

ARTIGO ORIGINAL

A (IN)EFETIVIDADE DO DIREITO À EDUCAÇÃO: UMA REFLEXÃO CRÍTICA DAS DECISÕES SOBRE VAGAS EM CRECHE APÓS O MARCO LEGAL DA PRIMEIRA INFÂNCIA

Hilbert Reis Silva¹

RESUMO: O presente artigo busca analisar a maneira como questões relacionadas ao direito à educação na primeira infância estão sendo tratadas pelo sistema de justiça. Para tanto, recorre-se à análise de acórdãos do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, com o recorte temporal de julgados a partir da promulgação do Marco Legal da Primeira Infância. Aplica-se metodologia empírica de abordagem qualitativa num esforço de investigação e de produção voltado a entender como os julgadores estão a lidar com os pedidos de vagas em creche pela via judicial. Portanto, este trabalho busca compreender os argumentos e as razões para a escolha das legislações aplicadas nas decisões, além de verificar se, pela via judicial, o direito à educação está a ser observado pelos julgadores.

Palavras-chave: Direito à educação; Marco Legal da Primeira Infância; jurisprudência.

ABSTRACT: *This article analyzes issues related to the child rights in early childhood are being addressed by the justice system. Thus, it is used the analysis of judgments of the Court of Justice of the State of São Paulo, with the choice of judged from the introduction of the Brazilian Legal Framework for Early Childhood. An empirical qualitative approach is applied in an investigation and production effort aimed at understanding how judges are dealing with applications for a Nursery-School places through the courts. Therefore, this paper seeks to understand the arguments and the reasons for the choice of laws applied in the decisions, as well as to verify if, in the judicial route, the right to education is being observed by the judges.*

Keywords: Right to education; Legal Framework for Early Childhood; jurisprudence.

¹Doutorando em Sociologia e Direito pela Universidade Federal Fluminense. Mestre em Direito pela Universidade Estadual Paulista (Unesp). Professor de Direito na ETEC de Ribeirão Preto/SP. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-9539-4844> E-mail: hilberts@id.uff.br

A (IN)EFETIVIDADE DO DIREITO À EDUCAÇÃO: UMA REFLEXÃO

1 INTRODUÇÃO

A questão do direito à educação é uma pauta universal e por assim sê-la requer a permanente exploração do tema. Em razão disso, este artigo procura entender como os julgadores de 2ª instância do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo estão a lidar com os pedidos de vagas em creche pela via judicial. Esse recorte temático se dá em razão da constatação de que essa fase escolar – de zero a três anos –, é aquela com maior déficit de vagas. (PNAD, 2017). De acordo com dados da “Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios” – Contínua (PNAD Contínua) “56,4 milhões de pessoas frequentavam escola ou creche. Entre as crianças de 0 a 3 anos a taxa de escolarização foi 32,7%, o equivalente a 3,3 milhões de estudantes.”. (PNAD, 2017, p. 5), o que indica que 67,3% das crianças dessa faixa etária encontram-se fora da rede escolar (pública ou privada).

Diante desses números, o fenômeno da judicialização em busca de vagas em creche tem levantado debates acerca da atuação do Poder Judiciário na garantia de direitos individuais e coletivos concernente ao direito à educação. Em paralelo, muito se debate também acerca das atividades e estratégias dos Poderes Executivo e Legislativo para lidar com o déficit de vagas em creches. Todavia, este artigo irá centrar-se no primeiro fenômeno, da judicialização, com o intuito de compreender, a partir das respostas jurisdicionais, como o Judiciário está enfrentando esta questão, especialmente diante da constatação da falta de vagas em creche por parte de todos os atores envolvidos.

Dessa maneira, este artigo busca compreender diretamente através de julgados se o direito à educação está a ser observado pelo Judiciário. Nesse contexto, busca-se saber quais são os argumentos e as razões para a escolha das legislações aplicadas nas decisões referente aos pedidos de vagas em creche e se o direito à educação está sendo observado pelos julgadores. O objeto desta análise, portanto, são decisões de 2ª instância do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo acerca de pedidos de vaga em creche.

A motivação dessa escolha ocorre em razão da noção da existência de muitos trabalhos dedicados a investigar as interações entre os poderes (Executivo, Judiciário e Legislativo) e os impactos das decisões judiciais, todavia, parecem faltar estudos que se dediquem especificamente a analisar como os julgadores estão lidando com os cada vez mais frequentes pedidos de vaga em creche pela via judicial.

SILVA, H. R.

Para tanto, aplica-se a metodologia empírica de abordagem qualitativa por entender que uma pesquisa exclusivamente teórica não alcançaria os objetos lançados nessa pesquisa, especialmente no que se refere à análise dos argumentos e das razões para a escolha das legislações aplicadas nas decisões judiciais, bem como das estratégias utilizadas pelos julgadores na busca de uma (não) solução dos conflitos. Ademais, a abordagem qualitativa se justifica na medida que este artigo não busca respostas na sistematização de jurisprudência ou dos dados estatísticos, mas a partir principalmente das argumentações dos julgadores e também das histórias inseridas em cada caso.

Assim, para chegar as decisões analisadas, buscou-se selecioná-las através da expressão “vaga em creche”. Este procedimento deu-se através da ferramenta de “consulta jurisprudencial” disponível no sítio do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Além do emprego da expressão “vaga em creche”, um segundo filtro utilizado foi a delimitação do assunto a “Direito da Criança e do Adolescente”. Neste recorte foram encontrados 123 acórdãos que preenchiam as exigências dos filtros acima, dos quais 49 eram apelações ou remessa necessária. Todavia, em decorrência do recorte temporal baseado nos julgados após a promulgação do Marco Legal da Primeira Infância (Lei nº 13.257/2016)² foram selecionados 41 acórdãos, referindo-se ao período de março de 2016 a dezembro de 2018. As razões deste recorte temporal se dão em virtude da intenção de analisar se os julgadores estão atualizados quanto ao Marco Legal da Primeira Infância e se estão justificando suas decisões com base nesta lei.

Assim, este trabalho pretende compreender os argumentos e as razões para a escolha das legislações aplicadas nas decisões, para ao fim, verificar se o direito à educação está a ser observado pelos julgadores.

2. A JUDICIALIZAÇÃO AO DIREITO À EDUCAÇÃO

Presente na agenda das políticas públicas nos âmbitos regional e nacional, o direito à educação na primeira infância ainda não é uma realidade a muitas famílias. A insuficiência

² O Marco Legal da Primeira Infância (Lei nº 13.257/2016) dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, a Lei nº 11.770, de 9 de setembro de 2008, e a Lei nº 12.662, de 5 de junho de 2012. Foi promulgado em 09 de março de 2016.

A (IN)EFETIVIDADE DO DIREITO À EDUCAÇÃO: UMA REFLEXÃO

de vagas em creches públicas é um retrato comum em todo o país, uma vez que 67,3% das crianças dessa faixa etária encontram-se fora da creche. (Ibidem). Àqueles que gozam de uma melhor condição financeira ainda existem as creches e “escolinhas” privadas, todavia, essa não é a realidade de grande parte da população.

Diante desse cenário, é crescente o número de pedidos de vaga em creche pela via judicial, seguindo uma aparente tendência conhecida como a ‘judicialização da saúde’, dois movimentos que representam “[...] reivindicações e modos de atuação legítimos de cidadãos e instituições, para a garantia e promoção dos direitos de cidadania amplamente afirmados nas leis internacionais e nacionais.”. (VENTURA; SIMAS; PEPE; SCHRAMM, 2010, p. 78).

Infelizmente, seja na saúde ou na educação, observa-se a incapacidade do Estado em garantir direitos basilares contidos na Constituição da República, ainda que essa reconheça a educação infantil como direito de todas as crianças de 0 (zero) a 5 (cinco) anos de idade.³ Ou seja, ainda que no campo formal, a “Constituição cidadã” garanta amplamente o direito à educação, muitas famílias ainda enfrentam sérios entraves na luta por vagas em creches e escolas.

Por diferentes razões, mas em sua maioria pela necessidade de trabalhar por parte de todos os entes adultos da unidade familiar, a creche se torna em muitos casos o único local possível de acolhimento, afeto, aprendizagem e proteção para além do lar. Assim, diante da ausência de vagas em creches, muitas famílias acabam enfrentando dificuldades financeiras gravíssimas pela impossibilidade de algum ente familiar adulto não conseguir trabalhar diante da negativa de vaga.

Fato é que grande parte dos pedidos de vagas em creche se fundamentam na ausência de recursos ou de outros meios que possam atender às necessidades das crianças, ou seja, são pedidos formulados por pessoas – em sua maioria humildes⁴ – que precisam

³ Art. 208 da CR. 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. (BRASIL, 1988).

⁴ As ações desta natureza geralmente são interpostas pela Defensoria Pública ou por particulares que gozam dos benefícios da justiça gratuita.

SILVA, H. R.

trabalhar em turno integral, necessitando, portanto, de vagas em creche também no período integral.

Assim, essas pessoas encontram no Judiciário a última saída na esperança de conseguir uma vaga em creche, uma vez que as pessoas geralmente recorrem a uma ação somente após muito tentar em secretárias de creches, além de suportar as chamadas “filas de espera”.

Na prática, enquanto aguardam a vaga na creche muitas famílias tentam conciliar o trabalho e os cuidados da criança geralmente com o apoio de avôs e avós, todavia, o que se nota é uma carga excessiva de responsabilidades sob as figuras maternas (mãe e avó), em razão de papéis construídos historicamente, que, de certa maneira, insistem em se manter em nosso tempo.

Assim, considerando que as demandas judiciais retratam contextos reais de angústias e aflições representadas por pedidos fundamentados na lei e nas histórias de cada família, apresenta-se a seguir alguns destes casos, com o intuito de compreender os argumentos e as razões para a escolha das legislações aplicadas nas decisões, além de verificar se, na via judicial, o direito à educação está sendo observado pelos julgadores. Para tanto, do universo de 41 acórdãos selecionados, passa-se a apresentar cinco decisões consideradas emblemáticas por conta das fundamentações dos julgadores.

3. DA ANÁLISE DOS ACÓRDÃOS

A garantia do direito à educação infantil é uma questão urgente ao Poder Público e sempre presente em debates referentes à construção de projetos de políticas públicas voltados à educação. Não desconexo a essa realidade, o Judiciário vem enfrentando constantes pleitos acerca da dificuldade de acesso à educação básica, inclusive em sede de última análise, no Supremo Tribunal Federal.⁵

Por se tratar de “um direito público subjetivo do particular” (PINTO FERREIRA, 1986, p. 171), o direito à educação, sobretudo após a Constituição de 1988, ganhou axiomática importância, uma vez que os legisladores constituintes objetivaram uma efetiva

⁵ Em decisão datada de 22 de novembro de 2005, o Supremo Tribunal Federal entendeu ser obrigatório também a obrigatoriedade da prestação de serviço de educação ao ensino infantil (RE n. 410.715/SP).

A (IN)EFETIVIDADE DO DIREITO À EDUCAÇÃO: UMA REFLEXÃO

garantia de atendimento em creches, o que faz com que muitas famílias busquem abrigo no Judiciário para a injusta ausência de vagas.

De acordo com Wilson Donizete Liberati (2004, p. 236):

A criança não está obrigada a frequentar uma instituição de educação infantil, mas, sempre que sua família deseje ou necessite, o Poder Público tem o dever de atendê-la. Em outras palavras: havendo demanda ou procura do serviço essencial da educação infantil (pelos pais ou responsáveis), nasce o dever do Estado em disponibilizar o referido serviço.

Fato é que essa situação atinge principalmente famílias que dependem do atendimento em creches públicas, justamente por não disporem de condições financeiras de manter suas crianças em escolas privadas ou de pagar alguém para “olhá-las”. Diante dessa realidade, o judiciário vem sendo provocado a se manifestar em diversos casos concretos de pedidos de vaga em creche.

Assim, longe de desenvolver uma pesquisa de abordagem quantitativa com sistematizações de jurisprudência ou de dados estatísticos, o que busca analisar nesse artigo é a maneira como as questões relacionadas ao direito à educação na primeira infância estão sendo tratadas pelo sistema de justiça. Em razão disso, a presente análise dos acórdãos foca-se principalmente nos discursos proferidos, ou seja, nas argumentações e nas razões utilizadas nos julgados.

3.1 Das convergências de entendimento

A garantia do direito à educação infantil é uma questão urgente ao Poder Público e sempre presente em debates referentes à construção de projetos de políticas públicas voltadas à educação. Não desconexo a essa realidade, o Judiciário está a enfrentar constantes pleitos acerca da dificuldade de acesso à educação básica, ao ponto deste assunto chegar ao Supremo Tribunal Federal.

Na esfera estadual paulista, a qual se dedica este artigo, em geral as decisões demonstram uma grande prevalência de procedência/provimento aos pedidos de vaga em creche. A aplicação da prerrogativa constitucional de garantia ao direito à educação esculpida no art. 205 da Constituição da República somada a expressa garantia conferida às Cadernos da Fucamp, v.24, p.34-47/2023

SILVA, H. R.

crianças (art. 208, IV e 227, *caput*, da Constituição) foram as principais normas utilizadas pelos julgadores ao deferirem os pleitos dos autores. Subsidiariamente, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) foi outra importante fonte legal bastante aplicada pelos julgadores, especialmente o art. 54, inciso IV, que diz que: “Art. 54. É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente: [...] IV – atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a cinco anos de idade.”. (BRASIL, 1990). A Súmula 63 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que trata especificamente do assunto, também foi muito aplicada nos acórdãos analisados, sendo assim redigida: “É indeclinável a obrigação do Município de providenciar imediata vaga em unidade educacional a criança ou adolescente que resida em seu território.”.

De forma geral, além da aplicação dos dispositivos constitucionais, do ECA e da Súmula do TJSP, observou-se que na maioria das decisões favoráveis à concessão de vaga em creche, os julgadores demonstravam preocupação em mencionar o princípio da competência orçamentária, ainda que este fosse mitigado pelo princípio do melhor interesse da criança, como nos exemplos abaixo:

Decisão 01

Embora se admita que o princípio da competência orçamentária atribua ao legislador as decisões finais da destinação dos recursos públicos, especialmente em políticas de atendimento universalizado da população no âmbito da educação, não se pode admitir que o tal princípio ganhe ares absolutos, retirando do administrador a responsabilidade de atender as necessidades individuais da criança. (TJSP; Remessa Necessária Cível 0034631-44.2012.8.26.0100; Relator (a): Fernando Torres Garcia (Pres. Seção de Direito Criminal); Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro Central Cível - Vara da Infância e da Juventude; Data do Julgamento: 16/05/2016; Data de Registro: 17/05/2016).

Decisão 02

A concessão das vagas pleiteadas não implica em violação ao princípio da igualdade, pois o Município deve garantir o direito fundamental à educação de forma universal às crianças que solicitem e, não o contrário, que implicaria em universalizar a violação a esta obrigação constitucionalmente imposta, a pretexto de não atender a alguns que não se socorrem do judiciário. (TJSP; Apelação Cível 1012660-

A (IN)EFETIVIDADE DO DIREITO À EDUCAÇÃO: UMA REFLEXÃO

44.2015.8.26.0564; Relator (a): Renato Genzani Filho; Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro de São Bernardo do Campo - Vara da Infância e Juventude; Data do Julgamento: 26/11/2018; Data de Registro: 27/11/2018).

Dessa maneira, em geral, os julgadores parecem convergir na importância do direito à educação frente a outros assuntos relacionados ao orçamento. Todavia, mostram-se também atentos às preocupações orçamentárias, que muitas vezes impossibilitam os gestores públicos de atenderem todas as crianças. Para Adriana Dragone Silveira (2012, p. 362):

As análises do Judiciário, sobretudo quanto às demandas envolvendo matrícula na educação infantil, consolidaram o dever do Estado, com responsabilidade do município pelo atendimento, ao decidirem que a primeira etapa da educação básica se constituiu em direito subjetivo dos seus titulares em exigir o seu cumprimento perante o Judiciário, quando da sua violação.

Como aos julgadores cabe à aplicação da lei diante do caso concreto, a partir dos acórdãos analisados, observou-se a convergência em reconhecer o direito à educação em detrimento a questões orçamentárias, uma vez que os direitos educacionais receberam proteção jurídica diferenciada no ordenamento jurídico, partindo da Constituição da República de 1988 até as mais recentes normas, como a lei n. 13.257, de 8 de março de 2016, conhecida como o “Marco Legal da Primeira Infância”.

3.2 Das divergências de entendimento

Ainda que a procedência pela concessão de vaga em creche seja a prática usual nas decisões analisados, observou-se que em muitos pedidos, a parte autora requeria certas particularidades para além da vaga em creche no período parcial e/ou integral, como, por exemplo, vaga em creche próxima de sua moradia, ou, em outros casos, pleiteando determinada escola ou creche de preferência dos autores, que muitas vezes não eram a mais próxima de sua residência.

Nestes casos, notou-se o que talvez seja a maior divergência de posicionamento entre os julgados analisados. Enquanto alguns julgadores fundamentam suas decisões com base na jurisprudência formada na Câmara Julgadora e nos critérios da razoabilidade, Cadernos da Fucamp, v.24, p.34-47/2023

SILVA, H. R.

outros optam argumentar pela relativa discricionariedade do ente público quanto à forma de satisfação do dever a ele atribuído, conforme pode-se extrair dos seguintes trechos dos acórdãos abaixo:

Decisão 03

Considerando a jurisprudência desta Câmara Especial e o critério da razoabilidade, a proximidade da residência deve ser compreendida como a distância máxima de 2 (dois) quilômetros. Dispõem as normas constitucionais e as infraconstitucionais que compete ao Município, independentemente do concurso da União, dos Estados Membros e da iniciativa privada, assegurar às crianças a educação infantil em creches e pré-escolas, próximas de sua residência. (TJSP; Apelação / Remessa Necessária 0001706 81.2015.8.26.0587; Relator (a): Dora Aparecida Martins; Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro de São Sebastião - Vara Criminal; Data do Julgamento: 21/11/2016; Data de Registro: 21/11/2016).

Decisão 04

Ressalta-se, todavia, que o autor não tem o direito de escolher a unidade escolar de sua preferência nem a mais próxima de sua residência, pois se reconhece ao ente público relativa discricionariedade quanto à forma de satisfação do dever a ele atribuído, para a organização do serviço prestado (TJSP; Apelação Cível 0002467-81.2015.8.26.0080; Relator (a): Ana Lucia Romanhole Martucci; Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro de Cabreúva - Vara Única; Data do Julgamento: 27/06/2016; Data de Registro: 28/06/2016).

Decisão 05

No mais, ressalto que a criança não possui o direito de escolher a unidade escolar de sua preferência, e nem a mais próxima de sua residência, pois se reconhece ao ente público relativa discricionariedade quanto à forma de satisfação do dever a ele atribuído. (TJSP; Apelação Cível 0002014-88.2015.8.26.0435; Relator (a): Renato Genzani Filho; Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro de Pedreira - 2ª Vara; Data do Julgamento: 13/06/2016; Data de Registro: 14/06/2016).

Observa-se o que talvez seja uma das poucas divergências entre os julgados, uma vez que todos acórdãos analisados deram provimento quanto aos pedidos de vaga em creche. Essa divergência, no que concerne ao direito de escolha da unidade escolar, trata-se Cadernos da Fucamp, v.24, p.34-47/2023

A (IN)EFETIVIDADE DO DIREITO À EDUCAÇÃO: UMA REFLEXÃO

de um tema secundário, mas de relevante importância, sobretudo às famílias cuja a distância da escola pode afetar a rotina laboral e financeira. Todavia, conforme extraído dos trechos selecionados, existem argumentos para ambos os lados, ou seja, não se trata de um tema pacífico, ao menos no que se refere à amostra analisada.

4. DA NÃO CONSIDERAÇÃO DO MARCO LEGAL DA PRIMEIRA INFÂNCIA

Em termos gerais, notou-se que as decisões em sua grande maioria consideraram em suas razões decisórias preceitos constitucionais e dispositivos legais consagrados no sistema normativo brasileiro. A Constituição da República, em especial os artigos 205 a 214, foram os artigos mais citados pelos julgadores.

Mas, no que se refere ao Marco Legal da Primeira Infância nenhum dos 41 acórdãos selecionados sequer fizeram menção a essa lei promulgada no ano de 2016. Como foi a proposta deste artigo a exploração a partir de um recorte temporal partindo da promulgação do Marco Legal da Primeira Infância, esperava-se que os doutos julgadores tivessem aplicado em suas decisões, ainda que modo complementar, alguma norma extraída deste importante marco.

Fato é que o Marco Legal possui importante relevância no estímulo e na orientação dos recursos públicos ao viabilizar novos olhares acerca dos direitos das crianças à educação através da formulação concreta de ações e programas permanentes que visem o pleno desenvolvimento na primeira infância. De acordo com Ordália Alves Almeida (2017, p. 133), [o Marco Legal da Primeira Infância] “[...] tem grande relevância para nossa luta pela garantia dos direitos das crianças de até 6 anos de idade, que hoje somam mais de 20 milhões no Brasil, ao mesmo tempo em que apresenta importantes contribuições para se criar disposições e pautar as políticas públicas pela primeira infância.”.

Por estabelecer princípios e diretrizes para a formulação e a implementação de políticas públicas para a primeira infância, esperava-se que os acórdãos analisados levassem em conta essa legislação com a Constituição, o ECA e demais dispositivos pertinentes ao tema, todavia o que se verificou foi o aparente desconhecimento desta lei por parte dos julgadores. Diz o artigo 5º do Marco Legal da Primeira Infância que:

SILVA, H. R.

Art. 5º. Constituem áreas prioritárias para as políticas públicas para a primeira infância a saúde, a alimentação e a nutrição, a educação infantil, a convivência familiar e comunitária, a assistência social à família da criança, a cultura, o brincar e o lazer, o espaço e o meio ambiente, bem como a proteção contra toda forma de violência e de pressão consumista, a prevenção de acidentes e a adoção de medidas que evitem a exposição precoce à comunicação mercadológica.

O que deve ser destacado é que o Marco Legal Primeira Infância eleva as políticas públicas para a primeira infância a um contexto de integração multisetorial, visando não somente a educação *strictu sensu*, mas todo um estado de bem-estar composto pela saúde, alimentação, nutrição, convivência familiar e comunitária, cultura etc. Assim, “entre as grandes conquistas trazidas pelo Marco Legal da Primeira Infância o nosso olhar reflexivo está voltado à análise do direito à voz e a participação na busca por uma criança não apenas considerada como sujeito de direito, mas sim como um sujeito cidadão.”. (ANDREUCCI, Ana Cláudia, 2017, p. 294).

Ao não considerar o Marco Legal da Primeira Infância, os julgados deixam de aplicar um marco legal na mudança de concepção sobre infância e seus direitos, ao reconhecer a criança como prioridade trazendo um conjunto de ações voltadas à promoção do desenvolvimento infantil. Diz o artigo 16 do Marco Legal da Primeira Infância que:

Art. 16. A expansão da educação infantil deverá ser feita de maneira a assegurar a qualidade da oferta, com instalações e equipamentos que obedçam a padrões de infraestrutura estabelecidos pelo Ministério da Educação, com profissionais qualificados conforme dispõe a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional), e com currículo e materiais pedagógicos adequados à proposta pedagógica.

Parágrafo único. A expansão da educação infantil das crianças de 0 (zero) a 3 (três) anos de idade, no cumprimento da meta do Plano Nacional de Educação, atenderá aos critérios definidos no território nacional pelo competente sistema de ensino, em articulação com as demais políticas sociais.

Assim sendo, lamentavelmente, observa-se que os julgadores ainda parecem não estar a par deste importante marco legal, e que ainda que o judiciário esteja concedendo vagas em creche quando provocados judicialmente, os seus argumentos seguem sendo

A (IN)EFETIVIDADE DO DIREITO À EDUCAÇÃO: UMA REFLEXÃO

enviesados nos mesmos dispositivos legais, olvidando-se da aplicação deste importante marco.

5. CONCLUSÃO

A análise dos acórdãos permitiu observar como os julgadores do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo estão lidando com os pleitos de vagas em creche, ou seja, como estão observando o direito ligado à educação infantil de crianças de 0 (zero) a 5 (cinco) anos.

De modo geral, a partir das decisões analisadas, pode-se afirmar a existência da prevalência do direito à educação em face de outros obstáculos legais, como, por exemplo, questões orçamentárias. Do total de 41 acórdãos selecionados, em todos os houve parcial ou integral provimento dos pedidos dos autores (pleiteantes por vaga em creche).

Em verdade, por ser tema que envolve garantia fundamental, observou-se que todos os acórdãos buscaram destacar as normas constitucionais que asseguram às crianças o direito à creche. Houve algumas divergências acerca dos pedidos de vaga em creche em locais escolhidos pelos familiares da criança, todavia, notou-se que na maioria dos casos os julgadores entenderam que a creche deveria ser próxima ao domicílio da criança.

Essa posição favorável à concessão de vaga em creche considerando a proximidade do domicílio da criança se mostrou particularmente relevante nos casos em que os julgadores verificaram, nos autos, de que se tratava de família humilde, ou seja, que não dispunham de recursos para deixar a criança em creche ou escola distante do domicílio.

Assim, diante da omissão do poder público em cumprir a obrigação em garantir o direito à creche, verificou-se que o Judiciário tenta – limitado a casos particulares – conferir essa garantia constitucional, forçando o poder público (geralmente municipal) a garantir a vaga à criança.

A pesquisa demonstrou também que apesar de garantir os direitos à educação para as crianças que recorrem ao Judiciário, os julgadores não estão totalmente atualizados acerca da robusta legislação garantidora dos direitos à educação das crianças, uma vez que em nenhum dos acórdãos selecionados foram encontradas menção ao Marco Legal da Primeira Infância.

SILVA, H. R.

Ainda que a Constituição, o ECA e demais dispositivos infraconstitucionais aplicados pelos julgadores possam ser suficientes para compor uma decisão bem fundamentada, a falta de menção ao Marco Legal da Primeira Infância pode indicar que as decisões em 2ª instância no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo estariam a rotacionar numa mesma jurisprudência, impossibilitando o ingresso de novas fundamentações embasadas em dispositivos até então não aplicados.

Portanto, necessário, pois, acompanhar os passos do Judiciário para saber se e quando o Marco Legal da Primeira Infância será aplicado nas decisões acerca de vaga em creche, uma vez que este marco representa um importante instrumento jurídico em defesa da proteção integral da criança na primeira infância.

REFERÊNCIAS:

ALMEIDA, Ordália Alves. O Marco Legal da Primeira Infância: Quais infâncias, quais crianças? **Avanços do Marco Legal da Primeira Infância**: Cadernos de Trabalhos e Debates. Brasília, Câmara do Deputados (Centro de Estudos e Debates Estratégicos), 2016, pp. 133-141.

ANDREUCCI, Ana Cláudia Pompeu Torezan. Crianças visíveis e direito à voz como direito humano fundamental: contributos jurídico-sociais do marco legal da primeira infância para o desenho de políticas públicas participativas no Brasil. **Cadernos de Direito Actual**. Santiago de Compostela, Volume n. 7. Extraordinário, 2017. Disponível em: <<http://cadernosdedereitoactual.es/ojs/index.php/cadernos/article/view/229/145>>. Acesso em: 09 jun. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm > Acesso em: 05 jun. 2019.

_____. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei n. 8.069, de 13 julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm> Acesso em: 05 jun. 2019.

_____. **Marco Legal da Primeira Infância**. Lei n. 13.257, de 8 de março de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13257.htm> Acesso em: 05 jun. 2019.

_____. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua – Educação 2017**. IBGE, 2017. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/trabalho/17270-pnad> > Acesso em: 05 jun. 2019.

Cadernos da Fucamp, v.24, p.34-47/2023

A (IN)EFETIVIDADE DO DIREITO À EDUCAÇÃO: UMA REFLEXÃO

FERREIRA, Pinto. Educação e constituinte. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, vol. 92, 1986.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Direito à educação**: uma questão de justiça. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVEIRA, Adriana Dragone. Atuação do Tribunal de Justiça de São Paulo com relação ao direito de crianças e adolescentes à educação. **Revista Brasileira de Educação**. Rio de Janeiro: Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Educação, v. 17 n. 50, 2012. Disponível em: < <https://www.redalyc.org/html/275/27523620006/> >. Acesso em: 10 jun. 2019.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DOS ESTADO DE SÃO PAULO. **Remessa Necessária Cível** 0034631-44.2012.8.26.0100; Relator (a): Fernando Torres Garcia (Pres. Seção de Direito Criminal); Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro Central Cível - Vara da Infância e da Juventude; Data do Julgamento: 16/05/2016; Data de Registro: 17/05/2016.

_____. **Apelação Cível** 0002014-88.2015.8.26.0435; Relator (a): Renato Genzani Filho; Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro de Pedreira - 2ª Vara; Data do Julgamento: 13/06/2016; Data de Registro: 14/06/2016.

_____. TJSP; **Apelação Cível** 0002467-81.2015.8.26.0080; Relator (a): Ana Lucia Romanhole Martucci; Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro de Cabreúva - Vara Única; Data do Julgamento: 27/06/2016; Data de Registro: 28/06/2016.

_____. **Apelação / Remessa Necessária** 0001706 81.2015.8.26.0587; Relator (a): Dora Aparecida Martins; Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro de São Sebastião - Vara Criminal; Data do Julgamento: 21/11/2016; Data de Registro: 21/11/2016.

_____. **Apelação Cível** 1012660-44.2015.8.26.0564; Relator (a): Renato Genzani Filho; Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro de São Bernardo do Campo - Vara da Infância e Juventude; Data do Julgamento: 26/11/2018; Data de Registro: 27/11/2018.

VENTURA, Miriam; SIMAS, Luciana; PEPE, Vera Lúcia Edais; SCHRAMM, Fermin Roland. Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde. **Physis** [online]. vol.20, n.1, 2010, pp.77-10.