CURSO DE DIREITO

Débora Voelz

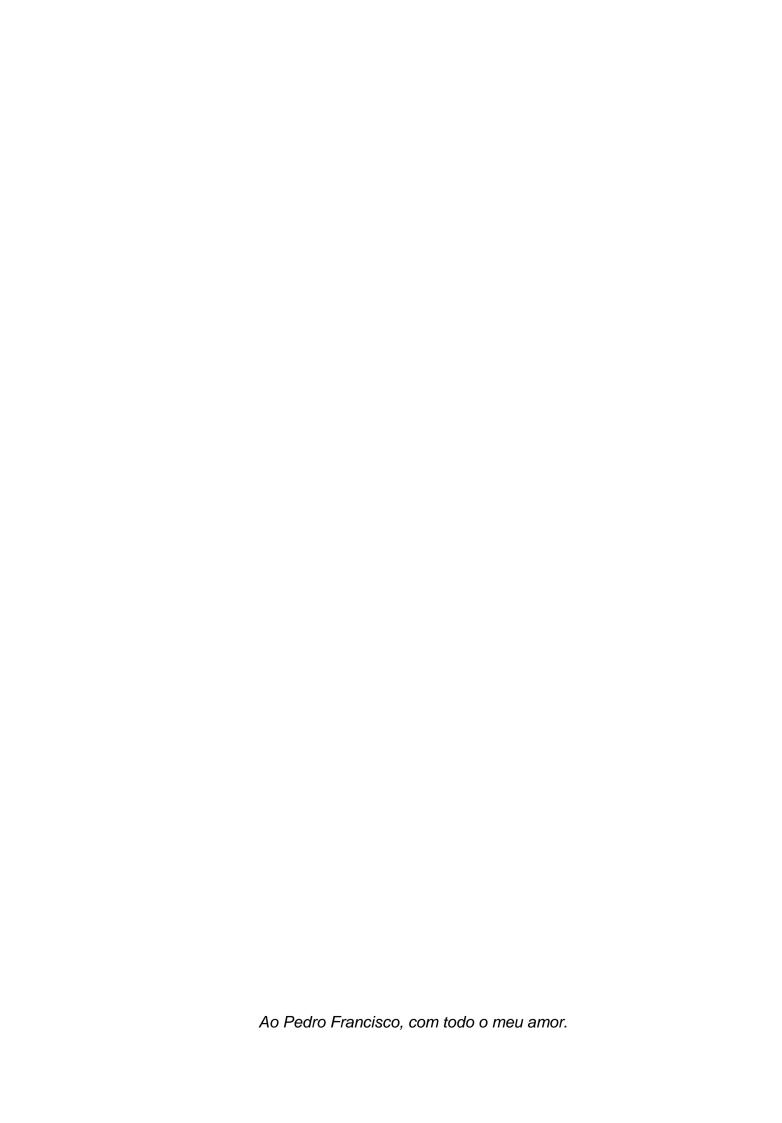
O DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO INFANTIL: UM ESTUDO SOBRE A LEGALIDADE DAS LISTAS DE ESPERA

Débora Voelz

O DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO INFANTIL

Trabalho de Conclusão apresentado ao Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. André Viana Custódio



AGRADECIMENTOS

Agradeço imensamente ao meu orientador, Dr. André Viana Custódio, por toda dedicação despendida para realização do presente trabalho, por me nortear e repassar alguns de seus conhecimentos no que diz respeito ao Direito da Criança e do Adolescente.

Agradeço a Dra. Rosana Helena Maas por tornar a realização da metodologia clara e prazerosa.

Também agradeço a minha família, em especial minha mãe, por todo cuidado, dedicação e incentivo.

Ao Isaías, meu companheiro da graduação e da vida, por todo amor, paciência e confiança, por sempre me trazer paz e me incentivar nas horas de desânimo e cansaço.

Agradeço, ainda, as amigas que conquistei na graduação e no estágio pelo companheirismo e momentos compartilhados.

RESUMO

A monografia estuda a legalidade das listas de espera para o acesso de crianças à educação infantil pública na legislação e na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, considerando que a educação é direito fundamental social, sendo dever do Estado assegurar às crianças e aos adolescentes com absoluta prioridade a sua efetivação. O problema enfrentado consiste em: é legal a necessidade de aguardo em lista de espera para acesso à educação infantil pública? O método de abordagem é o dedutivo e o método de procedimento o monográfico, com técnicas de pesquisa bibliográfica e documental.

Concluindo-se, diante do histórico do direito à educação infantil no Brasil, do disposto na Constituição Federal, no Estatuto da Criança e do Adolescente e demais legislações infraconstitucionais, à luz da teoria da proteção integral, das posições do Ministério Público do Rio Grande do Sul e do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul pela ilegalidade a necessidade de aguardo em lista de espera para acesso à educação infantil pública.

Palavras-chave: Criança. Direito Fundamental. Educação Infantil. Listas de Espera. Vaga em Creche.

ABSTRACT

The monograph studies the legality of the waiting lists for children's access to public child education in the law and in the jurisprudence of the Court of Justice of the state of Rio Grande do Sul, considering that education is a fundamental social right, being the duty of State to ensure the children and adolescents with absolute priority. The problem faced is: Is it legal to wait on a waiting list for access to public child education?

The method of approach is the deductive and procedure method is the monographic, with bibliographic and documentary research techniques.

Concluding, in analysis of the history of the right to children's education in Brazil, the provisions of the Federal Constitution, the Statute of the Child and adolescent and other infra laws, in the light of the theory of Integral protection, of the positions of the ministry Public of Rio Grande do Sul and the Court of Justice of Rio Grande do Sul for illegality need to wait on a waiting list for access to public children's education.

Keywords: Child. Fundamental Right. Children's Education. Waiting Lists. Vacancy In Daycare

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	07
2	O DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO INFANTIL	09
2.1	O contexto histórico do acesso de crianças à educação infantil	09
2.2	O direito à educação infantil no Direito da Criança e do Adolescente	14
2.3	A garantia de acesso universal à educação infantil nas políticas	
	públicas municipais de atendimento	19
3	AS LISTAS DE ESPERA NAS POLÍTICAS DE ATENDIMENTO	
	NA EDUCAÇÃO INFANTIL	25
3.1	As listas de espera e as políticas de atendimento à	
	educação infantil	25
3.2	Os critérios de classificação e publicização das listas	
	de espera	30
3.3	Os procedimentos para garantia de acesso à educação	
	infantil nas escolas municipais de educação infantil	35
4	A PROTEÇÃO JUDICIAL À EDUCAÇÃO INFANTIL: UM ESTUDO	
	DA JURISPRUDÊNCIA SOBRE AS LISTAS DE ESPERA	41
4.1	As listas de espera na educação infantil municipal: estudos	
	de casos	41
4.2	A posição do Ministério Público do Rio Grande do Sul em relação	
	às listas de espera	47
4.3	A posição da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do	
	Rio Grande do Sul em relação às listas de espera	52
5	CONCLUSÃO	58
	REFERÊNCIAS	62

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico versa sobre o direito de acesso à educação infantil pública, sendo um estudo sobre a legalidade das listas de espera.

Nesse sentido, objetiva-se estudar a legalidade das listas de espera para acesso à educação infantil pública na legislação e na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

O método de abordagem utilizado para a concretização da pesquisa foi o dedutivo e o método de procedimento o monográfico, com técnicas de pesquisa bibliográfica e documental, a pesquisa bibliográfica foi realizada nas bibliotecas físicas e virtuais oferecidas pelo Curso de Direito, pelo Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da UNISC e outras bases de dados de pesquisa científica. A pesquisa documental envolveu a pesquisa de jurisprudência no site do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, posições do Ministério Público do Rio Grande do Sul e dos municípios do estado em seus respectivos sítios eletrônicos.

Dessa forma, o primeiro capítulo analisa o direito fundamental à educação infantil no marco normativo do Direito da Criança e do Adolescente.

O segundo capítulo tem como propósito discutir a utilização de listas de espera como requisito de acesso à educação infantil pública no contexto das políticas de atendimento às crianças

O terceiro capítulo trará a pesquisa sobre a proteção judicial do direito à educação infantil, com estudos de casos em relação as listas de espera na educação infantil municipal, as posições do Ministério Público e do Poder Judiciários sobre as listas de espera para acesso à educação infantil.

O estudo do tema em comento é de fundamental importância, visto que a educação é direito fundamental social garantido aos cidadãos em diversos dispositivos legais, especialmente na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente.

O direito à educação é perspectiva de direito humano, sendo a educação uma das mais importantes fontes para o desenvolvimento justo da pessoa humana.

Assim considerando, o início do desenvolvimento da pessoa acontece na educação infantil, desenvolvida nas creches, de responsabilidade do poder público municipal, conforme estabelecido pela Lei 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional.

Todavia, em que pese à educação ser direito assegurado a todos, adotou-se, por parte de diversos municípios, a praxe da criação de listas de espera como requisito de acesso às vagas em creche. Tal situação se deu em razão da demanda ser maior que a oferta, havendo, assim, a prática do estabelecimento de critérios para concessão das vagas, sendo a inscrição em lista de espera um dos mais importantes desses.

Diante da situação fática relatada, o presente trabalho busca contribuir para o aprimoramento de políticas públicas de educação, na atuação do Sistema de Garantias de Direitos da Criança e do Adolescente, bem como à área de estudo no Direito da Criança e do Adolescente.

2 O DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO INFANTIL

O presente capítulo discorre sobre contexto histórico do acesso de crianças à educação infantil, sobre o direito à educação infantil no Direito da Criança e do Adolescente, bem como sobre a garantia de acesso a esse direito nas políticas públicas municipais de atendimento.

2.1 O contexto histórico do acesso de crianças à educação infantil

A história da educação no Brasil iniciou-se no século XVI, com a chegada dos padres jesuítas ao território, os quais possuíam a incumbência da catequização da população indígena nativa.

Lima (2003, p. 54) descreve que os primeiros a receberem instrução foram os índios, sendo os ensinamentos sobre leitura, escrita e a língua, com os recursos provindos dos dízimos recolhidos ao Rei:

Primeiramente os jesuítas ocuparam-se de índios, ensinando-os a ler, a escrever, a contar e a falar o vernáculo, de forma a torná-los mais compreensíveis aos portugueses. Nessa fase, o ensino ministrado era patrocinado pelos jesuítas que contavam com recursos provenientes de parte dos dízimos atribuídos ao Rei em todo o Brasil.

Dessa forma, verifica-se que, embora servisse como uma política para aceite dos portugueses em território brasileiro, o início da educação no Brasil se dá com o início da colonização.

Porém, com a expulsão dos jesuítas do território brasileiro, a educação tornouse privilégio das classes de poderes mais elevados.

Em meados do século XVIII foi trazida ao Brasil uma cultura portuguesa tida como assistencialista: a Roda dos Expostos. A primeira Roda estabelecida foi na cidade de Salvador, BA, na qual crianças rejeitadas ou frutos de gravidez indesejada eram deixados.

A educação nessas rodas era catolicista e voltada para o estudo da religião, não havia o estudo das ciências ou outros ramos que eram disponibilizados às crianças pertencentes às classes privilegiadas.

Após um período de privações, somente em 1822, com a proclamação da independência brasileira, é que se voltou a falar em educação à população,

"chegando-se até a uma lei do mesmo ano, que estabeleceu a criação de escolas primárias em todas as cidades, vilas e povoados, e escolas secundárias nas cidades e vilas mais populosas." (LIMA, 2003, p. 55).

Todavia, em que pese a educação, de forma ampla e geral e mesmo que de maneira muito rasa, surgir no país desde o início de sua colonização, as creches somente começaram a aparecer por volta das primeiras décadas do século XX. "Foi a partir das lutas sociais ocorridas nas duas primeiras décadas do século XX que a situação vivenciada pelas crianças se transformou em uma questão social." (ARANTES, 2011, p. 25, https://repositorio.unesp.br).

Sobre o surgimento das primeiras creches, Arantes (2001, p. 26, https://repositorio.unesp.br) afirma que essas eram destinadas àqueles que era intolerantes à exploração do trabalho e como forma de acalmar a população descontente:

A primeira delas constituiu na caracterização das medidas destinadas à infância pobre não como direito dos trabalhadores ou das crianças, mas como favor àqueles que se mostravam menos combativos ou mais tolerantes à situação de exploração. Assim, pode-se afirmar que essa educação assistencialista promovia uma 'pedagogia da submissão'. Essa característica gerou uma segmentação da pobreza. O pequeno número de instituições contribuía para essa segmentação, pois gerava um clima de competição entre aqueles que necessitavam das poucas vagas existentes nas creches.

Diante disso, tem-se que essas instituições não foram inicialmente criadas com o objetivo de desenvolvimento pleno e saudável da criança, mas sim como uma forma de acalmar o povo que se revoltava com as condições de trabalho e sobrevivência à época.

Tais locais eram vistos como uma maneira de permitir que os pais exercessem suas atividades laborais de forma plena, não existindo a preocupação quanto à qualidade do espaço, ensino e lazer que eram disponibilizados às crianças que ali permaneciam.

Embora as lutas dedicadas à educação infantil brasileira, "o estágio dessas lutas não permitiu que a educação fosse conquistada como direito inscrito na legalidade estatal." (ARANTES, 2011, p. 28, https://repositorio.unesp.br).

Sendo que, em termos de direito constitucional, a educação, em sentido amplo, foi direito previsto já na primeira vez na Constituição Brasileira, em 1824, garantido a instrução primária e gratuita a todos.

Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2017, p. 646-647) ensinam que a educação foi direito previsto já na Constituição de 1824, embora tendo sido retirada da Constituição Federal de 1891, a primeira Constituição do sistema republicano, a educação sempre esteve presente no ordenamento máximo brasileiro:

Relembre-se que a educação foi merecedora de expressa previsão constitucional já na Carta Imperial de 1824, que, no seu art. 179, XXXII, previa o direito a instrução primária e gratuita para todos os cidadãos. Embora a supressão de tal direito do texto constitucional em 1891, a contar de 1934 o direito à educação passou a figurar de forma contínua e progressiva, em termos quantitativos e qualitativos, nas demais Constituições, ainda que com alguma variação, até alcançar, pelo menos em termos de quadro evolutivo nacional, o máximo nível de regulação constitucional na atual Constituição Federal.

Verifica-se que, embora um direito não aplicado de maneira plena, a educação foi preocupação do legislador, pelo menos do constituinte, desde a primeira Constituição brasileira.

A atual Constituição Federal (BRASIL, 1988, http://www.planalto.gov.br) tratou de elencar o direito à educação como direito fundamental social, insculpido em seu artigo 6º, no capítulo III, seção I, bem como no artigo 227, dada sua relevância e importância na sociedade atual. "É o direito social que mereceu o maior número de dispositivos no atual texto constituiconal [...]" (RANIERI, 2013, p. 67).

Sobre as funções dos direitos fundamentais e, especialmente sobre os significados desses direitos, Mendes e Branco (2017, p. 668) dizem que:

Os direitos fundamentais são, a um só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. Enquanto direitos subjetivos, os direitos fundamentais ortorgam aos seus titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face dos órgãos obrigados. Na sua acepção como elemento fundamental da ordem constitucional objetiva, os direitos fundamentais — tanto aqueles que não asseguram, primariamente, um direito subjetivo quanto àqueles outros, concebidos como garantias individuais — formam a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito democrático.

Os direitos fundamentais são direitos subjetivos e, ao mesmo tempo, direitos objetivos, sendo que na primeira forma possibilitam a imposição de cumprimento do Estado e, na segunda forma, formam a base do ordenamento do Estado Democrático de Direito.

Como direito fundamental social, o direito à educação cria a obrigação positiva por parte do Estado na promoção de políticas públicas para desenvolvimento de condições reais de acesso às creches e escolas por parte da sociedade mais carente e com menos condições financeiras, todavia, não podendo excluir qualquer cidadão sob o pretexto de sua condição sócio-econômica.

Sobre a natureza do direito à educação na Constituição Federal de 1988, especialmente sobre a obrigação do Estado e seu reconhecimento de liberdade pública, Tavares (2017, p. 762 e 763) discorre:

Como típico direito social, o direito à educação obriga o Estado a oferecer o acesso a todos os interessados, especialmente àqueles que não possam custear uma educação particular. Os direitos sociais ocupam-se, prioritariamente, dentro do universo de cidadãos do Estado, daqueles mais carentes.

Apesar da conotação de direito social, que assume explicitamente, o direito à educação deve ser também reconhecido em seu caráter ou dimensão de uma clássica liberdade pública.

A educação deve ser oferecida pelo Estado independentemente da condição social do cidadão, contudo, os mais carentes ou que não possuam condições de arcar com os custos de uma instituição privada devem ter preferência em relação àqueles que possuem condições para tanto.

No mesmo sentido de Tavares, Ranieri (2013, p. 55) também explica acerca do conceito e dos titulares do direito à educação:

É direito fundamental social, é direito individual e também direito difuso e coletivo, de concepção regida pelo conceito de dignidade humana. É igualmente dever fundamental. Os seus titulares e os seus sujeitos passivos são, simultaneamente, uma coisa e outra.

Pode-se, dessa forma, dizer que o direito fundamental social à educação decorre, também, do direito humano à dignidade da pessoa incorporado pela Constituição Federal.

Em relação à educação infantil, em que pese o direito educacional de forma geral já ser reconhecido na primeira constituição brasileira, a garantia de acesso de crianças à educação infantil, somente foi positivada na Constituição de 1988, no artigo 208, IV, que estabelece o dever do Estado em garanti-lá, provocando-o ao desenvolvimento de políticas públicas para efetivação desse direito, bem como o artigo 227 do referido diploma legal, que estabelece a tríplice responsabilidade compartilhada e a prioridade absoluta aos direitos fundamentais, inclusive à educação (BRASIL, 1988, https://www.planalto.gov.br).

Para sua concretização, o legislador constitucional, ao regular as competências municipais no art. 30, VI da CF/88, delegou aos municípios a criação e manutenção da educação infantil, contando com o apoio dos Estados e da União, conforme disciplina o inciso VI (BRASIL, 1988, https://www.planalto.gov.br), acrescido pela Emenda Constitucional nº 53/2006.

Em complemente ao disposto na Constituição, em 1990 foi criado o Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990, https://www.planalto.gov.br), onde a educação infantil foi novamente garantida como um direito da criança e um dever do Estado em seus artigos 53 e 54.

Sobre o reconhecimento de crianças e adolescentes como sujeitos de direitos de acesso e permanência na escola, bem como do dever do Estado na elaboração de políticas públicas para garantia do acesso à educação, Custódio (2009, p. 54) escreve que:

O Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece normas disciplinadoras do direito constitucional à educação no artigo 53. Reconhece que a criança e o adolescente têm direito à igualdade de condições para acesso e permanência na escola; o direito de ser respeitado por seus educadores; o direito de contestar critérios avaliativos, podendo recorrer às instâncias escolares superiores; direito de organização e participação em entidades estudantis e o indispensável acesso à escola pública próxima de sua residência (art. 53, I a V).

[...]

O Estado, por sua vez, deve formular políticas públicas que sejam capazes de garantir o acesso integral à educação em nível fundamental [..]

Na mesma linha da Constituição Federal e do Estatuto da Criança e do Adolescente, a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, estabeleceu as diretrizes básicas da educação nacional, sendo no artigo 29 positivada a finalidade da educação infantil, qual seja, o desenvolvimento integral nos aspectos físico, psicológico, intelectual e social em complemento às ações da família e da comunidade (BRASIL, 1996, https://www.planalto.gov.br).

Ainda, a Lei de Diretrizes Básicas da Educação Nacional dividiu a educação infantil em duas etapas: as creches, oferecidas para crianças de zero à 03 anos, de forma facultativa, e a pré-escola, oferecida à crianças de 04 à 05 anos, de forma obrigatória.

Motta (1997, p.93) aduz sobre a Lei de Diretrizes Básicas da Educação Nacional:

De 1988 até 1996, houve, na realidade, uma espécie de perempção das leis educacionais brasileiras, resultante da evolução material da nossa sociedade, dos avanços científicos e tecnológicos, e da extinção (ou, no mínimo, mudança) dos príncípios jurídico-constitucionais, que nortearam a elaboração da legislação então vigente. Essa nova realidade, tornou a LDB vigente e as leis conexas complementares arcaicas ou inadequadas, quando não responsáveis por retardar o processo de universalização do ensino fundamental, de valorização e ampliação do ensino médio e técnico, bem como na modernização do ensino superior.

Por fim, a Lei nº 13.005, de 25 de junho de 2014 aprovou o Plano Nacional da Educação – PNE, fixando, assim, metas e estratégias à educação básica brasileira.

Dentre as metas estabelecidades pelo plano, uma das mais importantes ao presente trabalho é a Meta 1, a qual visa universalizar a educação infantil em préescola até 2016, bem como ampliar a oferta de vagas na educação infantil na forma de atender no mínimo de 50% a população de até 03 anos até 2024 (BRASIL, 2014, https://www.planalto.gov.br).

Assim, a Constituição Federal, o Estatuto da Criança e do Adolescente, a Lei de Diretrizes Básicas da Educação Nacional, bem como o Plano Nacional Nacional da Educação, especialmente a meta 1, constituem grandes avanços históricos na garantia de acesso de crianças à educação infantil pública, todavia, "isso não significa que não há necessidade de contínua mobilização objetivando modificações normativas constitucionais e infraconstitucionais para aprimorar essa positivação" (ARANTES, 2011, p. 52, https://repositorio.unesp.br).

Contudo, pode-se dizer que, analisando o contexto histórico da educação e, especialmente, da educação infantil no Brasil, com o passar das décadas o país evoluiu e criou mecanismos e exigência desse direito, principalmente com o advento da Constituição de 1988.

2.2 O direito à educação infantil no Direito da Criança e do Adolescente

O Direito da Criança e do Adolescente é constituído por princípios e normas decorrentes dos direitos fundamentais, especialmente no artigo 227 da Constituição Federal, que prevê, inclusive, princípios fundamentais: príncipio da proteção garantista e o caráter vinculante, princípio da prioridade absoluta, princípio da tríplice responsabilidade compartilhada e o princípio da proteção especial (BRASIL, 1988, https://www.planalto.gov.br).

Tais principios servem como norteadores do Direito da Criança e do

Adolescente, passando, a partir do artigo 227 da Constituição, crianças e adolescentes a serem sujeitos de direitos a serem assegurados pela família, pelo Estado e pela sociedade.

Costa e Porto (2013, p. 16) classificam esses princípios como metaprincípios, trazendo às crianças e adolescentes a prioridade de atendimento em todas as esferas:

A Constituição, no artigo 227, e o Estatuto, no artigo 4º, abarcam um dos metaprincípios norteadores da teoria da proteção integral, isto é, o princípio da prioridade absoluta, que estabelece primazia para os infantes em todas as esferas de interesses. Seja no campo judicial, extrajudicial, administrativo, social ou familiar, o interesse infantojuvenil deve preponderar.

Assim, em consonância dos príncipios, a Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990, criou e deu providências ao Estatuto da Criança e do Adolescente, de forma a zelar pela proteção integral de crianças e adolescentes, substituindo, assim, o antigo Código de Menores.

Quanto ao rompimento da situação irregular trazida no Código de Medores e à proteção integral introduzida no Estatuto da Criança e do Adolescente, Costa e Porto (2013, p. 11) lecionam:

O Estatuto, por meio da teoria da proteção integral, consubstanciado na Constituição Federal de 1988, tratou da questão da criança e do adolescente com priopridade absoluta, concedendo a proteção como dever da família, da sociedade e do Estado. A partir desse momento, a legislação rompeu com a situação irregular que estava expressa no Código de Menores, Lei 6.697, de 10.10.1979.

A teoria da proteção integral traz que crianças e adolescentes são sujeitos de direitos e gozam de prioridade absoluta na efetivação desses, em todas as esferas, seja administrativa, judicial ou familiar, bem como que a família, a sociedade e o Estado possuem o dever de garantir esse direito.

Acerca disso, Arantes (2011, p. 41, https://repositorio.unesp.br) ensina que essa Teoria possui três pilares basilares de reconhecimento das crianças como sujeitos de direitos, de condições peculiares e da necessidade de proteção e promoção desses direitos:

Pode-se, resumidamente, afirmar que a doutrina da proteção integral está assentada em três pilares, quais sejam: o reconhecimento da criança e do

adolescente como sujeitos de direito; o reconhecimento da criança e do adolescente como seres humanos em condições peculiar de desenvolvimento; a prioridade absoluta para promoção, proteção e defesa dos direitos da criança e do adolescente.

Destarte, o Estatuto da Criança e do Adolescente, ao substituir o Código de Menores, estabeleceu que crianças e adolescentes são sujeitos de direitos, devendo a família, a sociedade e o poder público priorizarem o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social desses.

A supremacia do interesse da criança e do adolescente deve servir como critério na articulação de projetos e ações voltadas ao Direito da Criança e do Adolescente, ao desenvolvimento, a criação saúdavel e a proteção dos sujeitos de direito.

Nesse seguimento, Custódio (2009, p. 34) também discorre sobre a prioridade no atendimento e do melhor interesse da criança e do adolescente:

[...] todos os atos relacionados ao atendimento das necessidades da criança e do adolescente devem ter como critério a perspectiva dos seus melhores interesses. Essa perspectiva é orientadora das ações da família, da sociedade e do Estado, que nos processos de tomada de decisão, sempre, devem considerar quais as oportunidades e facilidades que melhor alcançam os interesses da infância.

Buscando a efetivação do princípio da prioridade absoluta, o legislador, no parágrafo único do artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990, http://www.planalto.gov.br) trouxe um rol exemplificativo para coompreensão dessa garantia, bem como para servir de preceito nas resoluções de conflitos.

Esse princípio "reforça verdadeira diretriz de ação para a efetivação dos direitos fundamentais, na medida em que estabelece a priopridade na realização das políticas sociais públicas e a destinação privilegiada de recursos necessários [...]" (CUSTÓDIO, 2009, p. 35).

Fonseca (2011, p. 19) escreve sobre a responsabilidade pela efetivação do príncipio da prioridade absoluta e sobre a vinculação da família, dos governantes, promotores, juízes, conselheiros tutelares e demais entidades:

A prioridade absoluta vincula a família, os administradores, os governantes em geral, os legisladores em suas esferas de competência, os magistrados da Infância e da Juventude, os Membros do Ministério Público, os Conselhos Tutelares, bem como as demais autoridades e organizações, em

virtude dos riscos a que constantemente estão submetidas crianças e adolescentes. Dito princípio abarca o superior interesse da criança e do adolescente.

Diante da prevalência do melhor interesse da criança e do adolescente e do príncipio da prioridade absoluta, o direito à educação é, também, assegurado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 4º, tratando a efetivação desse como um dos direitos de basilares do Estatuto, juntamente com o "direito à vida, à saúde, à alimentação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito à liberdade e à convivência familiar e comunitária." (BRASIL, 1990, http://www.planalto.gov.br).

Ademais, o Estatuto da Criança e do Adolescente dedicou um capítulo ao direito à educação, à cultura, ao esporte e ao Lazer, de forma a preparar o desenvolvimento da pessoa, preparo do exercício da cidadania e qualificação para o trabalho na vida adulta.

Quanto à reafirmação do direito à educação, insculpido na Constituição Federal, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, Redin e Vieira (2012, p. 142, https://seer.imrf.rfu.br) discorrem que esse determina a igualdade de condições para permanência de crianças e adolescentes em escola pública, gratuíta e próxima à residência:

O Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei Federal 8.069 de 1990, surgiu para reafirmar tais garantias presentes na Constituição. No seu artigo 53, reconhece a importância da educação para o desenvolvimento da pessoa, inclusive na preparação ao trabalho. Determina a igualdade de condições de acesso e permanência na escola (pública e gratuita) e que ela deve ser próxima a sua residência.

Do mesmo modo, Arantes (2011, p. 42, https://repositorio.unesp.br) refere que o Estatuto da Criança e do Adolescente possui três dimensões basilares:

A Lei n. 8.069/1990 possui três dimensões básicas: a) regulamentação dos direitos estabelecidos no art. 227 da Constituição Federal; b)definição das políticas obrigatórias para atendimento dos direitos das crianças e dos adolescentes (educação, saúde, assistência social, programas especiais de proteção, dentre outras); c) previsão de instrumentos para exigir o cumprimento dos direitos.

No mesmo norte da Constituição Federal, o Estatuto da Criança e do Adolescente buscou trazer o direito à educação como direito universal à todas as

crianças e adolescentes, positivando de maneira que fosse possível a exigência de sua efetivação pelo Estado.

Todavia, tem-se que não é suficiente somente a positivação do direito à educação, sendo necessárias políticas públicas como meio de sua concretização, e que essa concretização seja, também, no que diz respeito à disponibilização do direito com qualidade, que atenda todas as necessidades desses cidadãos de direito, "o Poder Público deve ter não somente a preocupação de oferecer acesso à educação obrigatória, mas também a de oferecê-lo com qualidade para que, de fato, atinja os seus objetivos." (REDIN, 2012, p. 142, https://seer.imed.edu.br).

No tocante ao direito à educação infantil, a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, à corroborar com a Constituição Federal, trouxe no artigo 54, inciso IV, o dever do Estado em assegurar "atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade" (BRASIL, 1990, https://www.planalto.gov.br).

Dessa forma, não houve inovação ou extensão no que diz respeito ao direito à educação infantil, o que ocorreu foi a confirmação dos direitos já trazidos pela Constituição Federal.

O Estatuto visa o cumprimento do preceito constitucional na forma de assegurar às crianças o desenvolvimento integral, garantindo o direito à educação desde os primeiros meses de idade nas creches.

Reforçou-se ainda mais a responsabilidade do Estado na garantia do acesso de crianças à educação pública e gratuita nas creches, responsabilidade essa que, pela Constituição Federal, foi delegada prioritariamente aos municípios.

Acerca da responsabilidade dos municípios na garantia do acesso de crianças à educação infantil pública, em especial na questão da falta de vagas, Costa e Porto (2013, p. 115) ensinam que:

A educação infantil em creches e pré-escolas é obrigação do município e a simples alegação de ausência de vagas não o exime dessa sua obrigação. Além de ser um direito assegurado à criança no sentido de melhor preparála para adentrar ao ensino fundamental, a falta de vagas prejudica principalmente as famílias de baixa renda, pois inviabiliza as atividades laborais de seus pais, cujos danos se estendem a todo o grupo familiar.

No trecho supracitado, Costa e Porto trazem uma das principais dificuldades a ser enfretada pelas políticas públicas educacionais no tocante à educação infantil: a falta de vagas em creches.

Tal situação acontece por falta de planejamento das políticas públicas e prioridade na destinação e aplicação de recursos para as políticas de atendimento à educação infantil.

Diante dessa e demais situações em que podem ocorrer ofensas aos direitos assegurados às crianças e adolescentes, o Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990, https://www.planalto.gov.br) dedicou o capítulo VII para proteção judicial dos direitos individuais, difusos e coletivos de crianças e adolescentes que porventura tenham sido violados.

O artigo 208, inciso III, do Estatuto supracitado, traz que as ações de responsabilidade por ofensa aos direitos assegurados à criança referente ao não oferencimento ou oferta irregular de atendimento em creche e pré-escola serão processadas por rito estabelecido no próprio Estatuto.

Com essa disposição, o Estatuto da Criança e do Adolescente procura não somente assegurar direitos, mas também contribuir para que esses possam ser efetivados de forma integral, que, se não feitos de forma administrativa pelo Poder Público Executivo, possam ser asseguradas pelo Poder Judiciário através das ações.

Verifica-se que, no que diz respeito à educação, o Estatuto da Criança e do Adolescente buscou reforçar os direitos já contidos na Constituição Federal, bem como criar maneiras e obrigatoriedade de execução de políticas públicas a fim de possibilitar a garantia à efetivação desse direito.

2.3 A garantia de acesso universal à educação infantil nas políticas públicas municipais de atendimento

A educação é direito fundamental social previsto no rol do artigo 6º da Constituição Federal (BRASIL, 1988, https://www.planalto.gov.br). Especificamente, a efetivação do direito à educação infantil é dever do Estado trazido pelo artigo 208, IV, do texto constitucional.

Em consonância, os artigos 30 e 211, §2º, ditam como competentes os municípios para manutenção da educação infantil.

Sobre o reconhecimento dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes, prestação desses pelo Estado, bem como o caráter jurídico-garantista desses direitos, Custódio (2009, p. 33) sustenta:

O reconhecimento dos direitos fundamentais à criança e ao adolescente trouxe consigo o príncipio da universalização, segundo o qual os direitos catalogados são susceptíveis de reivindicação e efetivação para todas as crianças e adolescentes. No entanto, a universalização dos direitos sociais, como aqueles que dependem de uma prestação positiva por parte do Estado, também exige uma postura proativa dos beneficiários nos processos de reivindicação e construção de políticas públicas. É nesse sentido que o Direito da Criança e do Adolescente encontra seu caráter jurídico-garantista, segundo qual a família, a sociedade e o Estado têm o dever de assegurar a efetivação dos direitos fundamentais, ou seja, transformá-los em realidade objetiva e concreta.

Assim, diante do direito à educação ser direito fundamental universal trazido pela Constituição Federal, se tem que o acesso de crianças à educação infantil pública e gratuíta é direito público subjetivo e, portanto, não deve sofrer qualquer tipo de restrição.

"A característica de um direito público subjetivo é a possibilidade de seu titular poder exigir, a qualquer tempo, a intervenção estatal no sentido de fornecer todas as condições necessárias para o exercício do direito." (COSTA, 2006, p. 1708).

Sendo o direito à educação direito público sujetivo, para sua concretização são necessárias, por parte do Estado, a elaboração e efetivação de políticas públicas de forma a abrangir o maior número de sujeitos possíveis.

Sobre o conceito de política pública, a diferença entre o público e o privado, bem como do público e do estatal, Schmidt (2008, p. 2311) escreve:

O conceito de política pública remete para a esfera do público e seus problemas. Ou seja, diz respeito ao plano das questões coletivas, da *polis*. O público distingue-se do privado, do particular, do indivíduo e de sua intimidade. Por outro lado, *o público distingue-se do estatal*: o público é uma dimensão mais ampla, que se desdobra em estatal e não estatal. O Estado está voltado (deve estar) inteiramente ao que é público, mas há igualmente instâncias e organizações da sociedade que possuem finalidades públicas expressas, às quais cabe a denominação de *públicas não estatais*.

À corroborar com esse entendimento, Reis e Costa (2009, p. 174) definem políticas públicas:

[...] o conjunto de ações governamentais, no sentido de atender as demandas e os interesses dos cidadãos, pode ser definido como políticas públicas. De outra parte, tem-se que as políticas públicas, enquanto resultado das demandas sociais, podem ser definidas como respostas dos sistemas políticos a essas demandas.

Pode-se, de modo muito sucinto, dizer que políticas públicas são os atos

praticados pelo Estado tendo por objetivo suprir uma demanda ou interesse da população.

Assim, tendo em vista que a Constituição Federal delegou à União, aos estados e municípios suas competências, esses possuem o dever de planejamento e execução de políticas públicas dentro de suas atribuições.

O constituinte delegou aos municípios a competência da manutenção do ensino infantil (creches e pré-escola), bem como do ensino fundamental (do primeiro ao nono ano), sendo esse segundo em concorrência com o Estado.

Desse modo, cabe ao poder público municipal a elaboração de políticas públicas de atendimento à educação infantil.

Corralo (2012, p. 120, https://online.unisc.br) destaca a importância do poder público municipal na concretização de direitos e políticas públicas, uma vez é a esfera do poder executivo mais próxima da população:

O poder municipal decantado na Constituição releva a importância das municipalidades no contexto federal brasileiro. São os mais importantes entes para concretização de direitos e políticas públicas, sobrelevado pela proximidade da população.

Dentro da organização do poder público municipal, para exercer as funções legistativas e consultivas no que se refere a gestão educacional de sua competência, são criados os Sistemas Municipais de Ensino compeendidos pelas escolas mantidas pelo poder público municipal, escolas da rede privada e dos órgãos municipais de educação (secretarias municipais de educação e conselhos municipais de educação), conforme estabelece o artigo 18, da Lei 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional (BRASIL, 1996, https://www.planalto.gov.br).

Dentro dos sistemas municipais de ensino, o órgão gestor responsável pela articulação, implantação e implementação de políticas públicas municipais de atendimento à educação de crianças e adolescentes são as secretarias municipais de educação.

Elas são responsáveis pela organização administrativa das escolas municipais (geralmente de ensinos infantil e fundamental), bem como pela análise das demandas sociais e dos meios capazes de supri-lás.

Cada município estabelece, por meio de legislação local, as competências

específicas das secretarias municipais de educação, todavia, sabe-se que no campo das políticas públicas, essa é a pasta responsável, dentro da administração municipal, pelas políticas publicas de atendimento educacional, abarcando, inclusive, a educação infantil.

Não há como estabelecer um rol das políticas públicas de atendimento à educação infantil, visto que elas devem ser elaboradas e executadas de acordo com a demanda da população local, contudo, pode-se afirmar que, além das peculiariedades territoriais, são políticas públicas de atendimento à educação infantil, principalmente, as ações que visem inserir todas as crianças interessadas na educação infantil em creches da rede municipal de ensino, bem como a qualidade do atendimento prestado nesses educandários.

Sendo a principal meta da educação infantil a universalização, ou seja, assegurar que todas as crianças em idade escolar frequentem à escola.

Esta é a concepção válida desde que se entendeu que a educação infantil não é mero cuidado de crianças, mas consiste em processos educativos fundamentais aos desenvolvimento infantil.

Ainda, de acordo com o artigo 14, II, da Lei supracitada (BRASIL, 1996, https://www.planalto.gov.br), fazem parte do sistema municipal de ensino os Conselhos Municipais de Educação, órgão responsável pela elaboração da legislação municipal educacional, regulamentação, fiscalização e sugestão de políticas voltadas à educação.

Cabe ainda a atuação dos Conselhos Municipais de Educação no planejamento, controle e avaliação das políticas educacionais, bem como no estabelecimento do diálogo entre a sociedade e o poder público.

À vista disso, os Conselhos Municipais de Educação possuem funções consultivas, propositivas, mobilizadoras, deliberativas, normativas e fiscalizadores dentro do Sistema Municipal de Educação.

Sobre a municipalização dos atendimentos às crianças e adolescentes, Custódio (2009, p. 81) comenta:

A municipalização do atendimento, que se entende como aliada indispensável à descentralização dos recursos, pretende tornar mais segura, facilitando o controle social sobre sua aplicação e ampliando as possibilidades de influência e controle da comunidade local sobre o destino dos recursos e as necessidade efetivas de atendimento à criança e ao adolescente.

Não obstante, em que pese não façam parte dos sistemas municipais de ensino, o Sistema de Garantias de Direitos atua de forma articulada com o Sistema Municipal de Educação, uma vez que é "órgãos deliberativos e controladores, nos níveis municipal, estadual e nacional [...]" (CUSTÓDIO, 2009, p. 81). Eles, em conjunto com os demais órgãos, também são responsáveis pela garantia de direitos de crianças e adolescentes mediante o planejamento, controle e avaliação.

Os Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente também foram instituídos em razão do principío da descentralização conforme explanado acima, na razão da aproximação das políticas à realidade social local.

Custódio (2015, p. 11) descreve os conselhos de direitos da criança e do adolescente:

Os Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente são órgãos públicos, vinculados à estrutura administrativa do Poder Executivo, nos três níveis, envolvendo a União, Estados e Municípios. É considerado típico conselho gestor, com caráter deliberativo e controlador, de todas as políticas públicas relacionadas a crianças e adolescentes e por isso requer uma atuação intersetorial para a consecução de seus objetivos.

A determinação da criação dos Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente está previsto no artigo 88, II, da Lei 8.069, de 13 de julho de 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990, https://www.planalto.gov.br). Posteriormente, esses foram criados e instituídos por leis dos respectivos níveis e locais da federação.

Os Conselhos são órgãos paritários, compostos por representantes governamentais e representantes da sociedade civil, na proporção de cinquenta por cento cada.

Sobre a competência dos Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente, Custódio (2015, p. 12-13) leciona:

Os Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente, como órgãos descentralizados, não são dotados de estruturas hierarquizadas, tendo competência para atuar e deliberar as políticas públicas no seu respectivo nível, vinculando a administração pública em todas as suas deliberações. Os Conselhos superiores (Nacional e Estaduais) quando deliberam também vinculam dru respectivo nível de atuação e, estas deliberações, quando aplicáveis, têm caráter de recomendação aos níveis inferiores, garantindo, assim, a plena autonomia na atuação dos Conselhos, que, de todo modo, estão vinculados e condicionados aos princípios e as regras do Direito da Criança e do Adolescente. Além da descentralização, o Estatuto da Criança e do Adolescente impõe a diretriz da municipalização do atendimento.

Ainda, sobre os poderes deliberativos e normativos, dos Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente, em relação às políticas públicas, Custódio (2015, p. 13) ensina:

Além de caráter deliberativo em relação às políticas públicas para crianças e adolescentes, os Conselhos detêm papel normativo disciplinador uma vez que suas resoluções podem estabelecer regras administrativas que visam melhor operacionalizar a atuação do Sistema de Garantias de Direitos no âmbito dos Estados e Municípios.

Desse modo, tendo em vista as competências atribuídas aos órgãos citados, bem como que o direito à educação infantil é direito fundamental social que não deve receber nenhum tipo de restrição ao seu acesso, as políticas públicas de atendimento, elaboradas e executadas pelos órgãos, servem para garantia do acesso ao direito fundamental à educação, sem qualquer distinção ou restrição por parte do Estado, especialmente do poder público municipal.

3 AS LISTAS DE ESPERA NAS POLÍTICAS DE ATENDIMENTO NA EDUCAÇÃO INFANTIL

Este capítulo analisa a utilização de listas de espera como requisito de acesso à educação infantil pública no contexto das políticas de atendimento às crianças, os critérios de classificação e publicização dessas listas, bem como os procedimentos para garantia de acesso imediato às escolas municipais de educação infantil.

3.1 As listas de espera e as políticas de atendimento à educação infantil

A Constituição Federal (BRASIL, 1988, https://www.planalto.gov.br), nos artigos 30 e 211, §2º, traz como competente para manutenção da educação infantil os municípios, cabendo à esses assegurar às crianças de 0 (zero) à 03 (três) anos o acesso à educação infantil gratuíta, respectivamente:

Art. 30. Compete aos Municípios:

[...]

VI - manter, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, programas de educação infantil e de ensino fundamental.

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

§ 2º Os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil.

A Lei 13.005 (BRASIL, 2014, https://www.planalto.gov.br), que aprovou o Plano Nacional da Educação – PNE, instituiu na Meta 1, bem como as estratégias para sua efetivação:

Meta 1: universalizar, até 2016, a educação infantil na pré-escola para as crianças de 4 (quatro) a 5 (cinco) anos de idade e ampliar a oferta de educação infantil em creches de forma a atender, no mínimo, 50% (cinquenta por cento) das crianças de até 3 (três) anos até o final da vigência deste PNE.

Estratégias:

- 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;
- 1.2) garantir que, ao final da vigência deste PNE, seja inferior a 10% (dez por cento) a diferença entre as taxas de frequência à educação infantil das crianças de até 3 (três) anos oriundas do quinto de renda familiar per capita mais elevado e as do quinto de renda familiar per capita mais baixo;

- 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;

[...]

1.7) articular a oferta de matrículas gratuitas em creches certificadas como entidades beneficentes de assistência social na área de educação com a expansão da oferta na rede escolar pública;

[...]

1.11) priorizar o acesso à educação infantil e fomentar a oferta do atendimento educacional especializado complementar e suplementar aos (às) alunos (as) com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação, assegurando a educação bilíngue para crianças surdas e a transversalidade da educação especial nessa etapa da educação básica;

[...]

- 1.13) preservar as especificidades da educação infantil na organização das redes escolares, garantindo o atendimento da criança de 0 (zero) a 5 (cinco) anos em estabelecimentos que atendam a parâmetros nacionais de qualidade, e a articulação com a etapa escolar seguinte, visando ao ingresso do (a) aluno(a) de 6 (seis) anos de idade no ensino fundamental;
- 1.14) fortalecer o acompanhamento e o monitoramento do acesso e da permanência das crianças na educação infantil, em especial dos beneficiários de programas de transferência de renda, em colaboração com as famílias e com os órgãos públicos de assistência social, saúde e proteção à infância;
- 1.15) promover a busca ativa de crianças em idade correspondente à educação infantil, em parceria com órgãos públicos de assistência social, saúde e proteção à infância, preservando o direito de opção da família em relação às crianças de até 3 (três) anos;
- 1.16) o Distrito Federal e os Municípios, com a colaboração da União e dos Estados, realizarão e publicarão, a cada ano, levantamento da demanda manifesta por educação infantil em creches e pré-escolas, como forma de planejar e verificar o atendimento;
- 1.17) estimular o acesso à educação infantil em tempo integral, para todas as crianças de 0 (zero) a 5 (cinco) anos, conforme estabelecido nas Diretrizes Curriculares Nacionais para a Educação Infantil.

Essas estratégias servem para por em prática o desejado pela Meta 1 e são forma de nortear e organizar as políticas de atendimento de cada município.

Os municípios também criaram os seus Planos Municipais de Educação, estabelecendo, a partir do Plano Nacional, as metas de acordo com suas as peculiaridades.

Sobre a promulgação do Plano Nacional de Educação - PNE e as consequentes criações dos Planos Municipais de Educação – PME, Silva, Scarlatto e Leite (2015, p. 309, http://200.145.6.217/proceedings_arquivos) discorrem:

A promulgação da Lei nº 13.005 de 25 de junho de 2014, que aprova o Plano Nacional de Educação, traz em sua redação, diretrizes e metas que devem ser cumpridas pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em

regime de colaboração. Trata-se de um documento que define metas educacionais para o município por um período de 10 anos. Desse modo, os municípios deram início a uma ampla discussão para elaboração do Plano Municipal de Educação (PME) com ampla participação de representantes da comunidade educacional e da sociedade civil.

Contudo, apesar da criação dos Planos Municipais de Educação, grande parte dos municípios não possui a capacidade de absorção total da demanda nas creches públicas, em partes, por falta de planejamento financeiro e de prioridade com a educação infantil, criando-se, então, listas de espera para aguardo de vaga na educação infantil.

As listas de espera são criadas como forma de organizar a demanda represada nos municípios.

Não há dados concretos e exatos de quando essas listas surgiram, todavia, sabe-se que essa prática iniciou-se com o aumento da inserção da mulher no mercado de trabalho, que, com o decorrer dos anos, deixou de realizar apenas o trabalho doméstico e passou a instituír-se nas empresas, comércios e demais ramos.

Diante disso cumpre destacar que a educação infantil constitui direito da criança e não direito das mães trabalharem ou estudarem, sendo que ele tutela o desenvolvimento educacional da criança e não à responsabilidade pelo seu cuidado.

As listas de espera dependem da realidade de cada município. Locais onde há maior número populacional na àrea rural ou possui um número pequeno de habitantes, as listas de espera tendem a serem menores. Já os municípios maiores ou com grande concetração de habitantes na àrea urbana, os números tendem a serem maiores.

Cada município precisa criar políticas públicas capazes acabarem com as listas de espera, dentro das suas realidades de necessidades.

Segundo Barreto (2003, p. 53, http://www.scielo.br/pdf/rbedu/n24/n24a05), embora o avanço nas políticas públicas da educação, tais políticas não têm tanta intensidade quando se trata da educação infantil:

Verifica-se que tais intenções políticas são feitas a partir de perspectivas que vêm se consolidando no cenário brasileiro, consagradas na Constituição de 1988 e em leis setoriais posteriores, como a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB, lei nº 9.294/ 96), a Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS) a legislação própria da área da saúde, entre outras. Observa-se, entretanto, em algumas passagens, que aspectos assegurados nas leis não são ainda completamente incorporados

nas propostas do governo. Isso é mais evidente quando se trata da educação da criança de 0 a 3 anos; embora, com a LDB, a creche tenha sido incluída, junto com a pré-escola, na educação infantil, reconhecida como primeira etapa da educação básica, muitos dos objetivos explicitados no Avança Brasil referem-se apenas à pré-escola (como formação de professores e merenda escolar, para citar dois deles). O texto que trata da educação infantil no Avança Brasil inspira-se em versão do Plano Nacional de Educação apresentada pelo MEC e que foi superada por aquela aprovada no Congresso Nacional e sancionada pelo presidente da República em janeiro de 2001. Nessa última, as inconsistências foram minimizadas.

As listas de espera, sem a analise da sua legalidade, fazem parte das políticas de atendimento à educação infantil, visto que são uma forma de organização da oferta do serviço.

Sobre a forma de criação das políticas de atendimento às crianças e adolescentes, bem como das novas estratégias traçadas ao longo dos útlimos anos, Custórdio (2009, p. 79) discorre:

A construção de uma política de atendimento requer a integração de uma rede de organizações de atendimento, governamentais e não governamentais, que colaboram para a produção de diagósticos, controles, monitoramentos e avaliações, com vistas a uma melhoria qualitativa dos serviços prestados.

Além das diretrizes previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, nos últimos anos foram estabelecidas novas estratégias de ação nas Conferências Municipais, Estaduais e Nacionais dos Direitos da Criança e do Adolescente, ambas amparadas pelos princípios da Teoria da Proteção Integral.

No Estatuto da Criança e do Adolescente, a política de atendimento está dispostas a partir do artigo 86 (BRASIL, 1990, https://www.planalto.gov.br), estabelecento que "a política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente far-se-á através de um conjunto articulado de ações governamentais e não governamentais, da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municipios."

As políticas de atendimento às crianças e adolescentes, incluindo-se a educação infantil pública, cabem ao Poder executivo de acordo com as competências estebelecidas para as unidades federativas.

A respeito dos atendimentos às crianças e adolescentes por parte do poder executivo, bem como articulação com os demais ramos da sociedade, Costa e Porto (2013, p. 148) ensinam que:

O atendimento aos direitos da criança e do adolescente compete ao poder executivo, em todas as suas esferas, federal, estadual, distrital e municipal,

mas não só a ele, pois cabe também à sociedade civil organizada. Daí porque o artigo falar em 'articulação', já que ela é necessária para se garantir a proteção integral da criança e do adolescente de forma realmente eficiente.

O artigo 87 do Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990, https://www.planato.gov.br) elenca as linhas de ações da política de atendimento:

Art. 87. São linhas de ação da política de atendimento

I - políticas sociais básicas;

- II serviços, programas, projetos e benefícios de assistência social de garantia de proteção social e de prevenção e redução de violações de direitos, seus agravamentos ou reincidências;
- III serviços especiais de prevenção e atendimento médico e psicossocial às vítimas de negligência, maus-tratos, exploração, abuso, crueldade e opressão:
- IV serviço de identificação e localização de pais, responsável, crianças e adolescentes desaparecidos;
- V proteção jurídico-social por entidades de defesa dos direitos da criança e do adolescente.
- VI políticas e programas destinados a prevenir ou abreviar o período de afastamento do convívio familiar e a garantir o efetivo exercício do direito à convivência familiar de crianças e adolescentes;
- VII campanhas de estímulo ao acolhimento sob forma de guarda de crianças e adolescentes afastados do convívio familiar e à adoção, especificamente inter-racial, de crianças maiores ou de adolescentes, com necessidades específicas de saúde ou com deficiências e de grupos de irmãos.

Sobre a necessidade da elaboração das políticas públicas de atendimento serem realizadas de acordo com o referido artigo e seus incisos, Costa e Porto (2013, p. 149) discorrem:

O artigo em comento traz uma série de medidas que devem obrigatóriamente ser seguidas para elaboração da política de atendimento à criança e ao adolescente. Asim, quando os Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente traçam políticas de atendimento, devem pautar seu planejamento em conformidade ao que preceituam os incisos deste artigo.

Dessa forma, o direito à educação infantil, assegurado como direito constitucional, para sua efetivação, necessita da elaboração de políticas públicas e de atendimento para que seja garantiado a todos, sem qualquer distinção, por parte do poder executivo municipal, órgãos de proteção aos direitos das crianças e adolescentes, bem como de toda sociedade civil.

3.2 Os critérios de classificação e publicização das listas de espera

A educação é direito constitucionalmente assegurado à todos, independentemente de renda, condição social ou qualquer outro critério de seleção ou preferência.

Preconizam os artigos 6º, 205 e 208, IV, da Constituição Federal (1988, https://www.planalto.gov.br), respectivamente:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

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

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.

Assim como ocorre no direito à saúde e demais direitos sociais, o texto constitucional não traz nenhuma restrição para acesso ao direito, as legislações infraconstitucionais também asseguram a ele sem qualquer critério de seleção ou preferência.

Contudo, a criação das listas de espera para acesso à educação infantil é prática de diversos municípios, criando-se, em diversas vezes, um número considerável de crianças e familiares aguardando o acesso ao direito à educação infantil pública.

Destaca-se que a criação de tais listas é uma prática ilegal que viola os direitos de crianças e diversas vezes são toleradas pelos órgãos de proteção e garantia dos direitos da criança com prioridade absoluta.

A espera para a concretização de direito fundamental constitui uma violação de direitos e quando esta violação tem como titular as crianças constitui-se numa violação irreparável.

Ainda, através de decretos ou leis municipais, flagrantemente inconstitucionais, são criados critérios de seleção e/ou preferência para acesso às vagas disponíveis na rede pública de ensino.

Como se trata de assunto do âmbito municipal e o presente trabalho não possui a intenção de realizar pesquisa específica em determinado município, não se pode delimitar quais são esses critérios de seleção e/ou preferência.

Todavia, é possível afirmar que, por boa parte dos municípios, trata-se de preferência às crianças que a família possua baixa renda, com alto risco de violação de direitos, filhos de mães adolescentes que frequentam a escola ou filhos cuja mãe possua emprego formal declarado.

Embora os critérios de seleção e/ou preferência sejam uma forma de priorização daqueles que mais necessitam, acabam por se constituir numa violação de direitos, pois a Constituição Federal não faz qualquer distinção no exercício do direito à educação infantil, devendo os administradores públicos prezarem por suas obrigação, sob pena de responsabilidade.

Ainda, na sua atuação, a administração pública deve observar os princípios constitucionais, quais sejam: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, conforme o artigo 37, caput, da Constituição Federal (1988, BRASIL, https://www.planalto.gov.br):

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]

Quanto à publicização das listas de espera, destaca-se o princípio constitucional da publicidade, que preconiza que os atos dos órgãos públicos poderão ser acessados por todos, salvo se o sigilo for imprescindível à segurança da sociedade ou do Estado.

Sobre a ligação do princípio da publicidade com o direito de informação dos cidadãos, bem como sobre o avanço social conquistado em razão da criação dos Portais da Transparência em diversos entes estatais, Mendes e Branco (2017, p. 899) discorrem:

O princípio da publicidade está ligado ao direito de informação dos cidadãos e ao dever de transparência do Estado, em conexão direta com o princípio

democrático, e pode ser considerado, inicialmente, como apreensível em duas vertentes: (1) na perspectiva do direito à informação (e de acesso à informação), como garantia de participação e controle social dos cidadãos (a partir das disposições relacionadas no art. 5°, CF/88), bem como (2) na perspectiva da atuação da Administração Pública em sentido amplo (a partir dos princípios determinados no art. 37, caput, e artigos seguintes da CF/88). [...]

Nesse sentido, a Constituição abriu novas perspectivas para o exercício ampliado do controle social da atuação do Estado, com destacada contribuição da imprensa livre, de organizações não governamentais e da atuação individualizada de cada cidadão.

Ao mesmo tempo, os novos processos tecnológicos oportunizam um aumento gradativo e impressionante da informatização e compartilhamento de informações dos órgãos estatais, que passaram, em grande medida, a ser divulgados na Internet, não só como meio de concretização das determinações constitucionais de publicidade, informação e transparência, mas também como propulsão de maior eficiência administrativa no atendimento aos cidadãos e de diminuição dos custos na prestação de serviços.

A criação dos Portais da Transparência dos diversos entes estatais, nos diferentes níveis de governo, tem proporcionado a experimentação social da relação cidadão-Estado e o exercício do controle social dos gastos públicos e novas perspectivas.

No encontro do que lecionam Mendes e Branco, o artigo 5º, XXXIII, o artigo 37, § 3º, II, e o artigo 216, § 2º, da Constituição Federal (BRASIL, 1988, https://www.planalto.gov.br) dispõem, respectivamente, que:

Art. 5º. [...]

XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

Art. 37. [...]

§ 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: [...]

II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII.

Art. 216. [...]

§ 2º Cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem.

Diante disso, verifica-se que o texto constitucional, em prol da supremacia do interesse público, determina a publicidade de todos os atos do Poder Público, salvo aqueles resguardados por sigilo.

Para regular os dispositivos supracitados, sancionou-se, em 18 de novembro de 2011, a Lei nº 12.527, que regula o acesso a informações previsto no inciso

XXXIII do art. 5°, no inciso II do § 3° do art. 37 e no § 2° do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei no 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei no 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei no 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. (BRASIL, 2011, https://www.planalto.gov.br).

A lei 12.527/11, de 18 de novembro de 2011, trouxe avanços e concretizou o princípio constitucional da publicidade, tendo como diretrizes a observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção, a divulgação de informações de interesse público, independentemente de solicitações, a utilização de meios de comunicação viabilizados pela tecnologia da informação, o fomento ao desenvolvimento da cultura de transparência na administração pública e o desenvolvimento do controle social da administração pública, conforme disposto em seu artigo 3º (BRA-SIL, 2011, https://www.planalto.gov.br):

- Art. 3º Os procedimentos previstos nesta Lei destinam-se a assegurar o direito fundamental de acesso à informação e devem ser executados em conformidade com os princípios básicos da administração pública e com as seguintes diretrizes:
- I observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção:
- II divulgação de informações de interesse público, independentemente de solicitações;
- III utilização de meios de comunicação viabilizados pela tecnologia da informação;
- IV fomento ao desenvolvimento da cultura de transparência na administração pública;
- V desenvolvimento do controle social da administração pública.

Mendes e Branco (2017, p. 901) pontuam sobre a Lei de Acesso à Informação, nº 12.527, de 18 de novembro de 2011:

Trata-se de importante marco para a observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção, por meio de medidas que devem ser executadas de acordo com os princípios básicos da Administração Pública e por diretrizes que zelam e incentivam a ampla transparência.

Assim, diante do todo o explanado sobre o princípio da publicidade, bem como o disposto na Lei de Acesso à Informação, que, com a pesquisa realizada no presente trabalho monográfico, pode se dizer que o princípio da publicidade e a Lei de Acesso à Informação aplicam-se às listas de espera para vaga na educação infantil pública, devendo essas estarem à disposição da população ou qualquer outro interessado.

Contudo, podem ocorrer situações em que o ente público nega o acesso do cidadão a tal documento.

Diante disso, o remédio constitucional para atacar tal ato ou decisão é o *Habeas data*, conforme o artigo 5°, LXII, da Constituição Federal (BRASIL, 1988, https://www.planalto.gov.br):

Art. 5° [...]

LXXII - conceder-se-á habeas data:

- a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;
- b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo.

Contido no artigo 5º, LXXII, da Constituição Federal (BRASIL, 1988, https://www.planalto.gov.br) e regulado pela Lei 9.507, de 12 de novembro de 1997 (BRASIL, 1997, https://www.planalto.gov.br), o *habeas data*, dentre outras finalidades, poderá ser impetrado para assegurar o conhecimento de informações de documentos de caráter público, como as listas de espera para acesso à educação infantil pública.

Sobre os motivos surgimento do *habeas data* na Constituição Federal de 1988, Tavares (2017, p. 715) ensina que:

O Habeas data surge como inovação de 1988, por desmembramento do mandado de segurança (daí a circunstância de este ter cabimento residual em relação ao Habeas data). Os motivos de seu surgimento estão ligados à superação de situações ocorridas no Governo Militar quando às informações pessoais do cidadão e, mais do que isso, ao reconhecimento da identidade pessoal do cidadão, que há de ser tutelada.

Diante todo o exposto, é possível afirmar que, embora o direito à educação não sofra restrição pelo texto constitucional ou legislações infraconstitucionais, é adotada pelos municípios a prática ilegal da criação de listas de espera para acesso à educação infantil público, com a submissão de critérios de seleção e preferência, violando, assim, o direito fundamental básico à educação.

Ainda, apesar da discussão sobre a legalidade de tais listas de espera, essas devem seguir os princípios impostos à Administração Pública, em especial o

princípio da publicidade, que quando não for respeitado, tal ato ou decisão pode ser atacado por meio do *Habeas data*.

3.3 Os procedimentos para garantia de acesso à educação infantil nas escolas municipais de educação infantil

Quanto se trata dos procedimentos para garantia de acesso à educação infantil nas escolas municipais, o Conselho Tutelar tem importante papel na busca da efetivação do direito à educação.

Disciplinado pelo artigo 131 do Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990, https://www.planalto.gov.br), o Conselho Tutelar é órgão permanente e autônomo, encarregado de zelar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente.

Acerca das prerrogativas e atribuições do Conselho Tutelar, Custódio (2009, p. 89) ensina:

Ao Conselho Tutelar foi atribuída a prerrogativa de autonomia, visando garantir plena liberdade para o exercício de suas atribuições institucionais. A autonomia do Conselho Tutelar visa libertá-lo da subordinação hierárquica da estrutura da administração pública.

Dentro de suas atribuições, o Conselho Tutelar, conforme o artigo 136, inciso III, alínea a, do Estatuto da Criança e do Adolescente, pode "promover a execução de suas decisões, podendo para tanto requisitar serviços públicos nas áreas de saúde, educação, serviço social, previdência, trabalho e segurança" (BRASIL, 1990, https://www.planalto.gov.br).

Considerando que a negativa de vaga em educação infantil, caracteriza a violação de direito da criança, nos termos do art. 98 do Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990, https://www.planalto.gov.br), e, portanto, há pressuposto de atuação do Conselho Tutelar, esse, no âmbito da política de proteção, poderá adotar medidas administrativas, como a requisição de serviços de educação infantil, medida esta de cumprimento obrigatório por parte da administração pública, mediante requisição formal, deliberada pelo Colegiado do Conselho Tutelar, remetida ao Prefeito Municipal ou ao gestor responsável pela área de educação no município.

Se houver descumprimento da medida administrativa aplicada pelo Conselho Tutelar, caberá a este comunicar o Ministério Público para que tome as providencias cabíveis, como, por exemplo, abrir inquérito civil público, propor termo de ajuste de conduta ou mover ação civil pública.

Caso sejam esgotadas as possibilidades de garantia do direito pela via administrativa sem a concretização do direito, o Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990, https://www.planalto.gov.br), dedicou o capítulo VII para Proteção Judicial dos Interesses Individuais, Difusos e Coletivos, trazendo uma gama de disposições que visam proteger também crianças e adolescentes no que diz respeito aos trâmites do processo judicial.

O artigo 208, III, do Estatuto (BRASIL, 1990, https://www.planalto.gov.br) trouxe a ação de responsabilidade por ofensa ao direito de atendimento em creche e pré-escolas às crianças de zero à seis anos de idade.

"O presente artigo, no inciso III ao falar do atendimento em creche e préescola, apenas reforça o contido em nossa Carta Magna, artigo 208, IV" (COSTA; PORTO, 2013, p. 332).

Importante também que a Constituição Federal (BRASIL, 1988, https://www.planalto.gov.br), em seu artigo 5°, XXXV, traz que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

Diante disso, o legislador constitucional quis garantir a todos o amplo acesso à justiça, bem como que qualquer violação de direito possa ser recorrida ao judiciário.

Sobre o direito de acesso ao Poder Judiciário, bem como de seu histórico, Tavares (2017, p. 597/598) ensina:

O princípio do amplo acesso ao Poder Judiciário remonta, na História constitucional pátria, à Constituição de 1946, que foi a primeira a expressamente determinar que 'A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual'.

Esse princípio é um dos pilares sobre o qual se ergue o Estado de Direito, pois de nada adiantariam leis regularmente votadas pelos representantes populares se, em sua aplicação, fossem elas desrespeitadas, sem que qualquer órgão estivesse legitimado a exercer o controle de sua observância. O próprio enunciado da legalidade, portanto, como já observado, requer que haja a possibilidade ampla e irrestrita de apreciação de lesão ou ameaça a direito (lei *lato sensu*) pelo Órgão competente.

O Poder Judiciário possui o dever constitucional de apreciar e garantir a cessação de violação de direitos de qualquer cidadão, independente das causas ou circunstâncias em que ocorreram tais atos.

Ainda em termos constitucionais, a Emenda Constitucional nº 45/2004 introduziu no artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal (BRASIL, 1988, https://www.planalto.gov.br) a razoável duração do processo judicial e administrativo.

Tal dispositivo legal está relacionado tanto ao princípio da dignidade da pessoa humana, quanto à liberdade de acesso ao Poder Judiciário. Ora, de nada adianta o texto constitucional garantir ao cidadão o acesso à justiça se a resolução do conflito ou da lide se prolongar ao ponto de, quando da decisão judicial, a violação do direito já ter trazido graves consequências.

Sobre a duração razoável do processo, da sua ligação com o princípio da dignidade da pessoa humana, da imposição desse direito ao Poder Público e Judiciário e da necessidade de criação de políticas públicas de prestação jurisdicional, Mendes e Branco (2017, p. 407), argumentam:

Dessarte, a Constituição conferiu significado especial ao princípio da dignidade humana como postulado essencial da ordem constitucional (art. 1º, III, da CF/88). O Estado está vinculado ao dever de respeito e proteção do indivíduo contra exposição a ofensas ou humilhações.

O reconhecimento de um direito subjetivo a um processo célere – ou com duração razoável – impõe ao Poder Público em geral e ao Poder Judiciário, em particular, a adoção de medidas destinadas a realizar esse objetivo. Nesse cenário, abre-se um campo institucional destinado ao planejamento, controle e fiscalização de políticas públicas de prestação jurisdicional que dizem respeito à própria legitimidade de intervenções estatais que importem, ao menos potencialmente, lesão ou ameaça a direitos fundamentais.

Nesse panorama, cabe aos Poderes do Estado a adoção de medidas capazes de atender o disposto constitucional, através da elaboração de políticas públicas destinadas a intervenção célere do Poder Judiciário.

Assim como os demais direitos instituídos, seja pela Constituição Federal ou demais legislações, o direito à educação infantil ou à disponibilização da vaga, cabe a sua judicialização como forma de obrigar o Poder Público a cumprir com seu dever constitucional.

"Quer dizer que independe de políticas públicas, de opções gerais, de programas totais de educação. Estes são de responsabilidade do Estado." (TAVARES, 2017, p. 767-768).

Outro ponto importante é trazido no capítulo VII é o disposto no artigo 210 (BRASIL, 1990, https://www.planalto.gov.br), que considera legitimados para propositura das ações cíveis de interesses coletivos ou difusos, em regime de concorrência, o Ministério Público, a União, os estados, os municípios, o Distrito Federal e o territórios, bem como as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos pelo Estatuto.

Costa e Porto (2013, p. 334/335) trazem o conceito de direitos coletivos e difusos, a legitimidade para propositura das ações e a forma de atuação do Ministério Público, da administração pública direta e das associações conforme as disposições do artigo 210 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

A questão da legitimação para propositura da ação tem fundamental importância, pois esclarece acerca dos responsáveis por resguardar os direitos das crianças e adolescentes. Assim, além dos próprios interessados, várias pessoas jurídicas são legitimadas a defender interesses coletivos ou difusos.

Interesses coletivos são aqueles que se referem a um determinado número de pessoas, ligadas por um vínculo jurídico comum. Já os direitos difusos são aqueles que não se apoiam em uma relação-base bem definida, referindo-se a uma série indeterminada de sujeitos.

Primeiramente, a atuação do Ministério Público é a que mais se sobressai: além do disposto no presente artigo, esse órgão pode propor também ação civil pública, nos termos do artigo 201, V, do Estatuto.

Em se tratando de associações, o presente artigo faz uma restrição à legitimidade, já que exige que elas tenham sido constituídas há mais de um ano, bem como possuam, entre suas finalidades, a proteção aos direitos das crianças e dos adolescentes. Isso para que se evite que qualquer pessoa jurídica tenha legitimidade, o que poderia comprometer a segurança jurídica almejada pelo ECA.

Verifica-se que o Estatuto da Criança e do Adolescente buscou garantir que os direitos de crianças e adolescentes fossem buscados não somente por esses, através da representação, mas criou uma série de legitimados a fim de que eles fossem resguardados.

O Estatuto (BRASIL, 1990, https://www.planalto.gov.br), em seu artigo 145, trouxe aos estados e ao Distrito Federal a possibilidade da criação de varas especializadas e exclusivas da infância e juventude, cabendo ao Poder Judiciário o estabelecimento da proporcionalidade por número de habitantes, dotá-las de infraestrutura e dispor sobre o atendimento, inclusive plantões.

O objetivo de tal disposição é o atendimento à proteção integral, por meio de uma equipe multidisciplinar e especializada na matéria.

Costa e Porto (2013, p. 228/229) explicam a importância do atendimento especializado, bem como o objetivo e o modo de atendimento ao disposto no artigo 145 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

O papel do Poder Judiciário, por meio da vara especializada da Justiça da Infância e Juventude, é imprescindível para o atendimento de toda ameaça ou violação de direitos de crianças e adolescentes, insclusive as omissões do Poder Público, o qual, sempre que necessário, deve atuar no sentido de buscar a proteção integral, ojetivo primordial do Estatuto.

A infraestrutura de atendimento da Justiça da Infância e Juventude, conforme previsto nos artigos 150 e 151 do ECA, deve contar com equipe interprofissional ou interdisciplinar, a fim de municiar processos junto ao Poder Judiciário com relatórios orientando sobre a medida socioeducativa mais adequada para a recuperação do adolescente. A ausência de relatório da equipe multidisciplinar/interprofissional leva à anulação do processo, com cassação da sentença.

Além dos legitimados e da tramitação diferenciada, são diversos os procedimentos que podem ser utilizados para garantia da vaga em escolas de educação infantil públicas: a requisição administrativa por parte do Conselho Tutelar, conforme exposto acima, o Mandado de Segurança, a Ação Ordinária de Obrigação de fazer, a Ação Civil Pública, dentre outros.

O artigo 5º, LXIX, da Constituição Federal (BRASIL, 1988, https://www.planalto.gov.br), dispõe que:

Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito liquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público.

Mendes e Branco (2017, p. 448) trazem a definição do mandado de segurança, bem como sua abrangência e utilização:

Pela própria definição constitucional, o mandado de segurança tem utilização ampla, abrangente de todo e qualquer direito subjetivo público sem proteção específica, desde que se logre caracterizar a liquidez e certeza do direito, materializada na inquestionabilidade de sua existência, na precisa definição de sua extensão e aptidão para ser exercido no momento da impetração.

Considerando a definição e as hipóteses de cabimento do mandado de segurança trazidas pelo artigo 5°, LXIX, da Constituição Federal (BRASIL, 1988, https://www.planalto.gov.br), bem como por Mendes e Branco, além do fato do direito à educação estar disposto na Constituição Federal e demais legislações

infraconstitucionais, sem qualquer delimitação de condição social ou qualquer outro requisito, pode-se afirmar que cabe mandando de segurança quando a vaga em creche seja negada ou seja imposto, como requisito ao acesso à vaga, a inscrição anterior à lista de espera.

A Ação de obrigação de fazer também é um meio de buscar junto ao Poder Judiciário a disponibilização da vaga em educação infantil na modalidade de creche. Tal ação é disciplina pelo Código de Processo Civil e pode ser requerida também com o pedido de antecipação da tutela, como meio de garantir o acesso rápido da criança ao direito à educação, tal ação tramitará na Vara da Infância e Juventude.

Outro meio para efetivação do direito à vaga na educação infantil na modalidade de creche é a Ação Civil Pública - ACP, regulada pela Lei nº 7.347/85, de 24 de julho de 1985, que disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências.

Tal ação pode ser interposta pelo Ministério Público, Defensoria Pública, União, estados, Distrito Federal, municípios, autarquias, empresas públicas, fundações, sociedades de economia mista ou associações, conforme o artigo 5º da Lei 7.347/85 (BRASIL, 1985, https://www.planalto.gov.br).

Na situação estudada no presente trabalho, as ACPs são, em sua maioria, propostas pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública contra os municípios, na forma de Ação de obrigação de fazer.

Portanto, a Constituição Federal, o Estatuto da Criança e do Adolescente e demais legislações infraconstitucionais, por meio de uma série de ações e procedimentos garantem o acesso às crianças na educação infantil pública.

4 A PROTEÇÃO JUDICIAL À EDUCAÇÃO INFANTIL: UM ESTUDO DA JURISPRUDÊNCIA SOBRE AS LISTAS DE ESPERA

Este capítulo discorre sobre os estudos de casos em relação as listas de espera na educação infantil municipal, a posição do Ministério Público do Rio Grande do Sul e de como o tema é tratado pela jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

4.1 As listas de espera na educação infantil municipal: estudos de casos

O artigo 30, VI, da Constituição Federal (BRASIL, 1988, https://www.planalto.gov.br), delegou aos municípios a criação e manutenção da educação infantil, contando com o apoio dos Estados e da União.

Dessa forma, cabe ao ente municipal da criação de políticas públicas que visem o atendimento de crianças nas escolas municipais de educação infantil.

Conforme Tavares (2017, p. 872):

Os municípios representam uma excelente fórmula de descentralização administrativa do Estado. Quanto mais descentralizado o exercício do poder do Estado, maiores as chances de participação política do cidadão e, por consequência, mais elevado o nível democrático que se pode alcançar. É por isso que se observa uma tendência muito forte à valorização dos Municípios, ou Distritos, não obstante se acentue, como já salientado alhures, a integração dos Estados em blocos de abrangência continental. Não se trata, portanto, de movimentos antagônicos. Antes se completam pelos objetivos que cada um preserva.

A Constituição Federal, com a divisão de competência entre os níveis do executivo, buscou a descentralização do poder, de forma que esse ficasse mais próximo da população e visualizasse melhor os anseios dela.

O Estatuto da Criança e do Adolescente também buscou essa descentralização, especialmente no Título das Políticas de Atendimento, o qual dispõe que as políticas de atendimento devem ocorrer de forma conjunta.

Costa e Porto (2013, p. 149), entendem que a descentralização dos atendimentos às crianças e adolescentes é um dos ideais do Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como de que, dessa forma, a criança ou o adolescente pode ficar mais próximo de sua família:

Independentemente do fato de que o ECA traz a obrigatoriedade do atendimento de crianças e adolescentes em todas as esferas, as parcerias se dão, preponderamente, em âmbito municipal, pois a municipalização é um dos ideais estatutário, assim como a descentralização administrativa, conforme será visto nos comentários ao artigo 88.

Em que pese às disposições constitucionais e infraconstitucionais, há crianças que desejam ser colocadas na educação infantil pública e por falta de vagas não são inseridas, não havendo priorização dos recursos e descumprimento das metas do Plano Nacional de Educação. Diante disso, parte dos municípios do Estado criam as chamadas listas de espera para acesso à educação infantil pública, as quais são ilegais, tendo em vista os dispostos na Constituição Federal, Estatuto da Criança e do Adolescente e Plano Nacional de Educação.

Uma das principais alegações dos municípios é a insuficiência orçamentária, que impede a criação de novas vagas ou compra das vagas em escolas particulares, tal alegação constitui violação do princípio da prioridade absoluta de crianças e adolescentes, conforme trazido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Tavares (2017, p. 768) discorre sobre:

Uma das polêmicas da judicialização desses direitos está na disponibilidade orçamentária limitada e da invocação, por parte do administrador, da insuficiência orçamentária. Contudo, a alegação desta insuficiência, em juízo, por parte da Administração Pública, implica, como decidiu o STJ no REsp 474.361-SP (rel. Min. Herman Benjamin), tornar incontroverso o fato constitutivo do direito dos interessados (dispensando-se de prova), porque aduz a Administração, nessas hipóteses, fato supostamente impeditivo do direito. Assim, passa a ser dever processual da Administração provar a insuficiência orçamentária. Essa inversão do ônus da prova tem conduzido ao provimento dos pedidos para assegurar o direito a creche e pré-escola (e, pelo menos raciocínio, a educação gratuita obrigatória em geral).

Dessa forma, a insuficiência orçamentária não pode ser argumento para violação de direitos fundamentais de crianças uma vez que os direitos dessas não estão vinculados aos critérios da reserva do possível, pois devem ser cumpridos obrigatoriamente e imediatamente.

Contudo, para suprir e organizar a demanda, umas das formas encontradas pelos municípios foi a criação de legislações municipais estabelecendo critérios discriminatórios para acesso à educação infantil.

Diante do relatado acima, buscou-se por municípios que possuem tais legislações criando critérios para seleção para disponibilização das vagas na educação infantil.

O Município de Santa Cruz do Sul, através do Decreto Municipal nº 9.908, de 17 de outubro de 2017 (SANTA CRUZ DO SUL, 2017, https://www.santacruz.rs.gov.br), normatizou a central de vagas e regulamentou os critérios prioritários para o acesso às vagas na educação Infantil na rede de escolas municipais e nas instituições credenciadas ao Município.

Dentre as disposições do referido Decreto, o artigo 4º estabelece os critérios de prioridade para distribuição das vagas na educação infantil pública:

Art.4º O sistema informatizado da Secretaria Municipal de Educação classificará automaticamente os candidatos às vagas da Educação Infantil, de 0 (zero) a 03 (três) anos, conforme os critérios de prioridade assim estabelecidos, de acordo com a ordem:

I - morador de Santa Cruz do Sul, comprovado através de documentação;

II - crianças com deficiência, com laudo médico constando o CID;

III - crianças em contexto de vulnerabilidade ou risco social, encaminhadas por órgão competente;

IV - crianças filhos de mães de até 18 (dezoito) anos de idade, que estejam matriculadas e frequentando a escola, comprovado por atestado;

V - grau socioeconômico da família, comprovado por documentação.

Parágrafo Único. A classificação para dispor de vaga será feita, pela menor renda, a partir da análise do cadastro socioeconômico, que compreende o total da renda bruta mensal da família, percebidos no momento da inscrição.

Ainda, o § 3º do artigo 5º do Decreto Municipal nº 9.908, dispõe que "a inscrição não caracteriza garantia de vaga imediata, mas somente por meio dela as crianças serão chamadas para o preenchimento das vagas disponíveis" (SANTA CRUZ DO SUL, 2017, https://www.santacruz.rs.gov.br).

De forma, o Município de Santa Cruz do Sul, ao estabelecer critérios de priorização de disponibilização de vagas na educação infantil pública, buscou a organização do atendimento no município, mas, também, restringiu o acesso à educação de crianças que não se enquadram nos critérios estabelecidos.

O Município de Encantado, através do Decreto nº 03/2018, de 09 de janeiro de 2018, estabeleceu critérios para inscrição de vagas nas Escolas Municipais de Educação Infantil do Município de Encantado (ENCANTADO, 2018, https://www.encantado-rs.com.br).

O referido Decreto possui dois artigos, sendo que o artigo 1º estabelece os critérios para inscrição de vaga nas Escolas Municipais de Educação Infantil do Município de Encantado:

Art. 1º Estabelece critérios para a inscrição de vaga nas Escolas Municipais de Educação Infantil do Município de Encantado, conforme segue:

I - residir no Município de Encantado, no mínimo 06 (seis) meses;

II - estar empregado com carteira assinada, no mínimo a 04 (quatro) meses;
III - apresentar o documento de Identidade da Criança (Certidão de Nascimento);

IV - apresentar o comprovante de residência (conta de água, luz, telefone..) ou declaração, com firma reconhecida, de que reside no Município de Encantado.

V - apresentar o Cadastro Social do Município de Encantado.

Observa-se que as exigências do Decreto nº 03/2018, do Município de Encantado, refere-se a inscrição da criança na educação infantil pública, ou seja, crianças que os pais não cumprem tais requisitos não pode inscrever-se para ter acesso ao direito constitucionalmente assegurado.

Ademais, a exigência dos pais estarem empregados formalmente no mínimo 04 meses remete-se à ideia de criação das primeiras creches, as quais possuíam caráter assistencialista, ideia essa superada com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e reforçada com o Estatuto da Criança e do Adolescente, sendo que, com o advento de tais legislações, as escolas de educação infantil públicas possuem caráter educacional, um direito da criança, independentemente da condição social ou emprego de seus genitores.

Então, pode-se dizer que o Decreto nº 03/2018, de 09 de janeiro de 2018, estabeleceu critérios para inscrição de vagas nas Escolas Municipais de Educação Infantil do Município de Encantado (ENCANTADO, 2018, https://www.encantado-rs.com.br), além de ser ilegal, uma vez restringe o direito à educação, também traz a ideia do caráter assistencialista das escolas de educação infantil, o que já foi superado pela legislação vigente.

Sobre ambas as legislações não foram encontradas no site do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul a tramitação de ações sobre a ilegalidade desses diplomas legais.

Neste contexto as legislações dos Municípios de Santa Cruz do Sul e Encantado, a Lei Municipal nº 5.793/2013, do Município de Canoas (CANOAS, 2013, https://leismunicipais.com.br/a/rs/c/canoas), criou critérios, bem como exigiu inscrição prévia para acesso à educação infantil:

- Art. 13 Deverão realizar inscrição prévia à matrícula, em período e locais estabelecidos no edital, os pais ou responsáveis pelas crianças até 5 (cinco) anos:
- I com comprovada insuficiência de recursos, não matriculadas no ano em curso:
- II matriculadas na rede pública de ensino infantil, com frequência inferior a 75% (setenta e cinco por cento), nos termos do § 1º do art. 11 desta Lei.
- § 1º A distribuição de vagas ocorrerá conforme previsto no art. 16 desta Lei, considerando a faixa etária do aluno, na seguinte forma: I trinta por cento (30%): para crianças beneficiárias do Programa Bolsa Família:
- II setenta por cento (70%): para crianças que atendam as condições previstas no § 2º deste artigo.
- § 2º Para os fins desta Lei, considera-se insuficiência de recursos a renda familiar per capita não superior a um salário mínimo nacional.
- § 3º Poderão ser utilizados instrumentos de tecnologia da informação e comunicação, para realização de inscrições não presenciais, a critério da SME ou, sempre observado os critérios de eficiência e economicidade na decisão pela medida realizada, estratégia centralizada de inscrições.
- § 4º A inscrição poderá ser realizada em qualquer das sedes das Subprefeituras Distritais."
- Art. 3º. Altera o caput e o § 2º do art. 14, da Lei nº 5.456, de 2009, que passam a vigorar com a seguinte redação: "Art. 14 Concluído o período de inscrições, a SME irá analisá-las e divulgar a relação dos aptos ao sorteio, no período estabelecido no edital.

Contudo, a Lei foi considerada inconstitucional pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 70064086564, proposta pelo Procurador-Geral de Justiça do Estado em desfavor do Município e da Câmara de Vereadores de Canoas (RIO GRANDE DO SUL, 2018, https://www.tjrs.jus.br).

Tal ação, bem como o posicionamento do Tribunal de Justiça do Estado, será tratada no tópico correspondente à posição esse.

Dessa forma, com a criação de legislações municipais estabelecendo critérios para disponibilização da vaga ou com a negativa do poder público municipal em efetuar a matrícula da criança, recorre-se ao Poder Judiciário para efetivação do direito à educação.

A principal alegação dos municípios é a insuficiência orçamentária, que impede criação a de novas vagas.

Conforme alegação do Município de Canoas, nos autos da ação que lhe foi movida pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul, de acordo com o Acórdão do Reexame necessário nº 70011117165, proferido pela Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (RIO GRANDE DO SUL, 2018, https://www.tjrs.jus.br):

O Município de Canoas contesta alegando impossibilidade financeira de suportar a demanda por ensino público que atualmente se apresenta, dada a insuficiência de vagas, bem como a inviabilidade de efetivação da transferência dos menores Dara e Peterson para escola próxima à residência dos pais.

Outra tese foi a usada pelo Município de Montenegro, nos autos da ação movida pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul em seu desfavor, conforme o Acórdão do Agravo de Instrumento nº 70013005954, proferido pela Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (RIO GRANDE DO SUL, 2018, https://www.tjrs.jus.br):

Sustenta o recorrente ser descabida a intervenção do Poder Judiciário em questões próprias do âmbito do Poder Executivo, a quem compete distribuir os recursos orçamentários com vistas a atender as necessidades públicas e sociais, destacando que 'os recursos são finitos' e que 'as necessidades da sociedade são infinitas', acenando para a 'reserva do possível'. Pede o provimento do recurso

[...]

Ou seja, é incontroversa a responsabilidade do Município de atender a determinação judicial.

Ressalte-se que a Lei de Diretrizes e Bases da Educação nacional menciona, também, expressamente a importância desta primeira etapa da educação básica, objetivando o "desenvolvimento integral da criança até seis anos de idade, em seus aspectos físico, psicológico, intelectual e social", devendo o ente público atuar complementando a ação da família e da comunidade.

Daí a necessidade da imediata inserção da criança em instituição de ensino infantil.

Saliento que, na impossibilidade de manutenção da criança em creche da rede pública de ensino, deve o Município comprar a vaga em instituição da rede privada, às suas expensas, assegurando a continuidade do atendimento às necessidades básicas do infante.

Dessa forma, diante da doutrina, das legislações municipais editadas sobre o assunto, bem como das alegações nas demandas judiciais, pode-se dizer que a posição dos municípios do Rio Grande do Sul, em sua maioria, em relação as listas de espera para acesso às escolas municipais de educação infantil é no sentido de que tal procedimento visa organizar o orçamento municipal e que o Poder Judiciário e o Ministério Público não poderiam interferir em tal situação, uma vez que violaria o princípio da separação dos poderes em razão de estar ordenando a distinção de verba pública a casos não previstos na Lei Orçamentária.

4.2 A posição do Ministério Público do Rio Grande do Sul em relação às listas de espera

Conforme o artigo 127, caput, da Constituição Federal (BRASIL, 1988, https://www.planalto.gov.br), o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Diante do texto constitucional, ao Ministério Público cabe à defesa dos interesses individuais, coletivos e difusos dos cidadãos. Tal órgão não está ligado a nenhum dos três poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário).

Acerca das características básicas do Ministério Público, Mendes e Branco (2017, p. 1097) discorrem:

O Ministério Público na Constituição de 1988 recebeu uma conformação inédita e poderes alargados. Ganhou um desenho de instituição voltada à defesa dos interesses mais elevados da convivência social e política, não apenas perante o Judiciário, mas também na ordem administrativa. Está definido como 'instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis' (art. 127). A instituição foi arquitetada para atuar desinteressadamente no arrimo dos valores mais encarecidos da ordem constitucional.

As competências do Ministério Público estão dispostas no artigo 129 da Constituição Federal (BRASIL, 1988, https://www.planalto.gov.br). Ao presente trabalho importa destacar as competências previstas nos incisos II e III do referido artigo:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

[...]

II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

Dada a importância do Ministério Público na defesa dos direitos, inclusive de crianças e adolescentes, o Estatuto da Criança e do Adolescente dedicou o Capítulo V para tratar de suas competências e atribuições.

Em consonância com todo o disposto no Estatuto, a função do Ministério Púbico é zelar pela proteção integral e garantia de direitos atribuídos à crianças e adolescentes.

Ainda, o artigo 211 do Estatuto (BRASIL, 1990, https://www.planalto.gov.br) confere ao Ministério Público, União, estados, municípios, Distrito Federal e aos territórios a possibilidade de tomar compromisso de ajustamento de conduta, em relação à existência violação de direitos por descumprimento da legislação, sendo que tal documento terá eficácia de título executivo extrajudicial.

Além das atribuições e legitimações atribuídas pela Constituição Federal e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, o Ministério Público possui legitimação para ajuizamento da Ação Civil Pública na forma do artigo do artigo 5°, I, da Lei nº 7347, de 24 de julho de 1985, que disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências.

Mendes e Branco (2017, p. 462) argumentam sobre a Ação Civil Pública em defesa dos direitos coletivos e difusos:

A Ação Civil tem-se constituído em significativo instituto de defesa de interesses difusos e coletivos e, embora não voltada, por definição, para a defesa de posições individuais singulares, tem-se constituído também em importante instrumento de defesa dos direitos em geral, especialmente os direitos do consumidor.

Com relação a posição do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul – MP/RS ao direito à educação infantil e, consequentemente, as listas de espera para acesso à educação infantil, conforme pesquisa na sua página na internet, o ente ministerial tem atuado, administrativamente, no sentido de atendimento, por parte dos municípios, das demandas de vaga em creche, bem como na diminuição ou extinção das listas de espera.

O MP/RS em firmado Termos de Ajustamento de Conduta com os municípios nos quais existam a demanda represada por vagas na educação infantil, para que se tenha a implementação de políticas públicas que visem o atendimento integral das crianças. Ainda, caso haja o inadimplemento das obrigações pactuas, é arbitrada multa diária.

O Termo de Ajustamento de Conduta firmado nos autos do Inquérito Civil nº 00864.00087/2011 (MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO

SUL, 2015, https://www.mprs.mp.br) entre o Ministério Público e o Município de Unistalda estabeleceu cláusulas obrigacionais para que o município tomasse providências, inclusive orçamentárias, para que atendesse até o ano de 2016 50% das crianças residentes naquela localidade, bem como estabeleceu multa no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais) por vaga não ofertada:

CLÁUSULA SEGUNDA – O Município compromitente assume a obrigação de adotar providências necessárias, inclusive previsão ou adequação da dotação orçamentária, para o atendimento da população de zero a três anos do Município de UNISTALDA, em creche, observando o seguinte escalonamento, para atendimento da demanda represada, sem projeção de crescimento populacional, ofertando, no mínimo, vagas para 49 (quarenta e nove) crianças de 0-3 anos, atingindo, até o final de 2017, com atendimento de 50% das crianças do município em creche.

[...]

Parágrafo segundo – o Município compromitente assume a obrigação de realizar, anualmente, busca ativa da população em idade de creche, especialmente as mais vulneráveis, como as vítimas de maus tratos e as oriundas do programa bolsa família, preservando o direito de opção da família, se não for caso de inclusão em creche por medida protetiva (Meta 1 e estratégia 1.15 do PNE);

CLÁUSULA QUINTA - Em caso de descumprimento injustificado das obrigações assumidas nas cláusulas acima, o Município compromitente ficará obrigado ao pagamento de multa no valor de R\$ 1.000,00 (um mil reais), corrigidos pelo IGPM ou sucedâneo (índice geral de preços de mercado), por vaga não ofertada, que poderá ser aplicada cumulativamente e reverterá em favor do Fundo Municipal dos Direitos das Crianças e do Adolescente do Município compromitente, com aplicação em projetos da área da educação.

O Município de Xangri-lá, nos autos do Inquérito Civil nº 00949.00009/2007, também firmou Termo de Ajustamento de Conduta com o Ministério Público do Rio Grande do Sul (MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, 2008, https://www.mprs.mp.br), sendo estabelecido cláusulas no sentido de ações para extinção das listas de espera, sendo fixada multa no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais) por dia, no caso de descumprimento:

CLÁUSULA PRIMEIRA: Considerando-se a constatação de insuficiência da vagas no atendimento à educação infantil, o Município de Xangri-Lá assume a obrigação de fazer, consistente em apresentar, até o dia 20 de maio de 2008, as listas de esperas de crianças que aguardam vaga no atendimento da educação infantil. Tais lista serão juntadas aos autos do presente inquérito civil, passando a fazer parte integrante do presente termo de ajustamento.

CLÁUSULA SEGUNDA: O AJUSTANTE compromete-se a suprir a demanda pelo atendimento de todas as crianças relacionadas nas listas de espera acima mencionadas, por falta de vagas, devendo apresentar ao Ministério Público, até o dia 20 de junho, relação das crianças encaminhadas a cada instituição de ensino, como forma de se verificar o cumprimento da obrigação.

CLÁUSULA TERCEIRA: O AJUSTANTE compromete-se PERMANENTEMENTE a suprir toda a demanda de atendimento à educação infantil, seja com a construção/ampliação de escolas, seja com a abertura de turmas específicas nas diversas escolas já existentes no Município.

[...]

CLÁUSULA SEXTA: Para o caso de descumprimento injustificado da obrigação assumida na cláusula primeira e segunda, sem prejuízo da ação para a execução específica, sujeitará o AJUSTANTE ao pagamento de multa no valor de R\$ 1.000,00 (um mil reais) por dia de atraso ou por ocorrência, corrigidos monetariamente pelo IGPM, mais 6% ao ano, a partir desta data, que reverterá para o Fundo Municipal da Criança e do Adolescente.

Na mesma esteira dos Municípios de Unistalda e Xangri-lá, o MP/RS firmou Termo de Ajustamento de Conduta com o Município de Chapada nos autos do Inquérito Civil nº 00742.00020/2012 (MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, 2012, https://www.mprs.mp.br), no sentido de extinção da lista de espera por vagas na educação infantil pública:

CLÁUSULA PRIMEIRA – O *COMPROMISSÁRIO* assume a obrigação de, dentro do prazo máximo de 30 (TRINTA) DIAS, contados da celebração do presente, juntar aos autos PLANILHA/QUADRO contendo as seguintes informações:

[...]

4) a previsão do tempo máximo para acolher todos os infantes em lista de espera junto às escolas municipais;

...]

CLÁUSULA TERCEIRA — Em caso de não cumprimento das obrigações assumidas, nos prazos fixados, o *COMPROMISSÁRIO* ficará sujeito ao pagamento de multa diária no valor de R\$ 300,00 (trezentos reais), que reverterá para o Fundo Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente de Chapada, além da medida judicial adequada à imposição do acordado, salientando-se que essa multa passará a fluir a partir do descumprimento da obrigação, cessando apenas quando comprovado, por escrito, que foi implementada.

Os Termos de Ajustamento de Conduta trazidos acima são exemplificativos, uma vez que, são diversos firmados entre o Ministério Público do Rio Grande do Sul e os municípios do Estado.

Além de sua atuação na forma administrativa, o MP/RS também atua através da judicialização das demandas de vaga em creche por meio das Ações Civis Públicas.

A Ação Civil Pública ajuizada em desfavor do Município de Santo Antônio da Patrulha visando à disponibilização da vaga em creche municipal, conforme o

Acórdão proferido pela Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, no Agravo de Instrumento nº 70008934168 (RIO GRANDE DO SUL, 2004, https://www.tjrs.jus.br):

DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA OBJETIVANDO ASSEGURAR VAGA EM CRECHE MUNICIPAL.

É dever do Poder Público assegurar o atendimento em creche e pré-escola à criança e ao adolescente. A dificuldade financeira alegada pelo agravante deverá ser objeto de prova e análise na origem. A liminar deve ser mantida em nome do interesse tutelado, uma vez que é evidente o risco de dano deixar menores sem amparo e educação. AGRAVO IMPROVIDO. [...]

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo MUNICÍPIO DE SANTO ANTÔNIO DA PATRULHA contra a decisão das fls. 23-6 que deferiu a antecipação de tutela postulada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO, nos autos da ação civil pública em que visava à matrícula de Welliton Alves Silva em creche da rede municipal.

[...]

O Ministério Público, em sua resposta, ressaltou que a negativa do agravante em fornecer vaga ao menor Welliton Alves Silva, cujos pais necessitam trabalhar e não possuem condições para arcar com os custos de babá ou estabelecimento particular, afronta o ordenamento jurídico, pelo que deve ser mantida a decisão ora agravada. Alegou que o direito à cidadania, compreende o direito à creche e pré-escola, sendo evidente o risco de dano em manter crianças de tenra idade em ambiente sem amparo. Invocou os dispositivos constitucionais infraconstitucionais que tratam da matéria, bem como lição de José Afonso da Silva e outros doutrinadores em prol de sua tese, asseverando que não é possível invocar a Lei nº 9.494/97 em ações que visem a assegurar os direitos fundamentais. Em relação à escassez de recursos municipais, ressaltou que se trata do mérito da causa, devendo ser analisada oportunamente. Pediu o improvimento do recurso (fls. 109-18).

Ainda, conforme Acórdão proferido pela Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul nos autos do Agravo de Instrumento nº 70066218645 (RIO GRANDE DO SUL, 2015, https://www.tjrs.jus.br), o Ministério Público também ajuizou Ação Civil Pública conta o Município de Campo Bom, requerendo a disponibilização de vaga em escola próxima à residência da criança ou, caso a disponibilização da vaga ocorresse em educandário distante, também o fornecimento do transporte:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ECA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. VAGA EM CRECHE. INEXISTÊNCIA DE PROVIMENTO ULTRA PETITA. TRANSPORTE ESCOLAR NECESSÁRIO PARA GARANTIR O ACESSO DO INFANTE À EDUCAÇÃO. MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA.

É responsabilidade do Poder Público assegurar o acesso à educação à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, proporcionando meios que materializem o direito constitucionalmente assegurado.

No presente caso, é de rigor o fornecimento de transporte escolar pelo Município como forma de garantir o acesso do menor à escola onde se

encontra matriculado, conforme disposição expressa no art. 216, § 3º, da Constituição Estadual.

[...]

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo MUNICÍPIO DE CAMPO BOM contra decisão que deferiu o pedido liminar postulado em ação civil pública ajuizada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO, em favor de CRISTOPHER H.

A decisão agravada determinou que o ente municipal informasse se há vaga na EMEI Estrelinha Azul, no prazo de 5 dias e, caso não houvesse, que disponibilizasse transporte escolar até a EMEI Dom Pedro I, bem como matrícula do menor neste instituição (fl. 70).

Em ambas as ações os Agravos de Instrumento foram improvidos e as decisões do primeiro grau mantidas.

Dessa forma, diante das atribuições constitucionais e infraconstitucionais do Ministério Público, bem como as ações administrativas, através dos Inquéritos Civis, e judiciais, através das Ações Civis Públicas, pode-se afirmar que a posição do Ministério Público do Rio Grande do Sul em relação ao direito à educação infantil e as listas de espera para acesso às vagas em creche é de que tal direito fundamental social não deve sofrer restrições, bem como no sentido de impor aos municípios do Estado que criem políticas públicas para atendimento integral da demanda e extinção das listas de espera.

4.3 A posição da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul em relação às listas de espera

Conforme o artigo 2º da Constituição Federal (BRASIL, 1988, https://www.planalto.gov.br, o Poder Judiciário faz parte dos poderes da União, os quais são indepedentes e harmonicos entre si.

O acesso ao Poder Judiciário brasileiro é direito fundamental, baseado nos princípios da proteção judicial efetiva, disposto no artigo 5°, XXXV, do juiz natural, disposto no artigo 5°, XXXVII e LIII, e do devido processo legal, disposto no artigo 5°, LV, todos da Constitução Federal (BRASIL, 1988, https://www.planalto.gov.br):

[...]

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção;

[...]

LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;

[...]

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Dessa forma, o acesso ao Poder Judiciário, bem como a tramição dos processos judiciais devem ser de acordo com o estabelecido no texto constitucional.

Sobre o papel do Poder Judiciário, sua autonomia institucional, o princípio da proteção judicial efetiva e as garantias judiciais, Mendes e Branco (2017, p. 1004) discorrem:

A Constituição de 1988 confiou ao Judiciário papel até então não outorgado por nenhuma outra Constituição. Conferiu-se autonomia institucional, desconhecida na história de nosso modelo constitucional e que se revela, igualmente, singular ou digna de destaque também no plano do direito comparado. Buscou-se garantir a autonomia administrativa e financeira do Poder Judiciário. Assegurou-se a autonomia funcional dos magistrados. O princípio da proteção judicial efetiva configura pedra angular do sistema de proteção de direitos. Conceberam-se novas garantias judiciais de proteção da ordem constitucional objetiva e do sistema de direitos subjetivos, a exemplo da ação direta de insconstitucionalidade, da ação declaratória de constitucionalidade, da ação direta por omissão, do mandado de injunção, do *habeas data* e do mandado de segurança coletivo. A ação civil pública ganhou dimensão constitucional. A ação popular teve seu âmbito de proteção alargado.

O Judiciário, em sua atribuição constitucional, quando provocado deve assegurar que não haja qualquer violação de direitos.

O Estatuto da Criança e do Adolescente dedicou o título VI para tratar do acesso à justiça, das varas da infância e da juventude, do juiz e dos serviços auxiliares, no que diz respeito a tramitação de demandas que envolvam crianças e adolescentes. Tais disposições mostram a importância do Poder Judiciário, em especial das varas da infância e juventude, na efetivação dos direitos assegurados à crianças e adolescentes.

No que se refere ao posicionamento da jursiprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul em relação às listas de espera, o Órgão manifestase que o direito à educação infantil pública não pode sofrer nenhum tipo de restrição por parte do poder público municipal, que deve assegurar o direito sem qualquer requisito prévio.

No Acórdão proferido pela Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, nos autos da Apelação nº 70076498179 (RIO GRANDE DO SUL, 2018, https://www.tjrs.jus.br), os Desembargadores, por unanimidade, entenderam que é desnecessária a inscrição prévia em lista de espera para obtenção de vaga em educandário da rede pública municipal de esino:

APELAÇÃO CÍVEL. ECA. MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE. PRETENSÃO À VAGA EM CRECHE OU PRÉ-ESCOLA. GARANTIA CONSTITICIONAL DE ACESSO À EDUCAÇÃO INFANTIL. OPERACIONALIDADE DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS. FATOR DE RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL. ORDEM DE CUMPRIMENTO SOB PENA DE BLOQUEIO DE VALORES.

É preponderante o dever de conferir efetividade às garantias constitucionais essenciais, entre elas o direito à educação e à proteção dos menores. A inexistência de prévia inscrição da criança nas listas de espera do Município para obtenção de vaga em escola de ensino infantil não é requisito de admissibilidade do correspondente pedido judicial, porquanto não se faz necessário o esgotamento da via administrativa quando não há garantia de atendimento da postulação sem a intervenção judicial. Deferido, na hipótese, pedido para que a garantia ao ensino infantil seja prestada plenamente enquanto perdurar a necessidade.

RECURSO DESPROVIDO.

[...]

Não se aplica, *in casu*, o princípio da reserva do possível – *submissão dos direitos fundamentais prestacionais aos recursos existentes* –, sobrepondose a ele, isso sim, o princípio da máxima efetividade da Magna Carta, ou seja, o dever do Estado em promover o bem-estar social, pelo qual se conferem às normas constitucionais sentido amplo de eficácia, ou operacionalidade prevalente, como preconizado por Joaquim Gomes Canotilho, sob pena de admitir-se um retrocesso na ordem institucional dos direitos fundamentais.

Outrossim, não há cogitar a necessidade de esgotamento da via administrativa para a realização da garantia constitucional em comento judicialmente.

Essa conclusão se justifica na medida em que, não obstante se tratar de garantia constitucional a disponibilização de vagas para a educação infantil a todas as crianças residentes em cada Município, atualmente não há segurança jurídica de que a pretensão seja efetivamente atendida na sede administrativa.

E, sopesadas essas circunstâncias, não se me afigura razoável restringir a possibilidade de realização do direito pleiteado como operado na decisão hostilizada ou na anterior decisão liminar que antecipou a tutela, devendo o Município fornecer vaga em escola de ensino infantil da rede pública municipal próxima a sua residência, em turno integral, sob pena de bloqueio mensal de valores em conta corrente do apelado, suficientes a garantir vaga equivalente em estabelecimento de ensino infantil privado próxima a sua residência, igualmente enquanto perdurar a necessidade.

No mesmo sentido, a Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no Acórdão proferido nos autos da Apelação Cível nº 70073865412 (RIO GRANDE DO SUL, 2018, https://www.tjrs.jus.br), reconheceu, por unanimidade, o dever dos municípios em fornecer vaga em creche pública, não

podendo a norma orçamentária se sobrepor a norma constitucional:

APELAÇÃO CÍVEL. ECA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. VAGA EM CRECHE. EDUCAÇÃO INFANTIL. MUNICÍPIO DE ANTA GORDA. GARANTIA CONSTITUCIONAL DE ACESSO À EDUCAÇÃO INFANTIL.

A Constituição Federal, em seu art. 208, IV, garante ao infante de até cinco anos o direito à educação, assegurando-lhe o atendimento em creche ou pré-escola. A Lei 9394/96, que estabelece as diretrizes e bases da educação, em seu art. 11, V, atribuiu aos Municípios a competência para garantir a educação infantil. Sentença mantida. RECURSO DESPROVIDO

Não obstante a previsão do Plano Nacional de Educação, procede o pedido, porquanto se trata aqui de direito fundamental social que deve ser, efetivamente, assegurado pelo ente público municipal, qual seja, o atendimento em creche das crianças, nos termos do inciso IV do art. 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente e do inciso IV do art. 208 da Constituição Federal.

Em vista disto, qualquer norma que disponha acerca da previsão orçamentária ou etapas administrativas de admissão para a vaga não pode se sobrepor aos direitos e garantias fundamentais, aí incluída a educação, conforme artigo 6º, da Constituição Federal.

[...]

Assim, cuidando-se de fornecimento de vagas em creche ou pré-escola para crianças, não pode ser afastada a responsabilidade do Município de Anta Gorda, que deve providenciar a inserção das crianças na rede pública de ensino, mantida destarte a sentença recorrida.

[...]

Portanto, incube ao ente público municipal realizar, de imediato, as providências determinadas, assegurando e garantindo a efetividade dos direitos previstos na Constituição.

Do exposto, nego provimento ao recurso.

Ademais, conforme Acórdão proferido pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 70064086564, proposta pelo Procurador-Geral de Justiça do Estado em desfavor do Município e da Câmara de Vereadores de Canoas (RIO GRANDE DO SUL, 2015, https://www.tjrs.jus.br), por unanimidade, os desembargadores declararam inconstitucional a Lei Municipal nº 5.793/13, que criava critérios de seleção e preferência para distribuição das vagas na educação infantil, tais como: prioridade às crianças vinculadas a famílias de menor poder aquisitivo, comprovação de renda de ambos os pais ou responsáveis, comprovação de insuficiência de recursos, bem como o sorteio de vagas:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MUNICÍPIO DE CANOAS. LEI MUNICIPAL 5.456/09 COM A REDAÇÃO CONFERIDA PELA LEI MUNICIPAL N.º 5.793/13. PRELIMINARES DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO E DESCABIMENTO DA ANÁLISE DA LIMINAR DE FORMA MONOCRÁTICA. REJEIÇÃO DAS PREFACIAIS. CRITÉRIOS PARA SELEÇÃO DAS CRIANÇAS A SEREM ATENDIDAS PELAS ESCOLAS DE

EDUCAÇÃO INFANTIL DO MUNICÍPIO. A negativa ou obstaculização do acesso do menor à educação infantil implica violação ao direito constitucional à educação. É dever do poder público municipal assegurar aos infantes vaga em creche ou pré-escola. Se a demanda de crianças é superior à oferta de vagas, deve o ente público providenciar a adoção de medidas que garantam a inserção dos menores em estabelecimento de ensino, seja através de vaga no ensino privado, seja construindo novas creches e escolas. Impossibilidade de condicionamento da garantia do acesso à educação infantil ou de discriminação com relação aos destinatários da norma. Ofensa aos arts. 205; 206, I; 208, IV E § 1º, e 227 da Constituição Federal, c/c com os arts. 8º, caput; 196; 197, I e IV; 199, I, e 200, § 1º, da Constituição Estadual. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente.

[...]

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, que tem por objeto parte da Lei Municipal n.º 5.456, de 17 de dezembro de 2009, a qual dispõe sobre a matrícula em vagas públicas para os níveis de ensino infantil e fundamental regulares de educação, com a redação conferida pela Lei Municipal n.º 5.793, de 04 de dezembro de 2013, ambas do Município de Canoas. Sustenta que os dispositivos atacados obstaculizam a efetivação do direito social à educação, previsto expressamente nos artigos 196, 197, inc. I, 199, inc. I, alíneas "a" e "b", inc. III, 200, "caput" e §1°, 211, "caput" e §2°, e 215, "caput" e §1°, todos da Constituição Estadual. Aduz que houve a afronta aos artigos 1º e 8º da Constituição Estadual c/c artigos 6°, "caput", 205, 206, inc. 1, 208, incs. 1 e IV. e 227, todos da Constituição Federal e que toda e qualquer criança possui o direito de ter acesso à educação fornecida pelo Estado. gratuitamente, independente de sua condição econômica, sendo vedada discriminação e/ou diferenciação de tratamento. Requereram a concessão de liminar, com a suspensão da vigência do art. 10, "caput", parte final ("com prioridade às crianças vinculadas a famílias de menor poder aquisitivo"); do art. 11, "caput", parte final, e §§ 1º e 2º ("além da comprovação de renda de ambos os pais ou responsáveis" e "e que comprovem insuficiência de recursos"); do art. 17, "caput", parte final, e §2º ("não havendo garantia de alocação da totalidade dos candidatos ordenados pelo sorteio"); do art. 13, "caput", §1º, incs. I e II, §2º; e do art. 26-A, todos da Lei Municipal n.º 5.456, com as modificações inseridas pela Lei n.º 5.793, ambas do Município de Canoas.

[...]

É dever do Poder Público municipal assegurar aos infantes vagas em creche ou pré-escola. Se a demanda de crianças é superior à oferta de vagas, deve o ente público providenciar a adoção de medidas que garantam a inserção dos menores nos estabelecimentos de ensino. Impossível é haver ato normativo inferior que reduza ou condicione a garantia constitucional do acesso à educação infantil, ou, ainda, que discrimine os destinatários da norma.

Į....

Por tais razões, rejeito as preliminares e julgo procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade do art. 10, "caput", parte final ("com prioridade às crianças vinculadas a famílias de menor poder aquisitivo"); do art. 11, "caput", parte final, e §§ 1º e 2º ("além da comprovação de renda de ambos os pais ou responsáveis" e "e que comprovem insuficiência de recursos"); do §2º ("não havendo garantia de alocação da totalidade dos candidatos ordenados pelo sorteio") do art. 17, e; do art. 13, "caput", §1º, incs. I e II, §2º; e do parágrafo único do art. 26-A, todos da Lei Municipal n.º 5.456, com as modificações inseridas pela Lei n.º 5.793, ambas do Município de Canoas, determinando a sua retirada do ordenamento jurídico.

Da análise das decisões é possível afirmar que, no mesmo entendimento do

Ministério Público Estadual, a posição da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul é de que a educação infantil é direito que não deve sofrer restrições, de que não há a necessidade da criança aguardar em lista de espera para fornecimento da vaga, devendo o município disponibilizá-la tão logo seja solicitada, bem como de que são inconstitucionais legislações que criam critérios ou requisitos para distribuição das vagas nas escolas municipais de educação infantil.

5 CONCLUSÃO

Inicialmente, o presente trabalho abordou o direito fundamental à educação infantil, discorrendo sobre o contexto histórico do acesso de crianças à educação infantil, o direito à educação infantil no Direito da Criança e do Adolescente e a garantia de acesso universal à educação infantil nas políticas públicas municipais de atendimento.

Verificou-se que a educação no Brasil teve início com sua colonização em meados do século XVI, quando padres jesuítas chegaram ao território com a incumbência de catequização da população indígena.

No século XVII foi trazida ao Brasil a Roda dos Expostos, cultura assistencialista voltada ao estudo da religião católica, sendo que somente crianças das classes privilegiadas possuíam acesso aos estudos da ciência e demais ramos do conhecimento.

As primeiras creches surgiram somente no século XX, com o propósito de acalmar a população que era intolerante à exploração do trabalho, elas são assistencialistas e destinadas para que os pais pudessem realizar suas atividades laborais.

A educação infantil foi trazida pela Constituição Federal de 1988 como um direito fundamental social, criando uma obrigação positiva por parte do Estado na promoção de políticas públicas para o desenvolvimento de condições reais de acesso às escolas de educação infantil pública.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, a Lei de Diretrizes Básicas da Educação Nacional e o Plano Nacional de Educação vieram para reafirmar o disposto na Constituição Federal, podendo-se afirmar que, analisando o contexto histórico da educação infantil no Brasil, com o passar das décadas o país evoluiu e criou mecanismos e exigência desse direito, principalmente com o advento da Constituição Federal de 1988.

Com relação à educação infantil no Direito da Criança e do Adolescente, a teoria da proteção integral traz que crianças e adolescentes são sujeitos de direitos e gozam de prioridade absoluta na efetivação desses em todas as esferas.

Para concretização do direito à educação infantil são necessárias políticas públicas para disponibilização do direito com qualidade, de modo que atenda todas as necessidades desses cidadãos de direito.

Quanto a garantia de acesso universal à educação infantil nas políticas públicas municipais de atendimento, o poder público municipal, dentro de suas atribuições, deve verificar as demandas locais e elaborar e executar políticas públicas voltadas a supri-las. Tais ações devem ser realizadas em conjunto com os órgãos de garantias de direitos de crianças e adolescentes e da educação, como as secretarias municipais de educação, conselhos municipais de educação e conselhos de direitos da criança e do adolescente.

No segundo capítulo foi analisada a utilização de listas de espera como requisito de acesso à educação infantil pública no contexto das políticas de atendimento às crianças, os critérios de classificação e publicização dessas listas e os procedimentos para garantia de acesso imediato às escolas municipais de educação infantil.

Como política de atendimento à educação infantil destaca-se a Meta 1 do Plano Nacional de Educação, a qual criou estratégias para concretização do direito à educação infantil, bem como norteou a organização das políticas de atendimento em cada município.

Em alguns municípios, as listas de espera para acesso à educação infantil fazem parte dessas políticas, criando critérios para disponibilização das vagas como condição economia da família ou trabalho dos pais. Contudo, não se pode aceitar tais listas, uma vez que a educação infantil constitui direito da criança, tutelando seu desenvolvimento educacional, independente de qualquer requisito.

Ainda em relação aos critérios de classificação, bem como a publicização das listas de espera, em que pese o texto constitucional não traga nenhuma restrição ao direito à educação infantil, diversos municípios criam, através de decretos ou leis municipais, critérios de seleção e/ou preferência para acesso as vagas disponíveis na rede pública de ensino.

Todavia, tais critérios acabam por se constituir uma violação de direitos, pois a Constituição Federal ou leis infraconstitucionais não trazem qualquer distinção para o exercício do direito à educação infantil, devendo os administradores públicos prezarem pelo cumprimento da obrigação constitucional, sob pena de responsabilidade.

Ainda, o princípio da publicidade, também insculpido na Constituição Federal, assegura que os atos do poder público poderão ser acessados por todos, salvo se o sigilo for imprescindível, sendo que as listas de espera, embora ilegais, mas como

ato do poder público também seguem tal princípio, devendo estar à disposição de qualquer interessado. Caso haja impedimento de acesso, o remédio constitucional adequado é o *Habeas Datas*, conforme artigo 5°, LXII, da Constituição Federal.

Com relação aos procedimentos para garantia de acesso à educação infantil nas escolas municipais de educação infantil, o Conselho Tutelar possui importante papel na busca de concretização do direito, com atribuição para requisitar administrativamente a vaga ao Executivo e, no caso da negativa, informar o Ministério Público.

Ao direito à educação infantil ou à disponibilização da vaga cabe a judicialização, como forma de obrigar o Poder Público a cumprir com seu dever constitucional, que pode ser feito através do Mandado de Segurança, da Ação Ordinária de Obrigação de Fazer e da Ação Civil Pública.

Portanto, a Constituição Federal, o Estatuto da Criança e Adolescente e demais legislações infraconstitucionais, por diversos procedimentos e ações, criam mecanismos para garantia de acesso à educação infantil nas escolas municipais de educação infantil.

No terceiro capítulo, discorreu-se sobre os estudos de caso em relação as listas de espera na educação infantil municipal, a posição do Ministério Público do Rio Grande do Sul e de como o tema é tratado pela jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Foi verificado que uma das principais alegações dos municípios é a insuficiência orçamentária, que impede a criação de novas vagas na rede pública ou a compra de vagas na rede privada, todavia, tal alegação constitui violação do princípio da prioridade absoluta de crianças e adolescentes.

Como estudos de casos, analisou-se o Decreto Municipal nº 9.908, do Município de Santa Cruz do Sul, o qual normatizou a central de vagas e regulamentou os critérios prioritários para o acesso às vagas na educação infantil do Município, e o Decreto nº 03/2018, do Município de Encantado, que estabeleceu critérios para inscrição de vagas nas escolas municipais de educação infantil.

Com relação ao Decreto Municipal de Santa Cruz do Sul, verificou-se que o mesmo criou critérios de priorização da disponibilização, buscando a organização do atendimento, mas também restringiu o acesso à educação de crianças que não se enquadram no estabelecido, tornando-se totalmente ilegal.

O Decreto do Município de Encanto também é ilegal e, ainda, remete-se a ideia de assistencialismo das escolas de educação infantil, a qual reta totalmente superada após a Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Sobre ambas as legislações não foram encontradas no site do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul a tramitação de ações discutindo a (i)legalidade.

Também se verificou que o Município de Canoas, através da Lei Municipal nº 5.793/2013, também havia criado critérios para acesso à educação infantil, contudo, tal Lei foi declarada inconstitucional pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

Ademais, foi averiguado que a posição do Ministério Público do Rio Grande do Sul em relação às listas de espera é que o direito a educação infantil não deve sofrer restrições, bem como no sentido de impor aos municípios do Estado o dever de criação de políticas públicas para atendimento integral da demanda e extinção das listas de espera, conforme demonstrado pelos diversos termos de ajustamento de conduta propostos, como, por exemplo, com os Municípios de Unistalda, Xangri-lá e Chapada, bem como pelas ações civis públicas ajuizadas, por exemplo, contra os Municípios de Santo Antônio da Patrulha e Campo Bom.

Por fim, da análise da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul em relação às listas de espera, pode-se afirmar que o entendimento do Tribunal é no sentido de que a educação infantil é direito que não deve sofrer restrições, de que não há necessidade do aguardo em lista de espera para fornecimento da vaga, devendo o município disponibilizá-la tão logo seja solicitada, bem como de que são inconstitucionais legislações que criam critérios ou requisitos para distribuição das vagas nas escolas municipais de educação infantil.

Portanto, diante do histórico do direito à educação infantil no Brasil, do disposto na Constituição Federal, no Estatuto da Criança e do Adolescente e demais legislações infraconstitucionais, à luz da teoria da proteção integral, das posições do Ministério Público do Rio Grande do Sul e do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, conclui-se pela ilegalidade a necessidade de aguardo em lista de espera para acesso à educação infantil pública.

REFERÊNCIAS

ARANTES, Paulo Henrique de Oliveira. **Perspectivas de atuação do Ministério Público nas lutas pela efetividade do direito à educação infantil**. 2011. Dissertação (mestrado) - Universidade Estadual Paulista, Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Franca, 2011. Disponível em: https://repositorio.unesp.br. Acesso em: 19 out. 2017.

BARRETO, Ângela Maria Rabelo Ferreira. A educação infantil no contexto das políticas públicas. **Revista Brasileira de Educação**, Rio de Janeiro, p. 53-65, jun. 2003. Disponível em < http://www.scielo.br>. Acesso em: 22 abr. 2018.

BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 24 jul. 1985. Disponível em http://www.planalto.gov.br. Acesso em: 15 abr. 2018. . Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário** Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br. Acesso em: 06 nov. 2017. . 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] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 13 jul. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br. Acesso em: 06 nov. 2017. . Lei nº 9394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da Educação Nacional. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 20 set. 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br. Acesso em: 06 nov. 2017. . Lei nº 9.507, de 12 de novembro de 1997. Regula o direito de acesso a informações e disciplina o rito processual do habeas data. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 12 nov. 1997. Disponível em < http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 22 abr. 2018. . Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5°, no inciso II do § 3° do art. 37 e no § 2° do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei no 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei no 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei no 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 18 Nov. 2011. Disponível em http://www.planalto.gov.br. Acesso em: 22 abr. 2018

_____. Lei nº 13005, de 25 de junho de 2014. Aprova o Plano Nacional de Educação - PNE e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 25 jul. 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br. Acesso em: 06 nov. 2017.

CANOAS. Lei nº 5.793, de 04 de dezembro de 2013. Altera a Lei nº 5.456, de 17 de dezembro de 2009, que dispõe sobre a matrícula em vagas públicas para os níveis de ensino infantil e fundamental regulares de educação no município de Canoas. Canoas, RS, 04 dez. 2013. Disponível em: https://leismunicipais.com.br. Acesso em: 22 de abr. 2018

CORRALO, Giovani da Silva. O poder municipal na elaboração e execução de políticas públicas. **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, p. 116-130, jan. 2012. Disponível em: https://online.unisc.br. Acesso em: 08 nov. 2017.

COSTA, M. M. M. da. A educação como uma direito fundamental para o pleno exercício da cidadania. In: REIS, J. R. Dos (Org.); LEAL, R. G. (Org.). **Direitos sociais & políticas públicas**: desafios contemporâneos. t. 6. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2006. p. 1709-1729.

______.; PORTO, R. T. C. **Revisando o ECA**: notas críticas e observações relevantes. Curitiba: Multideia, 2013.

CUSTÓDIO, André Viana. **Direito da criança e do adolescente**. Criciúma: UNESC, 2009.

_____. As atribuições dos conselhos de direitos da criança e do adolescente para controle e efetivação de políticas públicas. In: COSTA, M. M. M. da (Org.); LEAL, M. C. H. (Org.). **Direitos sociais & políticas públicas**: desafios contemporâneos. t. 15. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2015. p. 07-23.

ENCANTADO. **Decreto nº 03/2018, de 09 de janeiro de 2018**. Estabelece Critérios para a inscrição de vaga nas Escolas Municipais de Educação Infantil do Município de Encantado. Encantado, RS, 09 jan. 2018. Disponível em: http://www.encantado-rs.com.br. Acesso em: 20 mai. 2018.

FONSECA, Antônio Cezar Lima da. **Direitos da criança e do adolescente**. São Paulo: Atlas, 2011.

LIMA, Maria Cristina de Brito. **A educação como direito fundamental**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. Curso de direito constitucional. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MOTA, Elias de Oliveira. **Direito educacional e educação no século XXI**: comentários à nova lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional. Brasília: UNESCO, 1997.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. **Termo de Ajustamento de Conduta IC. 00949.0009/2007**. Capão da Canoa, 06 de maio de 2008. Disponível em: https://www.mprs.mp.br. Acesso em: 22 abr. 2018.

Termo de Ajustamento de Conduta IC. 00742.00020/2012. Carazinho, 27 de agosto de 2012. Disponível em: https://www.mprs.mp.br . Acesso em: 22 abr. 2018.
Termo de Ajustamento de Conduta IC.00864.00087/2011. Santa Maria, 13 de novembro de 2015. Disponível em: http://transparencia.mprs.mp.br . Acesso em: 22 abr. 2018.
RANIERI, Nina Beatriz Stocco. O direito educacional brasileiro no sistema jurídico brasileiro. In: GREMAUD, A. P et al. Justiça pela qualidade na educação . São Paulo: Saraiva, 2013. p. 55-103.
REDIN, G.; VIEIRA, A. O direito à cidade e a possibilidade de judicialização do direito à educação para eficácia social do direito humano social a partir do local. Revista Brasileira de Direito , Passo Fundo, v. 8, n. 2, p. 136-147, out. 2012. Disponível em: https://seer.imed.edu.br . Acesso em: 05 nov. 2017.
REIS, S. da S.; COSTA, M. M. M. da. Cidadania, participação e capital social na gestão de políticas públicas. Revista do Direito , Santa Cruz do Sul, p. 173-187, jan. 2009. Disponível em: https://online.unisc.br . Acesso em: 08 nov. 2017.
RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 70064086564 . Proponente: Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Requeridos: Município de Canoas e Câmara de Vereadores do Município de Canoas. Interessado: Procurador-Geral do Estado. Relator: Vicente Barrôco de Vasconcellos. Porto Alegre, 21 de setembro de 2015. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br . Acesso em: 22 abr. 2018.
Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento nº 70008934168 . Agravante: Município de Santo Antônio da Patrulha. Agravado: MP. Relator: Nelson Antônio Monteiro Pacheco. Porto Alegre, 21 de outubro de 2004. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br . Acesso em: 22 abr. de 2018.
Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento nº 70013005954 . Agravante: M.M. Agravado: C.T. Agravado: MP. Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Porto Alegre, 30 de novembro de 2005. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br . Acesso em: 22 abr. 2018
Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento nº 70066218645 . Agravante: M. C. B. Agravado: M.P. Interessado: C. H. Relator: José Pedro de Oliveira Eckert. Porto Alegre, 22 de novembro de 2015. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br . Acesso em: 22 abr. 2018.
Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70073865412 . Apresentante: J. A. D. Apelante: M. A. G. Apelado: MP. Relatora: Liselena Schifino Robles Ribeiro. Porto Alegre, 30 de agosto de 2017. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br . Acesso em: 22 abr. 2018.
Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70076498179 . Apelante: M. P. A. Apelado: K. P. P. Relatora: Liselena Schifino Robles Ribeiro. Porto Alegre, 08 de março de 2018. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br . Acesso em: 22 abr. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Reexame Necessário nº 70011117165**. Apresentante: J. V. I. J. C. Autor: MP. Réu: M.C. Relatora: Maria Berenice Dias. Porto Alegre, 27 de abril de 2005. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br. Acesso em: 22 abr. 2018.

SANTA CRUZ DO SUL. **Decreto Municipal nº 9.908, de 17 de outubro de 2017**. Normatiza a Central de Vagas e regulamenta os critérios prioritários para o acesso às vagas na Educação Infantil na Rede de Escolas Municipais e nas instituições credenciadas ao Município de Santa Cruz do Sul. Santa Cruz do Sul, RS, 17 out. 2017. Disponível em: http://www.santacruz.rs.gov.br. Acesso em: 22 abr. 2018.

SARLET, I. W.; MARINONI, L. G., MITIDIERO, D. Curso de direito constitucional. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SCHIMIDT, João Pedro. Para entender políticas públicas: aspectos conceituais e metodológicos. In: REIS, J. R. Dos (Org.); LEAL, R. G. (Org.). **Direitos sociais & políticas públicas**: desafios contemporâneos. t. 8. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2008. p. 2307-2333.

SILVA, D. A; SCARLATTO, E. C; LEITE, C. F. A educação infantil no âmbito do plano municipal de educação de Aguaí-SP: Desafios. 2015. Congresso de educadores. 2015. Disponível em

http://200.145.6.217/proceedings_arquivos/ArtigosCongressoEducadores/5911.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2018.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**.15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.