

# EXIGIBILIDADE DO DIREITO À EDUCAÇÃO INFANTIL: UMA ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA<sup>1</sup>

**Adriana A. Dragone Silveira - Faculdade de Educação USP**  
adrianadragone@yahoo.com.br

**Resumo** - O direito à educação infantil como um dever do Estado está contemplado na legislação brasileira, desde a CF/88, no entanto seu atendimento precisa ser ampliado e recorrer ao Poder Judiciário vem se tornando uma possibilidade para efetivar este direito nos últimos anos. Este trabalho tem como objetivo analisar a jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo e do Supremo Tribunal Federal sobre a exigibilidade do direito à educação infantil, procurando depreender os argumentos do poder público municipal para a negativa do direito e os conceitos formulados sobre a interpretação do mesmo.

**Palavras-chave:** educação infantil; direito à educação; Poder Judiciário.

## Introdução

O reconhecimento do direito à educação infantil (EI) como um dever do Estado pela Constituição Federal de 1988 (CF) reflete um processo de esclarecimento e reconhecimento da importância desse atendimento educacional à primeira infância (CURY, 1998) e também pelo aumento das reivindicações de movimentos sociais por instituições educacionais para atendimento dos filhos de mães trabalhadoras (KUHLMANN JR, 2000).

Incorporado como um direito fundamental da criança e não mais da assistência ou do amparo social, compete prioritariamente aos municípios a sua oferta. Do ponto de vista legal, o direito à EI está contemplado, mas seu atendimento precisa ser ampliado, considerando que, segundo o último Censo Populacional, apenas 11,6% das crianças de zero a três anos tinham acesso à creche e 52,1% das crianças de quatro a seis anos frequentavam pré-escolas, estando muito aquém das metas estabelecidas pelo Plano Nacional de Educação de 2001 (INEP, 2004). Neste contexto de distância entre a declaração de direitos e sua plena satisfação, recorrer ao Poder Judiciário constitui uma possibilidade legal para fazer valer o atendimento educacional em creches e pré-escolas.

As decisões judiciais reiteradas em determinado sentido constituem a jurisprudência, influenciando decisões posteriores. Dessa forma, a interpretação da legislação sobre a educação pelos tribunais é parte inseparável da análise e compreensão do direito educacional.

Sobre a importância de verificar a interpretação da lei pelos tribunais, Acquaviva (1995) destaca que, embora a lei permaneça inalterada, a jurisprudência evolui, por isso não basta ao profissional conhecer somente a lei, mas “também o seu espírito” revelado pelos

tribunais: “As leis envelhecem rapidamente, à medida que deixam de existir suas circunstâncias motivadoras, mas quase sempre são rejuvenescidas pela interpretação jurisprudencial” (ACQUAVIVA, p. 860, 1995).

Nesse sentido, este trabalho tem como objetivo analisar como os tribunais de justiça julgaram as demandas envolvendo o direito à EI, procurando depreender os argumentos dos réus para a negativa do direito e os conceitos formulados pelos desembargadores e ministros sobre a interpretação deste direito ao longo dos anos. Para tanto, foram coletadas decisões em recurso do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), órgão superior do Poder Judiciário do Estado de São Paulo e do Supremo Tribunal Federal (STF), de 1999 a 2008, pois em pesquisa em desenvolvimento junto ao TJSP sobre as demandas educacionais levadas a litígio, a partir da vigência do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), levantou-se que os questionamentos do direito a esta etapa da educação básica são julgados por este tribunal a partir de 1999.

Os processos versando sobre os interesses da União, do Estado, do Município e da Fazenda Pública, devem, quando a sentença for contrária a esses interesses, segundo o Código de Processo Civil (art. 475), seguir em recurso, havendo ou não apelação da parte vencida. Sendo assim, ao exigir o cumprimento do direito educacional a sentença somente terá efeito depois de confirmada pelo Tribunal de Justiça, sendo então necessário recurso em segunda instância.

O órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro é o Supremo Tribunal Federal (STF), com competência de uma Suprema Corte e Tribunal Constitucional, tem como função principal a guarda da Constituição Federal, portanto os litígios com fundamentos constitucionais são decididos pelo STF.

Nas últimas décadas, em diferentes países, o judiciário sofreu um processo de expansão de suas competências, sendo requisitado como uma instância de implementação de direitos sociais e coletivos (ARANTES, 2007). Para Sousa Santos (2007), o protagonismo dos tribunais emerge, por um lado, no novo modelo de desenvolvimento que exige um judiciário “eficaz, rápido e independente”, para que as regras de mercado e os contratos privados sejam cumpridos, por outro lado, pela precarização dos direitos econômicos e sociais, consequência do desmantelamento do Estado social (p. 17).

Todavia, como destaca Duarte (2004, p. 115), a possibilidade de reconhecer ao indivíduo a probabilidade de “interferir nas decisões sobre alocação de recursos, realização de programas sociais, definição de prioridades de ação governamental, sobretudo pela via

judicial, é uma hipótese vista com grande resistência por boa parte da doutrina e da Jurisprudência”. Entende-se que o Judiciário acabaria tendo que julgar questões cuja apreciação é da esfera da administração pública, ocorrendo desta forma a politização do Judiciário. Essa não interferência pode tornar-se um obstáculo à efetivação dos direitos sociais.

### **Decisões do TJSP e STF envolvendo o direito à educação infantil**

As informações analisadas neste trabalho foram coletadas em bancos de dados de Jurisprudência do TJSP<sup>2</sup>, disponíveis na internet; publicação “Interpretação Jurisprudencial” produzido pela Procuradoria Geral de Justiça de São Paulo, por meio do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça da Infância e Juventude do Ministério Público (MP) (SÃO PAULO, 2002); sítio eletrônico da Biblioteca do TJSP<sup>3</sup>; sítio eletrônico da Associação Brasileira de Magistrados e Promotores de Justiça da Infância e Juventude (ABMP)<sup>4</sup>; Na revista Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Cabe ressaltar que apenas uma parcela das decisões julgadas pelo TJSP é divulgada, portanto as decisões coletadas no âmbito desta pesquisa constituem-se de um conjunto ilustrativo, não podendo ser considerado uma amostra do que foi julgado pelo Tribunal de Justiça paulista.

As decisões do STF foram coletadas no sítio eletrônico<sup>5</sup>, pesquisando Acórdãos e decisões monocráticas proferidas pelos Ministros (Min.).

Na pesquisa envolvendo o direito de crianças e adolescentes julgados pelo TJSP foram coletadas 484 decisões entre 1991-2008. Desse total, 174 versam sobre a requisição de vagas em instituições de EI, correspondendo a 36%. Essas decisões serão analisadas no âmbito deste trabalho.

As primeiras decisões do TJSP versando sobre o acesso à vaga em instituição de EI foram localizadas no ano de 1999, com crescimento da demanda em recurso nos anos de 2002, 2006-2008 (TABELA 1). Do total das requisições, 83% versavam sobre creche.

**TABELA 1:** Decisões do TJSP objetivando o direito à vaga em EI (1999-2008)

<b>ANO</b>	<b>Decisões EI</b>	<b>Creche</b>
1999	2	1
2000	4	3
2001	7	2
2002	32	30
2003	10	8
2004	1	1
2005	9	7
2006	43	41
2007	36	30
2008	30	22
<b>TOTAL</b>	<b>174</b>	<b>145</b>

Fonte: a autora com base na coleta de decisões julgadas pelo TJSP

No STF foram coletadas 51 decisões, sendo nove Acórdãos e 42 decisões monocráticas, entre os anos de 2003 a 2008<sup>6</sup> (TABELA 2).

**TABELA 2:** Decisões do STF sobre EI (2003-2008)

<b>ANO</b>	<b>ACÓRDÃOS</b>	<b>DECISÕES MONOCRÁTICAS</b>	<b>TOTAL</b>
2003	2	1	3
2004	1	19	20
2005	2	14	16
2006	3	3	6
2007	1	1	2
2008		4	4
<b>TOTAL</b>	<b>9</b>	<b>42</b>	<b>51</b>

Fonte: a autora com base na coleta de decisões julgadas pelo STF

Cabe destacar que das 51 decisões do STF, versando sobre o direito à vaga em EI, somente duas não são de municípios paulistas: uma Petição do município do Rio de Janeiro, de 2003; e um Recurso Extraordinário de Criciúma, Santa Catarina, de 2008. A partir desses dados, alguns questionamentos são suscitados: se o problema da falta de vagas em creches e pré-escolas é um problema paulista, se os municípios recorrem mais ao Poder Judiciário na tentativa de bloquear a demanda em contexto de oferta insuficiente ou ainda se o acesso à justiça é mais requerida em São Paulo.

Dos municípios paulistas, Santo André é o recorde absoluto de recursos ao Supremo. Em uma decisão o Ministro Cezar Peluso questiona o uso excessivo de recursos quando da existência de Jurisprudência dominantes no STF:

[...] em nome da segurança jurídica, às súmulas e, posto que não sumulada, à jurisprudência dominante, sobretudo desta Corte, as quais não podem desrespeitadas

nem controvertidas sem graves razões jurídicas capazes de lhes autorizar revisão ou reconsideração. De modo que o inconformismo sistemático, manifestado em recursos carentes de fundamentos novos, não pode deixar de ser visto senão como abuso do poder recursal. (Agravo Regimental em Recurso Extraordinário, 469.819-6, Santo André – SP, Min. Cezar Peluso).

Os municípios nos recursos, tanto no âmbito do TJSP como no STF, apresentam, de maneira geral, as seguintes alegações para a negativa da concessão da vaga pretendida:

- a) Falta de disponibilidade de vagas em suas creches e pré-escolas, não apresentando, portanto estrutura para atender outras crianças;
- b) Inexistência de obrigatoriedade legal no oferecimento de vagas na EI, mas previsão constitucional de organização do ensino;
- c) A EI não pode ser considerada como direito público subjetivo, como ocorre com o ensino fundamental;
- d) Não imposição constitucional de universalização da EI, o que foi reforçado pela EC-14/96 que vinculou recursos ao EF;
- e) As demandas judiciais visando o atendimento individual atenta contra o princípio da isonomia;
- f) Contínuas decisões judiciais obrigando o atendimento em instituições de EI acarretam a superlotação dos estabelecimentos, afetando a qualidade do serviço prestado;
- g) Problema orçamentário para ampliação do atendimento em educação infantil;
- h) Necessidade de respeitar a existência de dotações orçamentárias prévias e os limites impostos pela Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF);
- i) Ausência de novos mecanismos de financiamento da EI;
- j) EI como norma programática, sendo seu atendimento destinado à “reserva do possível”;
- k) Indevida ingerência do Judiciário no poder discricionário do Executivo, ao obrigar as matrículas das crianças em creches, contrariando ao princípio da separação de poderes;
- l) Ofensa ao princípio da separação de poderes, em virtude de ingerência no direcionamento do dinheiro público;

Essas alegações podem ser agrupadas nas seguintes categorias: fundamentação legal para a concessão do direito à educação infantil; limitações de orçamento e da legislação fiscal; separação de poderes e interferência do Judiciário na administração pública. A partir dessas categorias serão analisadas as decisões dos Tribunais de Justiça (TJSP e STF).

## **Direito à educação infantil: interpretação dos Tribunais**

Inicialmente cabe destacar que a educação na CF é considerada como um dos direitos sociais (art. 6º), como direito de todos e dever do Estado e da família (art. 205). A EI é assegurada ao especificar e detalhar os deveres do Estado para com a educação (art. 208):

“O dever do Estado para com a educação será efetivado mediante a garantia de:  
[...]  
IV- atendimento em creche e pré-escola às crianças de 0 a 6 anos de idade<sup>7</sup>;  
(BRASIL, 1988, art. 208).

Na CF há uma preocupação do legislador na proteção da infância e juventude, assegurando 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, 1988, art. 227).

A prioridade de atendimento é reforçada com a aprovação do ECA, compreendendo:

- a) Primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) Procedência no atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) Preferência na formulação e execução das políticas sociais públicas;
- d) Destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude (BRASIL, 1990, art. 4º).

Considerando “a absoluta prioridade” a definição e a implementação de ações públicas deveriam estar voltadas para o atendimento das necessidades das crianças e adolescentes, destinando recursos para o desenvolvimento das áreas necessárias, como por exemplo, na construção de instituições de EI.

Com relação ao estabelecimento dos direitos educacionais, o ECA reafirma o que foi estabelecido pela CF declarando também outros direitos complementares, como “acesso à escola pública e gratuita próxima de sua residência” (art. 53, inc. V).

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional de 1996 (LDB) no que concerne à EI, trouxe importantes inovações como a introdução do atendimento gratuito em creches e pré-escolas (art. 4º, inc.IV), o seu reconhecimento como primeira etapa da educação básica (art. 29) e a obrigação da integração das creches e pré-escolas ao sistema de ensino (art. 89).

Também foi a LDB, que definiu a nomenclatura e o estabelecimento de faixa etária para atendimento, dividindo a EI em duas etapas: atendimento em creche (crianças de 0 a 3 anos) e em pré-escolas (4 a 6 anos).

A EI neste contexto é assegurada como dever do Estado, sendo opção da família a matrícula de seus filhos. Ao contrário do ensino fundamental que é dever do Estado e obrigatória a frequência por todos. Sendo considerado como direito público subjetivo.

Além das determinações constitucionais, da LDB, do ECA, a EI também é assegurada na Constituição Estadual paulista e nas Leis Orgânicas municipais. Desta forma, o acesso a primeira etapa da educação básica não deve ser considerada como uma norma programática como alegam alguns municípios, mas como um direito que deve ser assegurado pelo poder público municipal. Posição confirmada em relatório do Desembargador (Des.) Nogueira Diefenthaler do TJSP:

Na dogmática constitucional, a educação não é concebida tão-só como uma diretriz a ser observada pelos órgãos públicos, orientação abstrata destituída de maiores repercussões. A educação é prevista como direito social (art. 6º, caput da Constituição Federal), direito este que alberga um dever de prestação positiva do Estado, bem como um direito subjetivo dos titulares em exigir seu cumprimento. (Apelação Cível 601.392-5/8-00, 12.05.2008).

Reconhecer a educação como direito público subjetivo tem o significado, segundo o posicionamento do Des. acima citado, de poder exigir do poder público o seu cumprimento. Posição também defendida pela Des. Maria Olivia Alves, afirmando que os direitos sociais são direitos subjetivos, não sendo “poderes de agir”, mas “poderes de exigir”. (Apelação Cível 152.802-0/5-00, 15.10.2007).

A Des. Maria Olivia Alves sobre a identificação do direito à EI afirma:

[...] as crianças de zero a seis anos têm garantido, por expressa disposição constitucional, o direito, não em tese, não imaginário, não meramente ideal, mas concreto, efetivo, de atendimento em creche e pré-escola. Nada mais é necessário se dizer que um tal direito seja exercido. Nenhuma outra lei ou qualquer medida legislativa é necessária para a exequibilidade dessa prestação. Está claramente identificada a pessoa obrigada à prestação. Está também precisamente identificado, da mesma forma com singular clareza, o objeto dessa prestação social. [...] É direito líquido e certo. (Apelação Cível nº 152.802-0/5-00, 15.10.2007).

Destaca-se também a posição do Des. Sidnei Beneti, com relação o reconhecimento do direito líquido e certo à EI:

Analisando o caso concreto dentro deste contexto, seria inconcebível, após reconhecer o direito líquido e certo das crianças à educação infantil, negar-lhes tutela jurisdicional satisfativa sob o fundamento, equivocado, de que isto representaria violação do princípio da independência dos Poderes. Pensamento diverso conduziria à negação da própria atividade jurisdicional. (Apelação Cível 142.040-0/9-00, 26.03.2007).

Esta posição favorável ao reconhecimento da exigibilidade do direito à vaga em instituições de EI não foi sempre consenso entre os desembargadores do TJSP (TABELA 3).

Alguns reconhecerem que a legislação determina que os municípios sejam responsáveis pelo oferecimento da EI, todavia afirmam que:

[...] a conveniência e a oportunidade de realizar atos físicos de administração (obras e contratações, por exemplo), cabe, com exclusividade, ao Poder Executivo, não sendo possível ao Poder Judiciário, sob o argumento de estar protegendo direitos coletivos, ordenar que tais atos sejam efetivados. (Embargos Infringentes nº 70.903.0/2-2-02, 19.08.2002, Des. Mohamed Amaro).

A partir de 2004 as decisões do TJSP são mais unânimes. As divergências dos anos de 2005 e 2007 são apresentadas por um desembargador nos recursos que concedem liminares, no entanto não manifesta seu voto contrário.

**TABELA 3:** Resultados das votações do TJSP: decisões unânimes e maioria

ANO	Total de decisões	% unânimes	% maioria
1999	2*	50	—
2000	4*	75	—
2001	7	85,7	14,3
2002	32	62,5	37,5
2003	10	40,0	60
2004	1	100,0	0
2005	9	66,7	33,3
2006	43	100,0	0
2007	36	88,9	11,1
2008	30	100,0	0
<b>TOTAL</b>	<b>174</b>	<b>83,9</b>	<b>14,9</b>

Fonte: a autora com base na coleta de decisões julgadas pelo TJSP

Obs.:\*A informação sobre o resultado da votação está ausente.

A falta de consenso entre os desembargadores nas decisões gerou dezenas de Embargos Infringentes apoiados em voto minoritário divergente. Alguns desses recursos foram apresentados pelo MP contra os Acórdãos do TJSP que alteraram sentença de Ação Civil Pública que compelia o município de Santo André a providenciar a vaga em creches e pré-escolas.

As decisões proferidas pelo STF sobre os recursos do TJSP contribuem para um posicionamento favorável à exigibilidade do direito à EI, principalmente a do Ministro Celso de Melo, no Recurso Extraordinário nº 436996, 22.10.2005, de Santo André SP, ao definir que a EI representa “prerrogativa constitucional indisponível” e seu processo de concretização não se expõe “a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental”.



As decisões do STF foram unânimes em afirmar a não inconstitucionalidade das decisões dos Tribunais inferiores, exceto a Questão de Ordem em Petição, nº 2.836-8, de 2003, do Rio de Janeiro sobre a construção de creche para atendimento de toda a demanda<sup>8</sup>. As decisões que questionavam a inconstitucionalidade de sentença que determinava a matrícula de criança em creche municipal próxima a sua residência foram favoráveis para o não seguimento do recurso ou para restabelecer a decisão da 1ª instância.

Sobre a requisição de tutela a direitos individuais os Tribunais foram mais favoráveis em reconhecer este direito como líquido e certo. No entanto, as demandas envolvendo a construção de estabelecimentos para atendimento de toda a demanda (como no caso do recurso do Rio de Janeiro, no STF) ou para um número não delimitado de crianças (interesses difusos e coletivos<sup>9</sup>) as decisões são mais divergentes e não tendo uma jurisprudência consolidada.

Na Apelação Cível 63.951-0/0-00, de 2001, o Ministério Público (MP) propôs Ação Civil Pública pretendendo que o município de Campinas fosse compelido a abrir 9.500 vagas. O TJSP, em análise do recurso, decidiu favoravelmente ao pedido do MP, relator Des. Nigro Conceição. Já na Apelação Cível 68.863-0/5-00, de 2001, o MP ingressou também Ação Civil Pública contra o Município de São Paulo para obter a prestação de serviços em creche para as crianças que os pais desejarem e o pagamento de mensalidade em unidade particular aos alunos que não obtiveram vaga na rede própria ou indireta. O TJSP considerou a ausência de dados concretos a respeito do não atendimento e a inviabilidade de rápida implementação:

[...] pedido de condenação genérica sem que se tenha comprovado o descumprimento pelo Município de sua obrigação quanto ao fornecimento de creche de forma objetiva, ou seja, com apoio em estatística ou relação de interessados que não houvessem sido atendidos. (Apelação Cível 68.863-0/5-00, 22.02.2001, Rel. Des. Álvaro Lazzarini).

Neste caso o recurso do MP não é atendido, por não haver comprovação da negligência ou do descaso na prestação do serviço público. Semelhante decisão foi proferida na Apelação Cível nº 70. 869-0/2-00 de 2001, “sendo o pedido genérico, não havendo assertivas quanto à existência de crianças que não estão sendo atendidas e indicação do número de vagas que deveriam ser criadas”, rel. Des. Álvaro Lazzarini. Posições diferentes da ação do município de Campinas, que talvez tenha realizado um trabalho de pesquisa apresentado o déficit de vagas ou o processo julgado por desembargadores favoráveis ao pedido.

Em outra Apelação Cível, do município de São Paulo, o TJSP, em maioria dos votos, decidiu contrariamente a decisão de 1ª instância, julgando extinto o processo sem apreciação do mérito, considerando o pedido inicial “inepto e juridicamente impossível: “Cumpra ao Poder Judiciário, por função típica, dizer o direito, assinando, se o caso, norma de conduta individual, concreta, daí porque o pedido há de ser certo, em sua extensão, e determinado quanto ao seu objeto.” (Apelação Cível 81.514-0/9-00, 13.12.2001, rel. Des. Luiz Tâmbara).

Em voto divergente, o desembargador Gentil Leite declara que seria inconsistente o argumento do relator, pois “uma vez tratando-se de ação civil pública, a não determinação do pedido é corolário lógico da pretensão que visa proteger interesses difusos, ou seja, de um grupo indeterminado de pessoas, pelo que não é possível precisar-se desde logo o seu número”. Justificando ainda sua declaração com o disposto no ECA, art. 208, Parágrafo Único: “As hipóteses previstas neste artigo não excluem da proteção judicial outros interesses difusos ou coletivos, próprios da infância e da adolescência, protegidos pela Constituição e pela Lei”. (Apelação Cível nº 81.514-0/9-00, 13.12.2001). Ainda o Código de Processo Civil, artigo 286, inciso II, “permite a indicação de pedido genérico, quando não foi possível determinar de modo definitivo, as conseqüências do ato ou do fato ilícito”.

Na Apelação Cível, nº 161.717-0/8-00, 2008, o rel. Des. Barreto Fonseca, em pedido de Ação Cível Pública para ampliação da rede ensino, na região da Capela do Socorro – São Paulo, com a construção de escolas, obedecendo à capacidade máxima de 35 alunos por sala de aula, julgou o pedido decidindo favoravelmente ao MP, afirmando que ação coletiva contém pedido certo e determinado, não importando o número certo de crianças e adolescentes beneficiados.

Em decisões que votam favoravelmente ao município, o des. Roberto Solimene reconhece que os municípios devem oferecer EI, “todavia a conveniência e a oportunidade de realizar atos físicos de administração (obras, contratações, por exemplo), cabe com exclusividade ao Poder Executivo, não sendo possível ao Poder Judiciário, sob o argumento de estar protegendo direitos coletivos, ordenar que tais atos sejam efetivados. (Recurso Ex-Ofício 117.872-0/7-00, 04.04.2005).

Os recursos judiciais com demandas envolvendo interesses difusos e coletivos têm fundamento para a negativa sob a alegação de que contém pedidos genéricos e indeterminados e não sendo possível a interferência do Judiciário no planejamento municipal, ou seja, na condução das políticas públicas e na questão orçamentária. Por outro lado, observando as

votações do TJSP nos últimos anos, as solicitações envolvendo direitos individuais ou com o número preciso de vagas foram concedidas com maior consenso.

Os municípios em suas alegações também argumentam que a EI não estaria em primeiro plano para o atendimento, sendo obrigado a prestar atendimento prioritário ao ensino fundamental. Sobre este argumento os desembargadores favoráveis a considerar o município como obrigado a atender a demanda em creche e pré-escola, argumentam que a EC-14/96 é explícita quanto à responsabilidade do município em atender prioritariamente o ensino fundamental e a EI (BRASIL, 1988, art.211,§2º).

Sobre os pedidos de matrícula em escola particular as decisões que trataram desta demanda afastaram a condenação do município, pois a contratação deste tipo de serviço está vinculada às normas de direito público, acarretando riscos às finanças públicas.

Como a oferta é inferior à demanda os municípios inscrevem as crianças, que pretendem vaga, em “listas de espera”, “lista de inscrição”, de acordo com critérios estabelecidos pela administração, devendo aguardar desistência ou ampliação do atendimento. Os municípios, nos recursos judiciais, alegam que os pedidos individuais, para assegurar vaga, implicariam em violação do direito daqueles que estão na lista de espera, pois anularia o princípio da igualdade. E evocando o princípio da isonomia argumentam que a possibilidade de ingresso em creche é um direito previsto não apenas para as crianças que procuram o judiciário, mas também pelas demais. O Des. Celso Bonilha justifica que “o exercício desse princípio não pode derivar em tal raciocínio, pois se equiparou de forma indevida o necessitado ao seu igual, quando haveria de se equipará-lo aos demais infantes que já obtiveram a vaga junto à creche ou pré-escola”. (Apelação Cível, 345.816.5/0, 2004). O des. destaca-se ainda que a CF/88 assegura igualdade de condições para o acesso e permanência na escola (art. 206, inc. I).

Entre as alegações municipais para a negativa do direito à concessão da vaga requerida judicialmente, o município de Santo André<sup>10</sup> argumenta que as inúmeras concessões judiciais exigindo o cumprimento desse dever vêm acarretando a superlotação dos estabelecimentos, tendo como consequência o declínio da qualidade do serviço prestado.

Este questionamento precisa ser levado em consideração, pois ao atenderem aos pedidos individuais as instituições existentes recebem mais alunos e se o número de profissionais e a ampliação dos espaços não forem alterados pode ocasionar prejuízo do atendimento de todas as crianças. Por outro lado, se os municípios não expandem sua oferta, não podemos deixar crianças que precisam desse atendimento esperar as iniciativas da

administração municipal. É preciso pensar talvez na exigibilidade judicial de ações para que os municípios construam mais escolas e destinem mais recursos nos orçamentos públicos para essa etapa da educação básica.

### **Recursos financeiros para a educação infantil e os limites da legislação fiscal**

Uma das principais alegações para a não concessão da vaga refere-se à falta de recursos financeiros para a expansão do atendimento em educação infantil. Os municípios também argumentam dificuldades impostas pela legislação fiscal. Justificam que obedecem aos preceitos da LRF e que esta lei limita a despesas com pessoal e, portanto, a ampliação depende da contratação de mais funcionários e que em muitos casos não seria possível.

Em alguns litígios o prazo para o cumprimento da decisão judicial gera uma impossibilidade material. Em uma ação, por exemplo, foi concedido um prazo de cinco dias para que o município matriculasse 300 crianças. Para isso, seria preciso, de acordo com a municipalidade, incluir a construção de creches no Plano Plurianual, na Lei de Diretrizes Orçamentárias e na Lei Orçamentária Anual. Além do planejamento municipal, é preciso considerar a necessidade de licitação para a construção, fato que não seria solucionado em tão curto tempo. Essas constatações precisam ser analisadas, pois em muitas situações os municípios estão optando por estabelecer parcerias com entidades privadas (comunitárias, filantrópicas e escolas privadas *stricto sensu*) para realizar esse atendimento, deixando de expandir a rede oficial de ensino.

Com relação aos entraves legais para o cumprimento das decisões, a Des. Teresa Ramos Marques argumenta que “situações de urgência legitimam medidas urgentes” (Agravo de Instrumento 711.901.5/1-01, 28.01.2008). De acordo com o Des. Álvaro Lazzarini, o argumento da limitação orçamentária para a não abertura de novas creches dependeria da “comprovação de o Administrador Municipal ter esgotado as verbas orçamentárias específicas destinadas a esse direito fundamental” (Apelação Cível 70.606-0, 15.03.2001).

Segundo o Min. Marco Aurélio, o município não cabe “tergiversar mediante escusas relacionadas com deficiência de caixa. Eis a enorme carga tributária suportada no Brasil a contrariar essa eterna lengalenga” (Recurso Extraordinário, 384.201-3 - SP).

Sobre o argumento da cláusula da reserva do possível para efetivação e implementação dos direitos de segunda geração, o Min. Celso de Mello afirma:

[...] a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais [...] (Recurso Extraordinário 410.715-5, 22.11.2005).

O voto do Des. Nogueira Diefenthaler, em recurso do Município de Roseira, que alegava dentre os demais motivos para a negativa do direito que o Poder Judiciário não poderia se imiscuir em questões orçamentárias, não sendo possível impor aos órgãos públicos obrigação de fazer que importe gastos, sem que haja rubrica própria para atender a determinação. Eis o voto:

[...] Logicamente que o Poder Judiciário não poderia determinar prestações impossíveis, ou até mesmo compelir a Administração a remanejar aportes financeiros de setores igualmente essenciais, como, v.g., a saúde. Tal discussão traz a tona o que a doutrina constitucional denomina de cláusula da reserva do possível, expediente limitador (desde que inserido nas esferas da proporcionalidade de razoabilidade) do cumprimento destes direitos de segunda geração. (Apelação Cível 601.392-5/8-00, 12.05.2008, rel. Des. Nogueira Diefenthaler).

Ainda:

A alegação de falta de disponibilidade financeira, todavia, não pode implicar numa *"negação de qualquer tipo de obrigação a ser cumprida na base dos Direitos Fundamentais Sociais"*, pois, exegese desta natureza *"tem como consequência a renúncia de reconhecê-los como verdadeiros direitos"*. [...]

Daí que as alegações de inexistência de disponibilidade orçamentária, formuladas de maneira genérica, destituídas de maior respaldo probatório, suscitadas de maneira até mesmo irresponsável, não se constituem em motivação hábil a elidir, suprimir e negar direito de tão grande magnitude. (Apelação Cível 601.392-5/8-00, 12.05.2008, rel. Des. Nogueira Diefenthaler).

Este recurso do município de Roseira, traz em sua decisão uma solução diferente das demais. O des. Nogueira Diefenthaler, relator do processo, afirma que não se pode deixar de considerar a “regra constitucional que veda o início de programas ou projetos não incluídos em lei orçamentária (art. 167, inciso I da Constituição Federal), de forma que provimento jurisdicional não pode determinar, sem a adoção desta providência preliminar, a instalação de creches e pré-escolas”. E com base em decisão do STF, que considerando a questão orçamentária suspendeu o cumprimento de decisão que obrigava o município a construção de creches para atender 100% da demanda dos bairros citados, no prazo de um ano, considerando a possibilidade de graves prejuízos aos cofres públicos municípios (Questão de Ordem em Petição, nº 2.836-8, RJ), o des. votou para que o município fosse condenado a incluir as verbas necessárias à instalação das creches, no projeto de lei orçamentária.

Tal decisão pode ser uma das medidas para solucionar a problemática da exigência de construção de novas unidades, se preocupando em respeitar as imposições da legislação fiscal, mas obrigando o município a expandir o atendimento, readequando o orçamento.

### **Interferência do Poder Judiciário no poder discricionário do município: argumento da separação dos poderes**

Alguns desembargadores defenderam o indeferimento de solicitações que obrigavam o município a oferecerem as vagas, pois consistiria indevida intromissão do Judiciário no Executivo. Esta questão como dita anteriormente, é principal divergência entre os desembargadores. O município alega que a interferência do Judiciário coloca em risco todo o planejamento municipal, afetando os interesses coletivos para atender individuais. (Município de Paulínia, Apelação Cível 595.356.5/8-00).

Com relação ao oferecimento da educação, segundo alguns desembargadores, o Estado não tem discricionariedade, estando vinculando à norma constitucional e às normas infraconstitucionais e estas legislações impõem obrigações. “Há discricionariedade, é certo, mas apenas quanto à forma de satisfazer essa obrigação”. (Apelação Cível 127.659-0/3-00, 20.02.2006, rel. Des. Maria Olivia Alves).

O poder discricionário do município é compreendido pela forma como o chefe do executivo irá atender a determinação legal, decidindo se pela construção de novas unidades, ampliação das existentes ou ainda firmando convênios com estabelecimentos privados. Poder discricionário, “não se confunde com a autorização para descumprir a lei” (Agravo de Instrumento, 509347, Min. Sepúlveda Pertence).

Sobre a possibilidade da intervenção do judiciário na administração pública a resposta dos desembargadores é clara: “[...] simples exercício de sua missão constitucional de fazer cumprir e respeitar as normas legais em vigor”. (Agravo de instrumento, nº 74.654-0, 21.09.2000, rel. Des. Gentil Leite). Ao judiciário cabe atuar para que o município cumpra com seus deveres, garantindo a harmonia entre os poderes, funcionamento como um sistema de freios e contrapesos. (Apelação Cível 146.315-0/3-00, 04.07.2007, rel. Des. Roberto Vallim Bellocchi).

Posição também apresentada pelo Min. Celso de Mello:

Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais,

determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. (Recurso Extraordinário 410.715-5, 22.11.2005).

Esta decisão é citada em vários recursos do TJSP, sendo uma referência para a concessão do direito à vaga em creche e pré-escola.

### **Considerações finais**

Os municípios, como réus ou recorrentes das ações judiciais, alegam que são obrigados a oferecer somente o ensino fundamental, que não possuem estrutura, estando no limite da capacidade e que a ampliação do atendimento na EI é inviabilizada pelo problema orçamentário, não sendo possível ao Poder Judiciário interferir em atos do poder executivo. As decisões judiciais, tanto em primeira instância como em recurso no TJSP, apresentaram resultados diferentes, não sendo consenso entre os desembargadores a interferência do Judiciário sobre a determinação do município em atender aos pedidos de vaga.

Nos últimos anos, as requisições individuais ou para um número determinado de vagas consolidou uma jurisprudência favorável dominante no TJSP. Contribuindo para isso as decisões do STF, com o reconhecimento da EI como direito fundamental, assegurado nas normas constitucionais e ordinárias, não sendo sua concretização uma avaliação discricionária da administração pública e a não observância do atendimento pelo Poder Executivo enseja sua proteção pelo Poder Judiciário.

Das decisões do TJSP sobre processos que requisitaram do poder público municipal a instalação de creches e pré-escolas para atendimento das crianças que necessitarem, destaca-se a Apelação Cível do município de Roseira, julgada em 2008, que condenou a municipalidade a incluir verbas necessárias no projeto de lei orçamentária para a sua instalação. Desta forma, o executivo respeitando as determinações da legislação sobre planejamento fiscal, poderá expandir o atendimento, principalmente em creche, que constitui a principal reivindicação nos tribunais.

## Notas

<sup>1</sup> Este trabalho é integrante do projeto de pesquisa do doutorado, em desenvolvimento na Faculdade de Educação da Universidade de São Paulo, financiada pela Fapesp, sob a orientação do Prof. Dr. Romualdo Portela de Oliveira, sob o título “Atuação do Tribunal de Justiça de São Paulo com relação ao direito de crianças e adolescentes à educação: 1991-2008”.

<sup>2</sup> <http://cjo.tj.sp.gov.br/esaj/jurisprudencia/consultaCompleta>. Acesso: 17 de abril de 2008.

<sup>3</sup> <http://www.biblioteca.tj.sp.gov.br/acervo/principal.nsf>. Acesso: 17 de abril de 2008.

<sup>4</sup> <http://www.abmp.org.br/acervo.php?a=julgados&&j=24&sj=39&tp=5>. Acesso: 17 de abril de 2008.

<sup>5</sup> Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.as>. Acesso 20.02.2009.

<sup>6</sup> A primeira decisão referente à EI é localizada no STF somente em 2003.

<sup>7</sup> Com a Emenda Constitucional (EC) nº 53 de 2003 a idade para o atendimento na criança infantil foi alterado para crianças até cinco anos, devido ao ingresso no ensino fundamental aos seis anos.

<sup>8</sup> Esse recurso será analisado quando for abordado o problema financeiro para o atendimento das decisões judiciais.

<sup>9</sup> Interesses difusos: “aqueles que são compartilhados por um grupo indeterminável de lesados; o objeto desses interesses é indivisível; o grupo está unido por uma situação de fato comum”; *Interesses coletivos*: “aqueles que estão compartilhados por um grupo determinável de lesados; o objeto desses interesses é indivisível”. (MAZZILLI, 2004, p. 76).

<sup>10</sup> Do total das decisões analisadas (174) no âmbito deste trabalho, 83 versam sobre o município de Santo André.

## Referências bibliográficas

ACQUAVIVA, M. C. *Dicionário Jurídico Brasileiro Acquaviva*. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 1995.

ARANTES, R. B. Judiciário: entre a Justiça e a Política. In: AVELAR, Lúcia; CINTRA, Antônio Octávio. *Sistema político brasileiro: uma introdução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Konrad-Adenauer-Stiftung; São Paulo: Editora Unesp, 2007.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*, Brasília: Diário Oficial da União, 05/10/1988.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 8.069*, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da União: República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 16 de julho de 1990. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 6 set. 2004.

\_\_\_\_\_. *Lei nº. 9.394*, de 20/12/1996. Estabelece as Diretrizes e Bases da Educação Nacional. Disponível em: < [http://www.presidencia.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9394.htm](http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/Leis/L9394.htm) >. Acesso em: 20 jan. 2005.

CURY, J. A educação infantil como direito. In: BRASIL, Ministério da Educação e do Desporto. *Subsídios para credenciamento e funcionamento de instituições de educação infantil*. Volume II. Brasília: MEC, 1998.

DUARTE, C. S. Direito público subjetivo e políticas educacionais. *São Paulo em Perspectiva*. São Paulo, n. 18 (2), p. 113-118. 2004.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDOS E PESQUISAS EDUCACIONAIS ANÍSIO TEIXEIRA/ MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO (Inep/MEC). *Os desafios do Plano Nacional de Educação*. Brasília: Inep/MEC, 2004.



---

KUHLMANN JR, M. Histórias da educação infantil brasileira. *Revista Brasileira de Educação*. n. 14, Maio/jun./jul/ago. 2000.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Ministério Público*. São Paulo: Damásio de Jesus, 2004.

SÃO PAULO (Estado). MINISTÉRIO PÚBLICO. Infância e juventude: interpretação jurisprudencial. Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça da Infância e Juventude. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado: Ministério Público, 2002.

SOUZA SANTOS, B. et al. Os tribunais nas sociedades contemporâneas. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, n. 30, p. 29-62, fev. 1996.