

# Creche: Direito da Criança ou da Mãe Trabalhadora?

---

Elida Séguin<sup>1</sup>  
Priscila Pimentel<sup>2</sup>  
César Padilha<sup>3</sup>

## Resumo

Neste artigo os autores discorrem sobre vários enfoques do cuidado com crianças de tenra idade, no período em que as mães se ausentam para trabalhar, tendo como foco as decisões judiciais. Uma das opções é a creche, que sintetiza o cumprimento primeiro do direito fundamental da criança à educação, ao mesmo tempo em que é também forma de viabilizar a permanência das mães no mercado de trabalho.

A dogmática ao erigir um direito ao patamar constitucional, não o faz de forma estanque, como direito fechado em si mesmo, mas sim o conjugando com todos os demais direitos do cidadão, como o direito ao trabalho, o direito da mulher, o direito à igualdade e à Justiça, numa sinergia e autopoiese jurídica.

A adequada iniciação da criança à educação básica garante o melhor desenvolvimento de suas capacidades, dando-lhe instrumentos para ser parte ativa da sociedade em que vive. O presente estudo visa articular alguns direitos que se interligam tendo como ponto comum a creche, a criança e seus pais, que, hoje, têm plena consciência de que o futuro daquela depende de ensino continuado, e que esta educação será melhor transmitida, quanto antes houver a inserção do infante na creche.

**Palavras-chave:** Políticas públicas; creche; direito da criança; direito da mãe trabalhadora.

## Abstract

In this article the authors discuss several approaches to care with young children, when mothers are away to work. One of the objections is to leave the child in the nursery, which summarizes the performance of the first child fundamental right to education, in the same time it is also a way to keep mothers in the labor market.

Dogmatics the right to erect a constitutional level, does not watertight, as the law closed in on itself, but combining with all the other citizen's rights, such as the worker right, the woman right, the right to equality and Justice, a legal autopoiesis and synergy.

Proper initiation of child to basic education ensures the optimal development of his capabilities, giving you tools to be an active part of the society in which he lives. This study aims to articulate some rights that are interconnected with common point as the nursery, children and their parents who, today, is well aware that the future depends on continued

---

<sup>1</sup> Advogada. Defensora Pública do Estado do Rio de Janeiro. Doutora em Direito Público, Membro da Associação Professores de Direito Ambiental do Brasil (APRODAB), do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública (IBAP) e do Instituto de Advogados do Brasil (IAB). Professora Adjunta da UFRJ (aposentada) Professora do Curso de Direito Ambiental da OAB-RJ. Autora de livros e artigos. Contato: elidaseguin@gmail.com.

<sup>2</sup> Assistente Social. Pós-Graduanda da UERJ.

<sup>3</sup> Advogado. Assessor jurídico concursado da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro.

education, and that education will be better conveyed, as before there is the insertion of the infant in daycare.

**Keywords:** Public policies; daycare; child's right; working mother's right.

## Introdução

No dia 1º de abril de 2013, a presidenta Dilma Rousseff afirmou, no programa de rádio “Café com a Presidenta”, que o governo tem o compromisso de construir seis mil creches até o final de 2014. Segundo ela, desde o início do governo, 612 creches foram construídas e 2.568 já tiveram suas obras iniciadas, existindo ainda a previsão de construção de outras 2.217 creches.<sup>4</sup>

No mês de maio, passou por nossas mãos o Processo nº 0040593-86.2011.8.19.0000, referente a um Mandado de Segurança interposto pelo Defensor Público em exercício junto ao Juízo de Direito da Vara da Infância, Juventude e do Idoso da Comarca de Niterói, onde o direito exigido era matrícula em creche próxima a residência da criança. A nosso ver, a celeuma estava centrada na obrigação municipal em estabelecer e manter política pública de assistência materno infantil e não apenas garantir o acesso à educação, posto que os dois objetivos estão entrelaçados, mas permanecem distintos.

280

Por liminar, foi determinada a matrícula em creche próxima a residência da criança, ou, caso não fosse possível, a matrícula em outro estabelecimento assegurado o transporte gratuito, tendo em vista que o direito à educação é essencial ao desenvolvimento da criança, devendo ser atendido no seu melhor interesse (art. 208, IV da CF<sup>5</sup> e art. 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA<sup>6</sup>). Decisão monocrática da desembargadora Cláudia Pires dos Santos Ferreira revogou a liminar, fulcrado no art. 6º, § 5º, da Lei nº 12.016/2009.

Simultaneamente, lemos, no informativo do STJ de 08.04.2013, pronunciamento da Ministra Eliana Calmon, no III Curso de Iniciação Funcional de Magistrados, conclamando os Juízes a “conformarem a Poder Judiciário do futuro em sintonia com os anseios da sociedade brasileira”. Prosseguiu a ilustre e ilustrada Ministra afirmando estar convencida que “o Judiciário poderá mudar os destinos de nosso país e é essa a função do magistrado do século XXI”. Cobrando da magistratura que assuma as prerrogativas estipuladas pela Constituição Federal de 1988, posto que o “juiz fazedor de processo é coisa do passado” Enfatiza que, hodiernamente, o magistrado tem de atuar politicamente, participando da administração da Justiça, e “tem de ser consequente em suas decisões. Por isso não pode mais ficar isolado”. E muito menos inerte, acrescentamos.

<sup>4</sup> <http://blog.planalto.gov.br/nosso-compromisso-e-construir-6-mil-creches-ate-o-final-de-2014-afirma-dilma/>

<sup>5</sup> Art. 208 - É dever do Estado com a educação mediante a garantia de: IV - Educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade.

<sup>6</sup> Art. 54 - É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente: IV - atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade;

Estes três fatos nos levaram a meditar sobre o direito à creche e a escrever este artigo, sem ter a pretensão de esgotar o tema, mas pontuando a posição do judiciário ante um novo modelo de estado.

## Aspectos Constitucionais

As normas são mais que meras recomendações ao gestor público, que pelo Princípio da Legalidade deve densificar tais comandos através de políticas públicas e ações governamentais para garantir os direitos previstos na Carta Magna, entre eles a proteção à criança e ao adolescente, os direitos da mulher ao trabalho e a família. Neste sentido, Canotilho e Vital Moreira ensinam que:

“O Estado não é sujeito da Constituição, é seu objecto; não dispõe da Constituição, é por ela comandado. Conquista maior do constitucionalismo desde o séc. XVIII, a submissão do Estado a uma lei fundamental faz parte da própria ideia de Constituição.” Acerca da legalidade democrática, ensina o autor em outro ponto que “abrange não apenas as regras do Estado de *direito democrático* a que se refere o nº 2, mas também a ideia da submissão das autoridades públicas à lei em geral, de acordo com o *princípio da legalidade* ou, mais amplamente, o *princípio da juridicidade* (...)” Prossegue adiante: “A CRP determina a invalidade não só das leis, mas também de outros actos do Estado (...), no caso de serem desconformes com a Constituição, no mesmo pé que os actos legislativos”.<sup>7</sup>

A carência de vagas em creches, lamentavelmente, é fato corrente e corriqueiro em várias regiões do país, já tendo sido objeto de vários procedimentos judiciais, inclusive Ação Civil Pública proposta pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, para garantir a disponibilização de vagas em creches públicas.<sup>8</sup>

O STF reconheceu a auto-aplicabilidade do art. 208, IV, da CF, afastando o argumento que se trata de norma programática, e que é dever do Estado de assegurar o atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade.<sup>9</sup> Inegavelmente, a educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível para assegurar às crianças desenvolvimento integral, como primeira etapa do processo de educação básica. Aquele tribunal reconheceu, em outro processo, que os Municípios não podem “demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado” e que este mandato “representa

<sup>7</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, editoras Coimbra/RT, 2007, p.216-217.

<sup>8</sup> TJSP APL 2215229020098260000. SP 0221522-90.2009.8.26.0000.

<sup>9</sup> AI 761908 RG, Rel. Min. LUIZ FUX, julg. em 24/05/2012, Acórdão Eletrônico DJe-155 divulg 07-08-2012 public 08-08-2012.

fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais”, que “não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social” acrescentando que o “descumprimento de políticas públicas definidas em sede constitucional: hipótese legitimadora de intervenção jurisdicional”.<sup>10</sup> Ou seja, município que não garante o direito à creche pode sofrer intervenção.

O direito a matrícula em creches e pré-escolas é matéria pacífica nos Tribunais Superiores,<sup>11</sup> que além da previsão no art. 208 da CF e no ECA, encontra respaldo na Lei de Diretrizes e Bases da Educação (art. 11, V). Estes dispositivos atribuem ao Ente Público o dever de assegurar o atendimento de crianças de zero a seis anos de idade em creches e pré-escolas.<sup>12</sup> No entanto, a Min. Carmen Lucia foi além ao reconhecer que seu desatendimento, considerado como “direito universal, justifica a intervenção do Poder Judiciário.”<sup>13</sup>

## Da Responsabilidade Pública Solidária

A responsabilidade solidária frequenta os tribunais, na rubrica de “concessão de medicamentos”. É reconhecida pela jurisprudência, reiterada e pacificamente, entre os diversos entes federativos pelo encargo ao direito à saúde integral, previsto no art. 196 da CF, apesar dos estados e municípios tentarem eximirem-se. Sob a ótica do direito à creche tem-se um novo enfoque: a delegação de uma atividade pública exige o delegante de responsabilidade? Na hipótese do processo 0040593-86.2011.8.19.0000, o Município de Niterói tentou driblar sua responsabilidade alegando que a atividade fora delegada para outra pessoa jurídica. Fica claro para nós que a responsabilidade do Chefe do Executivo municipal, em relação ao dever de viabilizar o amplo acesso à educação infantil não pode ser excluída, ainda que a delegação tenha ocorrido por de lei. Delega-se o fazer, mas não a responsabilidade. A delegação, mesmo tendo o delegatário personalidade jurídica distinta, não exclui a Administração direta (leia-se Prefeito e Secretário Municipal de Educação) de sua atribuição constitucionalmente imposta, que permanece sob a forma de responsabilidade solidária, em que o credor da obrigação pode optar a quem processar.

<sup>10</sup> ARE 639337 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, 2ª Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-177 DIVULG 14-09-2011 Public 15-09-2011 Ement Vol-02587-01 PP-00125, foi citado como precedente a ADI 1.484/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO.

<sup>11</sup> AI 592075 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 19/05/2009, DJe-104 divulg 04-06-2009 Public 05-06-2009 Ement Vol-02363-11 PP-02204 RT v. 98, n. 887, 2009, p. 172-174.

<sup>12</sup> AgRg no REsp 1198737/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, 2ª Turma, julgado em 04/11/2010, DJe 02/02/2011.

<sup>13</sup> RE 554075 AgR, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, 1ª Turma, julgado em 30/06/2009, DJe-157 Divulg 20-08-2009 public 21-08-2009 Ement Vol-02370-08 PP-01716.

O efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola devem ser universal ou estaremos diante de inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o texto constitucional.<sup>14</sup>

A omissão no efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola induz na responsabilidade solidária do Município,<sup>15</sup> que decorre das diretrizes para a população infantil local, independentemente de estarem sendo executadas por Órgão descentralizado. Ou seja, a celebração de convênio para execução de uma atividade pública não exime a responsabilidade de prefeito (inciso IV do art. 1º do Decreto-Lei 201/67).<sup>16</sup> Repetindo: o Chefe do Executivo não “lava suas mãos” entregando o seu governo, que lhe foi entregue pelo soberano voto do povo, a terceirizados, sem que as verdadeiras autoridades, Prefeito e Secretário de Educação, possam ser chamadas a Juízo para responder por ato de terceiro que descumprem preceito constitucional e desrespeitam um direito fundamental como a educação infantil.

Em outra decisão, um tribunal estadual expressamente apontou que tanto os Municípios quanto os Estados possuem responsabilidade concorrente (solidária) na atuação no sistema de ensino das crianças e adolescentes, e se o município não disponibiliza escola para atender pessoas com necessidades especiais, deverá garantir o acesso de quem precisa. Realmente, é impossível negar um direito constitucional sob o argumento de que a municipalidade – responsável solidária – não tem meios de garantir o constitucionalmente previsto, escudando-se no Princípio da Reserva do Possível. Se o atendimento demandar transportar a criança para outro local, o município terá que custear todas as suas despesas, pois somente desta forma as obrigações decorrentes do texto constitucional podem ser consideradas adimplidas.<sup>17</sup>

## Da Reserva do Possível

Com já insinuamos, outro ardil utilizado para frustrar o direito da criança à creche e ao pleno desenvolvimento é o Princípio da Reserva do Possível (*Der Vorbehalt des Möglichen*) ou Princípio da Reserva de Consistência, decorrente do conceito romano de que a obrigação impossível não pode ser exigida (*impossibitium nulla obligatio est*). Trata-se de construção doutrinária germânica, decorrente de uma ação judicial que objetivava permitir a determinados estudantes cursar o ensino superior público embasada na garantia da livre escolha do trabalho, ofício

<sup>14</sup> <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo632.htm>

<sup>15</sup> AI nº 70034151332, 8ª Câmara Cível, TJRS, Relator: Alzir Felipe Schmitz, Julgado em 05/01/2010.

<sup>16</sup> AP 409, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 13/05/2010, DJE-120 DIVULG 30-06-2010 PUBLIC 01-07-2010 EMENT VOL-02408-01 PP-00011

<sup>17</sup> TJRS – Processo Nº AI 70046230892 RS; Rel. Carlos Roberto Lofego Canibal; Julgado em 21/03/2012.

ou profissão. Naquele caso, a Suprema Corte Alemã decidiu que só é exigível do Estado a prestação em benefício do interessado, desde que observados os limites de razoabilidade.

Para muitos, os direitos sociais que demandam uma prestação de fazer estariam sujeitos à reserva do possível, numa racionalização do que o cidadão pode esperar da sociedade, estabelecendo limites estatais, em razão de condições econômicas e estruturais.

O desenvolvimento do país e a melhoria da qualidade de vida, ponto destituído de controvérsia, perpassam pela educação, não somente de um pequeno grupo de pessoas economicamente suficientes, mas de todos. A “reserva do possível” está sendo utilizada para justificar a falta ou os poucos investimentos na área da educação, o que, em médio prazo, inviabiliza o desenvolvimento e aprofunda exclusões, não podendo ser utilizado para eximir o município do dever estatal de densificar uma garantia constitucionalmente estabelecida, em especial com tantos escandalosos sobre corrupção, licitações e obras superfaturadas etc. A reserva do possível, aplicada à educação, é forma de acentuar as desigualdades, sendo vedado ao administrador público preterir este direito, posto que não se trata de juízo discricionário pendente de vontade política, mas regra constitucional a ser obedecida. Assim cabe ao Estado Juiz zelar pela Constituição Federal.<sup>18</sup>

Neste sentido, decisão do STJ que analisando a prova da inviabilidade da prestação do direito, assim se pronunciou:

Nos termos do art. 333 do CPC, cabe ao autor demonstrar a veracidade dos fatos constitutivos de seu direito (inciso I) e ao réu, invocar circunstância capaz de alterar ou eliminar as consequências jurídicas do fato aduzido pelo demandante (inciso II). Contudo, se porventura o réu apresenta defesa indireta na qual se sustenta fato impeditivo do direito da parte autora, a regra inverte-se; pois, ao aduzir fato impeditivo, o réu implicitamente admite como verdadeira a afirmação básica da petição inicial, que, posteriormente, veio a sofrer as consequências do evento superveniente levantado em contestação. Por conseguinte, as alegações trazidas pelo autor tornam-se incontroversas, dispensando, por isso, a respectiva prova (art. 334, II, do CPC). O direito de ingresso e permanência de crianças com até seis anos em creche se pré-escolas encontra respaldo no art. 208 da CF/1988. Por seu turno, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação, em seu art. 11, V, bem como o ECA, em seu art. 54, IV, atribui ao ente público o dever de assegurar o atendimento de crianças de zero a seis anos de idade em creches e pré-escolas. Em se tratando de causa impeditiva do direito do autor, concernente à oferta de vagas para crianças com até três anos e onze meses em creches mantidas pela municipalidade, incumbe

<sup>18</sup> AgRg no RE 410.715-SP, DJ 3/2/2006; do STJ: REsp 1.041.197-MS, DJe 16/9/2009; REsp 764.085-PR, DJe 10/12/2009, e REsp 511.645-SP, DJe 27/8/2009. REsp 1.185.474-SC, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 20/4/2010. informativo nº 0431. Período: 19 a 23 de abril de 2010. 2ª Turma.

ao recorrente provar a suposta insuficiência orçamentária para tal finalidade, nos termos do art. 333, II, do CPC.<sup>19</sup>

O Chefe do Executivo, como diretor da política pública para a educação, mantém o poder de determinar (replicando a Constituição) que todas as crianças têm direito a creche, pois tal Poder é indelegável, mesmo por Lei.<sup>20</sup>

Importante registrar que os conjuntos residenciais financiados pelo SFH devem, prioritariamente, construir creches e pré-escolas (art. 1º, Lei nº 8.978/1995), o que auxilia ao município cumprir com sua obrigação constitucional.

## Do Mínimo Existencial

A comunidade internacional reconhece o direito de ter direitos<sup>21</sup> e preocupa-se em minimizar as diferenças sociais, promover a inclusão social, incentivar a aceitação da pluralidade e garantir a dignidade da pessoa humana. Para tanto, metas devem ser estabelecidas e atingidas visando a um crescimento contextualizado e globalizado que extrapole o setor econômico e alcance o ser humano na sua plenitude. É pacífico que isto só acontecerá através da educação, dinamizando o desenvolvimento humano e fomentando o respeito aos Direitos Humanos. Neste sentido, a Convenção dos Direitos da Criança<sup>22</sup> que, em seu preâmbulo, considera que importa “preparar plenamente a criança para viver uma vida individual na sociedade e ser educada no espírito dos ideais proclamados na Carta das Nações Unidas e, em particular, num espírito de paz, dignidade, tolerância, liberdade e solidariedade”.

<sup>19</sup> Precedentes citados do STF: AgRg no RE 384.201-SP, DJe 3/8/2007; do STJ: REsp 575.280-SP, DJ 25/10/2004, e REsp 510.598-SP, DJ 13/2/2008. REsp 474.361-SP, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 4/6/2009.

<sup>20</sup> EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. MEDIDA CAUTELAR. PRESSUPOSTOS. RECURSO EXTRAORDINÁRIO: EFEITO SUSPENSIVO. MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO. MINISTÉRIO PÚBLICO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. GRATUIDADE DE ATENDIMENTO EM CRECHES. DETERMINAÇÃO JUDICIAL DE CONSTRUÇÃO DE CRECHES PELO MUNICÍPIO. DESPESAS PÚBLICAS: NECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO ORÇAMENTÁRIA: C.F., ART. 167. I. - Fumus boni juris e periculum in mora ocorrentes. II. - Concessão de efeito suspensivo ao RE diante da possibilidade de ocorrência de graves prejuízos aos cofres públicos municipais. III. - Decisão concessiva do efeito suspensivo referendada pela Turma. (Pet 2836 QO, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 11/02/2003, DJ 14-03-2003 PP-00042 EMENT VOL-02102-01 PP-00062)

<sup>21</sup> Interessante lembrar que o Enunciado 531, aprovados na VI Jornada de Direito Civil, determina: A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento (art. 11 do Código Civil).

<sup>22</sup> Convenção sobre os direitos da criança. Adotada pela Assembleia Geral nas Nações Unidas em 20.11.1989 e ratificada pelo Brasil, incorporada ao ordenamento jurídico através do Decreto no 99.710, de 21.11.1990. Disponível em: [http://www.unicef.br/docs/pdf\\_publicacoes/convencao\\_direitos\\_crianca2004.pdf](http://www.unicef.br/docs/pdf_publicacoes/convencao_direitos_crianca2004.pdf). Acesso em 10 de abril de 2013.

O mínimo existencial é o conjunto de bens e utilidades básicas imprescindíveis para uma vida com dignidade, tais como meio ambiente equilibrado, a saúde, a moradia, saneamento, justiça, o trabalho e a educação, entre outras coisas (art. 7º da CF). A omissão na concretização desses direitos essenciais à dignidade da pessoa humana é forma de violação, destituída de espaço de discricionariedade para o gestor público, posto que retira o mínimo existencial vital para que uma pessoa possa atingir o pleno desenvolvimento e viver com dignidade. A ampliação do núcleo essencial do direito vai determinar a qualidade de vida do grupo

O mínimo existencial está relacionado à dimensão existencial humana mais elementar, conferindo a todo cidadão a garantia constitucional de acesso a um conjunto mínimo de prestações sociais estatais (direitos fundamentais sociais), que pode tomar tanto a feição de um direito de natureza defensiva quanto prestacional, sem o qual a sua dignidade se encontraria profundamente comprometida ou mesmo sacrificada. O mínimo existencial não pode ser confundido com o mínimo necessário à sobrevivência, posto que se teria uma pessoa despida de sua dignidade e de sua humanidade.

A população, conceito quantitativo, e não apenas o povo, conceito qualitativo, tem direito às condições básicas para existir e viver com dignidade, exigindo assim a atuação positiva do Estado no sentido de garantir o mínimo vital ao ser humano.

286

O ser em formação, como a criança e o adolescente, tem necessidades distintas da pessoa adulta, que devem ser priorizadas (CF, art. 207, caput), colocando-o a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Este dever de diligência é partilhado entre a família e o estado, para garantir que se torne um adulto com capacidade intelectual e física plena.

O patamar do mínimo existencial da criança deve ser permanentemente reavaliado para que se aproxime cada vez mais do ideal imaginado pelo legislador constitucional, garantindo assim o desenvolvimento individual e da nação brasileira.

## Do Direito ao Trabalho Mínimo

O Direito ao Trabalho integra o rol dos Direitos Humanos,<sup>23</sup> posto que o labor é forma de dignidade humana. Em outro momento, foi falado que “o trabalho é elemento essencial ao bem-estar, pelo que representa de auto-expressão do indivíduo e como forma de garantir a sobrevivência própria e da família.” Concluindo que a “inexistência de trabalho ou o seu caráter precário e instável atinge a dignidade humana. O alijamento de certos grupos do mercado de trabalho, como os idosos, revela a tendência excludente de um mundo neoliberal”.<sup>24</sup> Ele é

<sup>23</sup> ALMEIDA, Fernando Barcellos de. Teoria Geral dos Direitos Humanos, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1996, p. 53 *usque* 102.

<sup>24</sup> ROBERT, Cinthia & SEGUIN, Elida. Direitos Humanos. Acesso à Justiça: um olhar da Defensoria Pública. Rio de Janeiro, Forense, 2000, p.85.



o conjunto de princípios e normas. que regem as relações laborais subordinadas, pactuadas entre empregados e empregadores, com ou sem vínculo empregatício, dentro ou fora do “chão de fábrica”.

O fenômeno da Publicização do Direito Privado, com maior intervenção do estado nas relações privadas, objetiva assegurar uma isonomia de direitos e a proteção do trabalhador. Entre os direitos a serem protegidos estão as condições laborativas femininas para que não coloquem em risco a segurança de seus filhos, banindo a prática de deixar crianças trancadas sozinhas dentro de casa, enquanto suas mães trabalhavam. Para evitar os perigos decorrentes deste atuar, a Constituição Federal atribuiu ao Poder Público o dever de proteção à criança e a assistência materno infantil, englobando o direito à creche, local onde a criança será assistida, alimentada e estimulada para atingir o seu pleno desenvolvimento.

O direito ao trabalho mínimo não pode ser obstaculizado pela omissão municipal em adotar políticas públicas de proteção e assistência materno infantil e educacionais. Inviabilizando este atuar público, a jurisprudência protege a mãe trabalhadora e a criança, reconhecendo como obrigação pública a disponibilidade desse serviço, como se depreende das decisões mencionadas neste artigo.

## Do Direito da Mulher Trabalhadora

O trabalho feminino desempenha importante papel no perfil da família brasileira, em especial quando a mulher se torna provedora. Assim, as relações de trabalho feminino refletem diretamente na família, pedra angular da sociedade.

O Direito à Maternidade, como forma de autodeterminação e auto-realização, é apontado por Tove Stang Dahl<sup>25</sup>A idade reprodutiva<sup>26</sup> feminina coincide com seu período de formação escolar e profissional, ou seja, com o tempo de vida considerado “economicamente ativo”. Estão também em idade fértil, prontas para engravidarem e terem filhos, elas não podem ser colocadas ante uma “escolha de Sofia”: maternidade ou trabalho. Para tanto é necessário que uma estrutura jurídica e social lhes dê amparo.

A conquista dos direitos trabalhistas femininos foi um marco no século XX, dentro das alterações macroeconômicas e sociais, que caracterizaram a evolução da sociedade contemporânea.<sup>27</sup> Numa rápida retrospectiva, constata-se que estas mudanças para ocorrerem tiveram que quebrar muitas resistências e tabus. Nesta luta, ao movimento feminino organizado somou-se a necessidade de um respaldo

<sup>25</sup> DAHL, Tove, Stang. O Direito das Mulheres – uma introdução do Direito Feminista, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p. 134.

<sup>26</sup> Concordamos que o direito à reprodução integra o rol dos direitos humanos (Robert e Séguin, ob.cit. p. 73), resguardado por Declarações Internacionais dos Direitos Sexuais.

<sup>27</sup> O Dia Internacional da Mulher foi adotado pelas Nações Unidas, em 1975, designado como o Ano Internacional da Mulher, para lembrar tanto as conquistas sociais, políticas e econômicas das mulheres como as discriminações e as violências a que muitas mulheres ainda estão sujeitas em todo o mundo. Em 1977, a Organização das Nações Unidas instituiu o Dia Internacional da Mulher. Fonte: [http://pt.wikipedia.org/wiki/Dia\\_Internacional\\_da\\_Mulher](http://pt.wikipedia.org/wiki/Dia_Internacional_da_Mulher).

institucional, o que aconteceu em 1988, com a promulgação da Constituição Federal. No campo político, a conquista do direito a votar e ser votada, foi reforçado pela obrigatoriedade dos partidos políticos terem um percentual de mulheres candidatas, mesmo que elas não se elejam, tanto assim, que o número de mulheres ocupando cargos eletivos não guarda proporcionalidade com o de homens. A legislação também avançou no que se refere a equidade dos salários entre homens e mulheres.

No entanto, o século XXI começou sem que as promessas fossem totalmente cumpridas. Mulheres ainda morrem de parto, por falta de assistência médica, são espancadas pelos companheiros como se integrassem um patrimônio disponível,<sup>28</sup> recebem menos, mesmo exercendo a mesma atividade masculina,<sup>29</sup> são assediadas moral e sexualmente e tem pouco acesso aos espaços de poder.

O art. 391, da CLT, veda a dispensa, sem justa causa, da empregada por contrair matrimônio ou engravidado, impedindo restrições a esse direito da mulher, o que demonstra o preconceito existente e a prática discriminatória que teve que ser vedada por lei. Aqui começa a proteção à maternidade.

O direito de licença à gestante está assegurado na Constituição de 1988 (art.7º inciso XVIII), sem prejuízo do emprego e do salário.<sup>30</sup> Cabe ao empregador pagar integralmente os salários referentes aos meses em que a empregada se encontrar afastada do serviço. Entretanto, poderá compensar os valores que pagar nessa rubrica com os que deveria recolher para a Previdência Social. Assim, ao empregador cabe, tão somente, a entrega do dinheiro, já que não incorrerá em nenhuma despesa. O Ministro Arnaldo Sussekind acredita que “se tivesse de ser ônus do empregador isso levaria à discriminação contra o trabalho da mulher.”<sup>31</sup>

<sup>28</sup> Não podemos deixar de fazer referência a Lei nº 11.340, de 07.08.2006, conhecida como Lei Maria da Penha, que criou mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher.

<sup>29</sup> No livro *Mercador de Veneza*, William Shakespeare retrata a essência da abnegação profissional e do Direito das Obrigações. A primeira, representada por Porcia, audaciosa e destemida, que, sem medir esforços, se veste de homem para atuar, com brilhantismo, como advogado na defesa de Antonio. É uma mulher a frente de seu tempo, que enfrenta a questão de gênero, mas, como profissional, demonstra ética na defesa de seu cliente, como corrobora a passagem em que o duque isenta Shylock, o argentário prestamista, da multa de metade dos seus bens para o estado. Sobre o Direito das Obrigações a peça ensina que o contrato deve ser cumprido, mas com sua interpretação mais favorável à parte mais fraca da relação, como hoje determina nosso Código de Defesa do Consumidor. Assim Shylock podia retirar uma libra da carne do corpo de Antonio, desde que não derrame nenhuma gota de seu sangue, que não constava do débito.

<sup>30</sup> A extensão do prazo de licença tem sido uma conquista paulatina, bem como o benefício alcançar também mães adotivas e não apenas as biológicas.

<sup>31</sup> - Sussekind, Arnaldo e outros. *Instituições de Direito do Trabalho*, 16. ed. Volume II, Editora LTR, São Paulo, 1996.

A vedação da dispensa de empregada gestante, mesmo se a gravidez for confirmada em período de aviso prévio, protege a trabalhadora, evitando o prejuízo de um dom natural da mulher: ser mãe.

A evolução natural dessas conquistas foi o direito à creche que, a pós a proteção pré e pós gestacional, objetiva dar condições para que a mulher prossiga na sua atividade laborativa, tranquila com a segurança de seu filho, bem cuidado em um local onde profissionais competentes zelam por sua segurança e auxiliam seu desenvolvimento. É o reconhecimento de que mulheres e crianças são sujeitos de direitos. O significado da luta das mulheres por creche está relacionado com a luta pelos direitos democráticos e com o seu ingresso e permanência no mercado de trabalho. Paralelamente, também se desenvolveu uma luta internacional pelo direito da criança e adolescente à educação plena, de qualidade e sob a responsabilidade do Estado, como atestam as convenções internacionais sobre o tema.

O inciso XXV, do art. 7º da Constituição Federal, considera um direito fundamental dos trabalhadores a assistência gratuita aos filhos e dependentes, desde o nascimento até os 5 anos de idade, em creches e pré-escolas. Assim, a creche deixou de ser vista como um “depósito de crianças” e passou a ser o local apropriado para a educação da criança desde o seu nascimento, dando suporte ao seu desenvolvimento. A educação infantil é um direito indisponível e a desobediência a esse comando constitucional é conduta ilegal, sendo dever do Estado garantir a educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 anos de idade.<sup>32</sup>

Mas, como nem tudo que está na lei integra a realidade, a falta de vagas nas creches públicas torna-se uma aflição para as trabalhadoras, divididas entre a necessidade de trabalhar fora, para prover o sustento da prole, e o dever/direito de cuidar dos filhos e da casa.

## Da Creche como Assistência Materno-infantil

O Secretário Estadual de Saúde de São Paulo, através da Portaria nº 44, aprovou Norma Técnica para Creches e Estabelecimentos Congêneres, justificando a medida por “que no Brasil morrem, diariamente, por desnutrição cerca de mil crianças nas faixas etárias de um a seis anos e que das que sobrevivem, cerca de 53% apresentam algum grau de desnutrição e como consequência, o desenvolvimento físico e a resistência às infecções ficam prejudicados;” “o binômio desnutrição infecção é o principal responsável pelas elevadas taxas de morbidade e mortalidade, assim como pelo baixo rendimento físico e mental d população brasileira” e que “a maior parte dos problemas que afetam o crescimento e desenvolvimento da criança e, até mesmo, sua sobrevivência, decorre de situação socioeconômica desfavorável”.

<sup>32</sup> <http://www.sindjudpe.org/2012/04/04/creche-um-direito-da-mulher-e-da-crianca/> acesso em 09.04.2013.

Nesta norma, define Creches e ou estabelecimentos congêneres como “instituições da Comunidade de caráter social e educativo, que atendem crianças de 0 a 6 anos e 11 meses de idade, visando a guarda, a complementação de cuidados familiares, a formação e desenvolvimento da criança.” Coloca como objetivo da norma “assegurar um espaço educativo para crianças de 0 a 6 anos e 11 meses de idade, favorecendo o seu crescimento e desenvolvimento e propiciando a construção do seu conhecimento e do mundo. Para isso deve garantir ações sociais, pedagógicas, alimentares e ambiente hígido; deve-se ainda assegurar que essas ações sejam integradas, visando não só o individual mas também a coletividade do estabelecimento.”

O efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola deve ser universal, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal.<sup>33</sup>

A vaga em creche ou pré-escola é um direito fundamental da criança e está garantido constitucionalmente (art. 208, inciso IV). O Estado assume a responsabilidade em fornecer a educação básica a todas as crianças sem distinção de sexo, cor, condição financeira, dentre outros.

O art. 389 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) determina que toda empresa, onde trabalhem, pelo menos, trinta mulheres com mais de dezesseis anos de idade, é obrigada a manter local apropriado que permita às empregadas guardar, sob vigilância e assistência, os seus filhos no período da amamentação.

Como sucedâneo, foi instituído o auxílio-creche, regulado pela Portaria nº 3.296, de 03.09.1986, do Ministério do Trabalho e Emprego, que autoriza, após prévia estipulação em acordo ou convenção coletiva, às empresas e empregadoras a adotar o sistema de Reembolso-Creche, em substituição à exigência acima mencionada, que objetiva assegurar o benefício a toda empregada-mãe, independentemente da idade e do número de mulheres empregadas no estabelecimento. Devem ser cumpridas as exigências, devendo o reembolso-creche cobrir, integralmente, as despesas efetuadas com o pagamento da creche de livre escolha da empregada-mãe, ou outra modalidade de prestação de serviço desta natureza, pelo menos até aos seis meses de idade da criança, nas condições, prazos e valor estipulados em acordo ou convenção coletiva, sem prejuízo do cumprimento dos demais preceitos de proteção à maternidade.

Na hipótese de a empresa optar pelo sistema do reembolso-creche, o benefício deve ser estendido a toda empregada-mãe, independentemente do número de mulheres do estabelecimento, atentando-se que a implantação depende de prévia estipulação em acordo ou convenção coletiva (exceto aos órgãos e às instituições paraestatais mencionadas no artigo 566 da CLT), devendo ser comunicado à

<sup>33</sup> <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo632.htm>, acesso em 09.04.2013.

Delegacia Regional do Trabalho (DRT) e a ela remetida cópia do documento explicativo de seu funcionamento.<sup>34</sup>

A obrigação de manter creche pode também ser suprida com creches distritais mantidas, diretamente ou mediante convênios, com outras entidades públicas ou privadas, pelas próprias empresas, em regime comunitário, ou a cargo do Sesi, do Sesc, da LBA ou de entidades sindicais (§ 2º, do artigo 389, da CLT). De preferência, a creche distrital deve estar situada nas proximidades da residência das empregadas ou dos estabelecimentos ou em vilas operárias (Portaria DNSHT 1/69, artigo 2º, I).

Portanto, a obrigação do empregador de manter creches ou substituí-las por convênios ou reembolsos compreende apenas o período de amamentação de seis meses (parágrafo único, do artigo 395, da CLT), podendo ser dilatado, a critério do médico do SUS ou da empresa ou do convênio.

O reembolso-creche não constitui verba de natureza salarial e sobre ele não incide a tributação de INSS ou recolhimento de FGTS, desde que o empregador tenha a cautela de exigir a comprovação do gasto efetuado, para evitar que este valor passe a integrar o salário-de-contribuição, pois somente as despesas devidamente comprovadas não são tributadas.<sup>35</sup> A lei previdenciária limitou a isenção ao reembolso para filhos com idade máxima de seis anos, se ele for paga por período superior deve ser objeto de negociação coletiva, o que o tornará obrigatório, nos termos da convenção coletiva.

Aparentemente a obrigatoriedade do empregador de manter creche ou pagar auxílio foi estendida até os cinco anos de idade da criança, em decorrência da redação dada pela Emenda Constitucional 53, de 19/12/06, ao artigo 7º, inciso XXX, apesar do dever de proporcionar o benefício permanecer sendo estatal (art. 208, IV). O empregador paga o auxílio-creche como forma de tornar o trabalho mais atrativo, como faz ao contratar planos de saúde institucionais, já que a saúde integral também é dever estatal.

Sobre o reembolso de gastos com babá, entendemos que, para crianças até seis anos, não tem natureza salarial, por se tratar de benefício social, devendo ser interpretado como benefício similar que substitui a creche. O Decreto 3.049/1999, que regulamenta a Previdência Social, determina que o reembolso-babá não integra o salário-de-contribuição para fins de incidência da contribuição previdenciária (artigo 214, § 9º, XXIX).

O Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais criou, através de Deliberação nº 05, de 18.05.1989, o Programa de Assistência Materno Infantil visando à proteção do trabalho da mulher e de mães que comprovadamente não tem condições de cuidar de seus filhos, por motivo de

<sup>34</sup> Vianna, Cláudia Salles Vilela. *Manual Prático das Relações Trabalhistas*. 8. ed. São Paulo. LTr, 2007. pág. 312.

<sup>35</sup> O Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que o auxílio-creche tem natureza indenizatória, conforme se vê da Súmula 310 de 02/05/05 (DJ, pág. 371): “O auxílio-creche não integra o salário-de-contribuição.

trabalho.<sup>36</sup> A jurisprudência tem entendido que este programa está mais ligado à proteção do trabalho da mulher que do acesso à educação da criança, tese que esposamos de forma genérica:

AÇÃO ORDINÁRIA - FALTA DE MOTIVAÇÃO DO ATO - ILEGALIDADE - DEFERIMENTO - INCLUSÃO DE DEPENDENTE NO PROGRAMA DE ASSISTÊNCIA MATERNO-INFANTIL - IPSEMG. Verificando-se que a implantação do Programa de Assistência Materno-Infantil do IPSEMG se deu visando à proteção do trabalho da mulher e que a suspensão do benefício ocorreu de forma imotivada é entender-se como nulo o ato administrativo.<sup>37</sup>

AÇÃO ORDINÁRIA - FALTA DE MOTIVAÇÃO DO ATO - ILEGALIDADE - DEFERIMENTO - INCLUSÃO DE DEPENDENTE NO PROGRAMA DE ASSISTÊNCIA MATERNO-INFANTIL - IPSEMG - REDUÇÃO HONORÁRIOS. Verificando-se que a implantação do Programa de Assistência Materno Infantil do IPSEMG se deu visando à proteção do trabalho da mulher. Segundo o artigo 20, § 4º do Código de Processo Civil, nas causas em que for vencida a Fazenda Pública, os honorários advocatícios serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas do § 3º.<sup>38</sup>

Há dez anos o Supremo Tribunal Federal julgou Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro para suspender os efeitos da antecipação de tutela, perdendo a oportunidade, em nome de uma pseudo separação de poderes, de condenar do Ente público a construir creches.<sup>39</sup>

## Do Direito à Educação

A Educação é forma de transformação social. Sri Sathya Sai Baba (extraído de seu discurso “O Propósito da Educação”) afirma

“As realizações do homem, nos campos da ciência e da tecnologia ajudaram a melhorar as condições materiais de vida. Aquilo de que precisamos hoje, entretanto, é a transformação do espírito. Educação deve servir não apenas para desenvolver a inteligência e as habilidades do homem, mas também ampliar seus pontos-de-vista e fazê-lo útil à sociedade e ao mundo em geral. Isso somente é possível quando o desenvolvimento do espírito

<sup>36</sup> Interessante observar que aqui a condição da mãe ser trabalhadora é essencial para a concessão do benefício, diferentemente da previsão estatal. Justifica-se a exigência por ser forma suplementar de assistência, permanecendo a obrigação principal com o poder público.

<sup>37</sup> TJMG – Proc. nº 100240813501670011 MG 1.0024.08.135016-7/001(1); Rel. Teresa Cristina da Cunha Peixoto; Julgado em 17/12/2009.

<sup>38</sup> TJMG – Proc. nº 100240744260400021 MG 1.0024.07.442604-0/002(1); Rel. Teresa Cristina da Cunha Peixoto; Julgado em 06/11/2008.

<sup>39</sup> Pet 2836 QO, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 11/02/2003, DJ 14-03-2003 PP-00042 EMENT VOL-02102-01 PP-00062.

é promovido concomitantemente com a educação nas ciências físicas. A educação moral e espiritual vão ensinar ao homem conduzir uma vida disciplinada.”

Na mesma esteira, é impossível deixar de citar as palavras de Rui Barbosa, de 1910, *in* “A Couve e o Carvalho”, fazendo um paralelo com o papel que a Educação representa no futuro do país:

“Enquanto Deus nos dê um resto de alento, não há que desesperar da sorte do bem. A injustiça pode irritar-se; porque é precária. A verdade não se impacienta; porque é eterna. Quando praticamos uma ação boa, não sabemos se é para hoje ou para quando. O caso é que os seus frutos podem ser tardios, mas são certos. Uns plantam a semente da couve para o prato de amanhã, outros a semente do carvalho para o abrigo futuro. Aqueles cavam para si mesmos. Estes lavram para o seu país, para a felicidade dos seus descendentes, para o benefício do gênero humano”.

“Nenhum a Menos” (China, direção Zhang Yimou, 1999) é um filme que retrata o desafio de uma professorinha que sai do lugarejo rural em que leciona, e vai ao centro urbano atrás de um aluno que abandonou a escola, pois não considera que obtenha sucesso em seu magistério, mesmo com a formação de todos os alunos da turma, se um deles não tiver concluído seus estudos.

A Constituição Federal assegura a todos o direito à educação, como dever do Estado garantir a educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até cinco anos de idade. No art. 227, prescreve que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

A Constituição do Estado do Rio de Janeiro, em seu art. 308, inciso VI determina que o dever do Estado e dos Municípios com a educação será efetivado mediante garantia de atendimento obrigatório e gratuito em creches e pré-escolas às crianças de zero a seis anos de idade, mediante atendimento de suas necessidades biopsicossociais, adequado aos seus diferentes níveis de desenvolvimento com preferência à população de baixa renda.

A educação infantil, como parte da educação básica, deve ser prestada pelo Estado a partir do momento que os pais da criança decidem colocá-la na creche. Ou seja, a criança não é obrigada a frequentar uma creche, como ocorre no ensino fundamental, mas ela tem o direito de fazê-lo, mesmo que sua mãe não trabalhe, sendo dever do Estado garantir a existência de vagas para todas as famílias que resolvam exercer esse direito. Segundo o ministro Herman Benjamin, “o direito à educação, responsabilidade do estado e da família, é garantia de natureza universal

e de resultado, orientada ao ‘pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido de sua dignidade’, daí não poder sofrer limitação no plano do exercício, nem da implementação administrativa ou judicial”.

Ainda que não fosse pela proteção ao trabalho feminino teríamos que enfrentar o direito infantil ao acesso à educação, que é um direito humano fundamental e deve ser prestado pelo Estado para promover o desenvolvimento do país e de seus cidadãos.

A educação das crianças está diretamente relacionada com a cidadania. O Estado ao afiançar o ensino está preparando o cidadão de amanhã, garantindo que este tenha pleno desenvolvimento de suas potencialidades, para vir a ser um Cidadão, que participe dos destinos do país com consciência e ética.

O direito à educação é um direito social de cidadania genuíno porque o objetivo da educação durante a infância é desenvolver todas as potencialidades do adulto em que ele se transformará. Para alguns, ele ricocheteia, pois pode ser considerado como o direito do cidadão adulto ter sido educado e atingido seu pleno desenvolvimento. Neste sentido, a jurisprudência tende a considerar esta omissão injustificável justificando a intervenção do judiciário e a aplicação de multa diária por criança desatendida,<sup>40</sup> posto que o direito à educação revela-se como um dos direitos sociais mais expressivos.<sup>41</sup> A decisão judicial de determinar a matrícula

<sup>40</sup> Criança de até cinco anos de idade. Atendimento em creche e em pré-escola. Sentença que obriga o Município de São Paulo a matricular crianças em unidades de ensino infantil próximas de sua residência ou do endereço de trabalho de seus responsáveis legais, sob pena de multa diária por criança não atendida. Legitimidade Jurídica Da Utilização Das “Astreintes” Contra O Poder Público – Doutrina. Jurisprudência. Obrigação Estatal De Respeitar Os Direitos Das Crianças. Educação Infantil. Direito Assegurado Pelo Próprio Texto Constitucional (CF, Art. 208, IV, na redação dada pela EC Nº 53/2006) - Compreensão Global Do Direito Constitucional À Educação - Dever Jurídico Cujá Execução Se Impõe Ao Poder Público, Notadamente Ao Município (CF, art. 211, § 2º). Legitimidade Constitucional Da Intervenção Do Poder Judiciário Em Caso De Omissão Estatal Na Implementação De Políticas Públicas Previstas Na Constituição - Inocorrência De Transgressão Ao Postulado Da Separação De Poderes - Proteção Judicial De Direitos Sociais, Escassez De Recursos E A Questão Das “Escolhas Trágicas” - Reserva Do Possível, Mínimo Existencial, Dignidade Da Pessoa Humana E Vedação Do Retrocesso Social - Pretendida Exoneração Do Encargo Constitucional Por Efeito De Superveniência De Nova Realidade Fática - Questão que sequer foi suscitada nas razões de Recurso Extraordinário. Princípio “Jura Novit Curia”. Invocação em sede de apelo extremo. Impossibilidade. Recurso de Agravo Improvido. Políticas Públicas. Omissão Estatal Injustificável e intervenção concretizadora do Poder Judiciário em tema de Educação Infantil: Possibilidade Constitucional. ARE 639337 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, 2ª Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-177 Divulg 14-09-2011 Public 15-09-2011 Ement Vol-02587-01 PP-00125.

<sup>41</sup> Recurso Extraordinário com Agravo. Direito Constitucional. Educação Infantil. Atendimento de criança em creche e pré-escola. Direito assegurado pelo texto Constitucional (Art. 208, Iv, Da Constituição Federal). Dever Do Estado. Possibilidade De Intervenção Do Poder Judiciário Para Garantir A Efetiva Concretização Do Direito Fundamental Público Subjetivo.1. O direito à educação revela-se como um dos direitos sociais mais expressivos e, nesse sentido, sua concretização implica num dever de prestação positiva que proporcione acesso pleno ao



da criança não é considerada como interferência “nas ações próprias do Poder Executivo quando examina o cumprimento de normas legais e constitucionais relativamente à prestação de serviço público de educação”,<sup>42</sup> ela está vinculada ao Princípio da Legalidade que orienta e determina o atuar público.

Como já mencionamos, a alegação de inexistência de vaga para justificar a omissão pública obrigou a Defensoria Pública do Estado de São Paulo a ingressar com uma Ação Civil Pública para a defesa dos interesses das crianças necessitadas em relação à creche, apesar de na época ainda estar pendente de decisão a ADIN questionando a constitucionalidade da Lei 11448/07, que deu legitimidade a Defensoria Pública para a defesa dos interesses coletivos dos necessitados,<sup>43</sup> o que não foi acolhido para impedir o julgamento da questão principal: o direito da criança e da mãe trabalhadora.

Inegavelmente a obtenção de vaga em estabelecimento de ensino mantido pela municipalidade é um direito indisponível da criança, constitucional e infraconstitucionalmente assegurado, como já mencionamos.

Trata-se de um direito duplamente assegurado: à criança, por seu caráter pedagógico, e aos pais, com conotação assistencial, ao proporcionar meios para obter o sustento da família. Inegavelmente isto extrapola a esfera familiar e repercute na realização dos fundamentos do país, densificando a dignidade humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

O Plano Diretor da Cidade do Rio de Janeiro inclui a construção de unidades para educação infantil, que deverá se fazer “de forma socialmente justa e equilibrada” e de acordo com as necessidades regionais, com “atenção especial para as áreas ocupadas por população de baixa renda” (art. 18, parágrafo 1º c/c parágrafo 2º, II, Lei nº111/2011). Esta norma demonstra a preocupação do planejamento municipal com o tema.

---

sistema educacional, neste compreendido o atendimento em creche e pré-escola.2. A criança tem direito assegurado a atendimento em creche e pré-escola, nos termos do art. 208, IV, da Constituição Federal. Destarte, a inobservância do referido preceito constitucional pelos órgãos estatais competentes impõe o reconhecimento e a garantia de sua efetividade por intermédio do Poder Judiciário. Ex positis, nego seguimento ao agravo. (STF – ARE 677008 SC; Min. Luiz Fux; Julgado em 29/03/2012).

<sup>42</sup> PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. LIMINAR. DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO. MATRÍCULA EM CRECHE MUNICIPAL. Agravo de instrumento contra decisão que deferiu liminar em mandado de segurança para matricular o Agravado em creche municipal. O Poder Judiciário não interfere nas ações próprias do Poder Executivo quando examina o cumprimento de normas legais e constitucionais relativamente à prestação de serviço público de educação. Possível conceder liminar em mandado de segurança a fim de compelir o Estado a matricular criança em creche se presentes a plausibilidade do direito e o perigo na demora. Orientação do Superior Tribunal de Justiça. Recurso desprovido. (TJRJ - Processo número: 0035601-48.2012.8.19.0000; Des. HENRIQUE DE ANDRADE FIGUEIRA - Julgamento: 06/07/2012 – 17ª CAMARA CIVEL).

<sup>43</sup> TJSP - Processo: APL 2215229.020098260000 SP 0221522-90.2009.8.26.0000; Rel. Presidente Da Seção De Direito Privado; Julgado em 28/02/2011.

## Creche: Ensino ou Assistência?

Ao nos aproximarmos do final, precisamos enfrentar uma questão tormentosa: a creche deve funcionar doze meses por ano ou deve seguir o calendário escolar:

Se considerarmos que se trata de um direito assistencial da mãe trabalhadora, parece óbvio que deve funcionar o ano inteiro, eis que é este o esquema de trabalho – trabalha-se doze meses para fazer jus ao direito a 30 dias de férias.

Na prática, o que se constata é que as creches, por conveniência meramente administrativa e desprovida de qualquer impedimento legal, estão vinculadas à rede de educação, assim, elas fecham no início de dezembro e reiniciam em fevereiro, tendo ainda outro período sem funcionamento no mês de julho, o que deixa a mãe trabalhadora com um grande problema nas mãos.

É claro que este esquema, justificável se a creche for vista como integrante da educação, cria transtornos a serem resolvidos, nem sempre com a melhor solução para a criança ou sua mãe. Na ACP proposta Defensoria Pública/SP, acima mencionada, a decisão expressamente aborda esta questão no trecho da ementa que destacamos:

Caráter pedagógico e assistencial da educação infantil, que, ao proporcionar aos pais meios para obter o sustento da família, contribui para a realização dos fundamentos da República Brasileira consubstanciados na dignidade humana e nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (artigo 1º, III, IV da Constituição Federal). **Serviço público essencial, que deve ser prestado continuamente sem a possibilidade de restrição de caráter infraconstitucional, inviabilizando, também, a adoção do sistema de plantão ou a limitação aos estabelecimentos da rede direta de ensino.** Manutenção nos prédios a ser realizada conciliando-se com a rotina de atividades. **Direito às férias concedido mediante escalonamento.** (grifo nosso)

Este é um dos pontos que reforça a necessidade de prevalência da interpretação jurídica do direito à creche, por vezes, a partir do direito ao trabalho dos pais, e não estritamente como um direito da criança à educação.

## Conclusões

O acesso ao mínimo existencial é premissa à firmação do pacto político-constitucional e ao exercício dos demais direitos fundamentais (liberais, sociais e ecológicos).

Os brasileiros são responsáveis por seu próprio futuro. O país é um dos que tem melhor possibilidade de atingir um nível equilibrado de desenvolvimento humano. Este futuro se distancia pela constatação da

fragilidade do nosso sistema educacional, onde os analfabetos funcionais<sup>44</sup> são maioria nas faixas de baixa renda. Por outro lado, aumenta a carência do estudo formal para o exercício de atividades econômicas. Estamos na era da tecnologia e do conhecimento, que devem ser ministrados logo nos primeiros anos de vida, para que o infante adquira o instrumental que o torne apto a obter a cultura necessária ao exercício de qualquer atividade profissional ou simplesmente, mas não menos importante, o desenvolvimento de sua personalidade. A quantidade de vezes que o desenvolvimento está previsto na Constituição Federal (preâmbulo, art. 3º, II e III, art. 5º XXVI, art. 23 X, art. 43, art. 170 caput, art. 170 VII, art. 173 §4º, art. 174, art. 182, art. 184, art. 187, art. 214, art. 218) demonstra sobejamente sua importância para os destinos da nação.

A creche tem essencial importância para a educação infantil, que é elitista, somente atendendo aos que podem custear profissionais em educação infantil, relegando as crianças de baixa renda a serem custodiados por pessoas sem qualificação para o ensino. É mister construir, ainda que por ordem judicial, creches públicas em todas as localidades, com oferta de vagas proporcionais a população infantil, como uma ação afirmativa, auxiliando a família no seu dever de educar. Não basta que alguns alcancem o topo da formação acadêmica. Curial que todos consigam ao menos ler e entender o que foi lido, sem exceção.

O direito à educação básica, que começa na creche, é direito da criança. Mas é igualmente direito dos pais, da mulher, na forma que se expôs neste artigo.

Os Poderes da República devem zelar pela efetividade da Constituição. Não apenas os Poder Legislativo e Executivo, mas também o Judiciário como último socorro da população desassistida, para que sejam disponibilizadas vagas em creches ou para a imposição de sua construção.

A falta de vagas que ainda perdura demonstra que o Judiciário tem uma missão extrajudicial de fazer cumprir a norma constitucional e determinar a construção de unidades de educação básica em localidades desprovidas de creches.

O auxílio-creche não é um substituto perfeito para a creche pública, por não ser obrigatório e pelo alto custo.

A proliferação de ações judiciais mostra a falta de efetividade a norma expressa da Carta Magna.

<sup>44</sup> A Pesquisa Nacional por Amostragem de Domicílios (Pnad) entrevistou 153 mil pessoas em todo o País até setembro de 2009 e constatou que, entre outras coisas que um em cada cinco brasileiros, de 15 anos ou mais, são analfabetos funcionais, ou seja, tem menos de quatro anos de estudo. Os totalmente analfabetos chegam a quase 10% da população. Com relação ao saneamento básico, na média, somente 59% das casas têm coleta de esgoto adequada e, em algumas regiões, a situação é muito mais grave. site <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/tv/materias/PANORAMA/189649-ANALFABETOS-FUNCIONAIS-SAO-20-DA-POPULACAO-BRASILEIRA.html>, acesso em 17.04.2013, às 10 hs.

## Referências bibliográficas

ALMEIDA, Fernando Barcellos de. *Teoria Geral dos Direitos Humanos*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1996.

CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, editoras Coimbra/RT, 2007.

DAHL, Tove, Stang. *O Direito das Mulheres – uma introdução do Direito Feminista*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

ROBERT, Cinthia & SEGUIN, Elida. *Direitos Humanos. Acesso à Justiça: um olhar da Defensoria Pública*. Rio de Janeiro, Forense, 2000.

Vianna, Cláudia Salles Vilela. *Manual Prático das Relações Trabalhistas*. 8 ed: São Paulo. LTr, 2007.