança ao invés de lhe garantir um direito. Volta-se à questão da compatibilização do direito ao trabalho dos pais ou responsáveis com o direito da criança à educação infantil e à convivência familiar.

b) Há período pré-estabelecido a ser obedecido para a matrícula nas creches? Esta é a outra questão que traz reflexos diretos para a administração e que merece apreciação. A rede pública de educação como um todo estabelece, através de resoluções, critérios e procedimentos para a implantação do processo de atendimento da demanda escolar. Há um calendário a ser obedecido que serve para orientação dos pais, bem como da própria administração, para efeito de planejamento. Com as creches esta situação não se verifica, principalmente quando é judicializado este direito. Isto porque, independente do dia ou mês, a decisão judicial impõe a matrícula, sem levar em consideração um eventual planejamento. Este tema acarreta reflexos diretos às crianças, pais e à administração pública e também requer uma atenção especial. Ressaltem-se, no caso, as estratégias 1.3 e 1.4 do Plano Nacional de Educação, respectivamente:

1.3) realizar, periodicamente, em regime de colaboração, levantamento da demanda por creche para a população de até 3 (três) anos, como forma de planejar a oferta e verificar o atendimento da demanda manifesta;

1.4) estabelecer, no primeiro ano de vigência do PNE, normas, procedimentos e prazos para definição de mecanismos de consulta pública da demanda das famílias por creches;

Diante de todas estas observações, constata-se que a judicialização da educação, e em especial da educação infantil na modalidade de creche, requer dos operadores do direito uma visão mais alargada, posto que, a pretexto de cumprir a lei, acabam por estabelecerem situações que mais prejudicam a

criança, do que a beneficiam. Também se vislumbra destas considerações a importância de uma maior especialização dos operadores do direito na seara educacional, que tem suas peculiaridades e especificidades.

Por fim, resta firmar o posicionamento jurídico e educacional quanto à **qualidade da educação infantil** (principalmente quando judicializada). Isto porque a vaga deve ser garantida na creche, mas sem desmerecer a qualidade. Tanto que entre as estratégias previstas para a Meta 01 do Plano Nacional de Educação está a 1.6 que impõe a implantação da “avaliação da educação infantil, realizada com base em parâmetros nacionais de qualidade, a fim de aferir a infraestrutura física, o quadro de pessoal, as condições de gestão, os recursos pedagógicos, a situação de acessibilidade entre outros indicadores relevantes”. Segundo o estudo Impacto do Desenvolvimento na Primeira Infância sobre a Aprendizagem, realizado pelo Núcleo Ciência Pela Infância (NCPI)⁸, pesquisas evidenciam que essa qualidade da creche pode ser conferida por uma série de fatores, dentre eles:

- **Profissionais com bom nível de formação, atentos e responsivos às necessidades das crianças e engajados em promover o desenvolvimento pleno.**
- **Turmas pequenas com número reduzido de crianças por educadores.** (grifo nosso)
- Currículo adequado à faixa etária com atividades e programa pedagógico bem estruturados.
- Ambiente estimulante e voltado para a participação ativa da criança.
- Infraestrutura segura.
- Rotinas de higiene e cuidado pessoal.
- Modelo de atendimento associado a atividades para apoiar e orientar os pais.

⁸ Disponível no site: www.ncpi.org.br

O que se almeja é uma escola de qualidade para todos. Até porque creches de baixa qualidade impactam de forma negativa o desenvolvimento regular da criança e os operadores do direito não podem desconsiderar tal questão.

Resta, ainda, a efetiva aplicação do princípio da colaboração recíproca posto no art. 211 da Constituição Federal, que implica todos os poderes públicos. Como decorrência deste princípio e o da gestão democrática, a melhor saída, além dos parâmetros estabelecidos pela Lei nº 13.005/2014 é o estabelecimento de um diálogo entre os poderes, sem desmerecer a especialização dos operadores do direito quanto às questões educacionais.

5) REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988. 24ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. (Coleção Saraiva de Legislação).

BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente: promulgado em 13 de julho de 1990. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. (Coleção Saraiva de Legislação).

BRASIL. Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional. Lei nº 9394 promulgada em 20 de dezembro de 1996. São Paulo: Roma Victor ed. 2007;

Comitê Científico do Núcleo Ciência pela primeira infância (2014). Estudo nº 1. O impacto do Desenvolvimento na primeira infância sobre a aprendizagem. Disponível no site: www.ncpi.org.br

CHRISPINO, Álvaro e CHRISPINO, Raquel S. P., **A Judicialização das relações escolares e a responsabilidade civil dos educadores.** http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-40362008000100002&script=sci_arttext&tlng=pt - Ensaio: Avaliação e Políticas Públicas em Educação. ISSN 0104-4036:Aval.pol.públ.Educ. vol.16 nº58. Rio de Janeiro, jan./mar. 2008 - 10.1590/S0104-40362008000100002.

CURY, C.R.J e FERREIRA, L.A.M. **A judicialização da educação.** IN: FERREIRA, A.M.F. Temas de Direito à Educação. São Paulo: Imprensa Oficial: Escola Superior do Ministério Público, 2010, p. 53-94.

GOTTI, Alessandra. **A Qualidade Social da Educação Brasileira nos Referenciais de Compromisso do Plano e do Sistema Nacional de Educação.** São Paulo, 2016. http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=41851-estudo-processos-judicializacao-temas-tratados-normas-da-ceb-cne-pdf&category_slug=maio-2016-pdf&Itemid=30192