



Porto Alegre, 3 de novembro de 2017.

Orientação Técnica IGAM nº 28.567/2017.

I. O Poder Legislativo do Município de Guaíba, RS, através do servidor Fernando, solicita Orientação Técnica e Jurídica quanto à viabilidade do Projeto de Lei nº 127/2017, que pretende regularizar a existência das Creches domiciliares.

II. Inicialmente importa referir que o Projeto de Lei é de origem do Legislativo, e trata de matéria motivo de debate nos Tribunais Superiores e inclusive de Projeto de Lei no Congresso Nacional.

Observa-se que não há no ordenamento jurídico brasileiro norma aborde o objeto a Educação Domiciliar, em caráter permissivo ou proibitivo, e o entendimento dominante e quase pacífico dos sistemas de ensino é de que a instrução curricular deve ser passada através da escola. De forma que a escolarização é um direito público subjetivo da criança e do adolescente, porém, o direito fundamental é a educação.

Na contramão desse movimento, encontram-se os processos normativos em curso no Congresso Nacional e no Supremo Tribunal Federal, pretendendo retirar da ilegalidade o crescente movimento nacional de pais que operam em favor da promoção da educação e do ensino, sob o seu protagonismo, de modo desescolarizado.

Cumprе observar que o Projeto de Lei não é acompanhado de Minuta exemplificando o *formato* a ser instituídas as creches domiciliares. Assim, a análise será em tese e não sobre o caso concreto.

A orientação à consulta passa pela análise da legislação vigente sobre a matéria, posta na Constituição Federal, verbis:

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

I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria;

II - progressiva universalização do ensino médio gratuito;

III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;

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



O inciso V do art. 11 da Lei nº. 9394, de 20 dezembro de 1996, Lei de Diretrizes e Bases da Educação – LDB, estabelece a competência do Município em oferecer a educação infantil em creches:

Art. 11. Os Municípios incumbir-se-ão de:

[...]

V - **oferecer a educação infantil em creches** e pré-escolas, e, com prioridade, o ensino fundamental, permitida a atuação em outros níveis de ensino somente quando estiverem atendidas plenamente as necessidades de sua área de competência e com recursos acima dos percentuais mínimos vinculados pela Constituição Federal à manutenção e desenvolvimento do ensino.

O inciso IV do art. 54 da Lei nº. 8069, de 13 de julho de 1990, Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA ratifica a obrigação de o Estado garantir o atendimento em creche às crianças de zero a seis anos de idade.

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;

Assim, para instituição de creche no Município é de ser observada a legislação atual que a educação infantil, etapa inicial da educação básica, atende crianças de zero a cinco anos.

III. Destaca-se, sob o ponto de vista da competência legislativa para dispor sobre o assunto, que a Lei Orgânica do Município de Guaíba dispõe:

Art. 52 Compete privativamente ao Prefeito:

(...)

VI dispor sobre a organização e o funcionamento da Administração Municipal, na forma da Lei;

VIII expedir atos próprios de sua atividade administrativa;

X planejar e promover a execução dos serviços públicos municipais;

XXIII providenciar e executar o ensino público;

Art. 119 - É competência exclusiva do Prefeito a iniciativa dos projetos-de-lei que:

I disponham sob matéria financeira;

II criem cargos, funções ou empregos públicos, fixem ou alterem vencimentos e vantagens dos servidores públicos;

III disponham sobre matéria tributária, orçamentos, aberturas de créditos, concessão de subvenções, de auxílios ou que, de qualquer forma, autorizem, criem ou aumentem a despesa pública.

Desta forma, considerando que o ensino público é um serviço do Município e matéria tipicamente administrativa e organizacional, de competência exclusiva do Poder



Executivo, assim, a proposição apresenta inconstitucionalidade formal, se a iniciativa legislativa é de origem parlamentar, em razão da reserva da matéria ser de competência do Prefeito.

Ademais, considerando que a proposição cria e delega atribuições ao Executivo, trata-se de ofensa aos princípios da independência e harmonia entre os poderes¹.

IV. Na primeira fase de desenvolvimento, dos zero aos três, as crianças são atendidas nas creches ou instituições equivalentes. A partir daí até completar seis anos, frequentam as pré-escolas.

Assim, as creches não são consideradas como ação de assistência social ou de apoio às mulheres trabalhadoras, estas instituições passam a fazer parte de um percurso educativo que deve se articular com os outros níveis de ensino formal e se estender por toda a vida.

A instituição de creches pressupõe a existência de proposta pedagógica e a observância de dois eixos fundamentais: a interação e a brincadeira. O espaço físico da creche deve ser dinâmico, vivo, de brincadeira, explorável, transformável e acessível para todas as crianças. A educação infantil, incluída as creches, ou entidades equivalentes, para crianças de até três anos de idade, deverá observar as regras previstas no art. 31 da LDB:

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

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

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

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

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

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

O inciso II do art. 18 da LDB prevê a participação de instituição de educação infantil criadas e mantidas pela iniciativa privada.

Art. 18. Os sistemas municipais de ensino compreendem:
[...]

¹ Lei Orgânica do Município recepciona o disposto no art.2º da Constituição Federal:

Art. 2º - São poderes do Município, independentes e harmônicos, o Legislativo e o Executivo.

Parágrafo Único – É vedada a delegação de atribuições entre poderes.



II - as instituições de educação infantil criadas e mantidas pela iniciativa privada; [...]

Em resumo, de acordo com a legislação atual os Municípios são responsáveis pela oferta e a gestão da educação infantil. A legislação permite que instituições privadas sem fins lucrativos façam parte do sistema público, oferecendo atendimento gratuito. Para isso, deve ser firmado um convênio ou outro tipo de parceria público-privada entre o Município e a instituição.

Cumprir referir, as disposições da LOM sobre o sistema de ensino:

Art. 145 O sistema municipal de ensino compreende as instituições de educação pré-escolar, de ensino fundamental e médio, da rede pública e privada e dos órgãos ao Poder Executivo, responsáveis pela formulação das políticas educacionais e sua administração, respeitados os preceitos constitucionais federais e estaduais.

Por fim, colaciona-se a manifestação do Tribunal de Justiça do RS² sobre a matéria proposta no Projeto em questão:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DECISÃO QUE DETERMINA QUE O ENTE MUNICIPAL PROVIDENCIE A REMOÇÃO DAS CRIANÇAS QUE SE ENCONTRAM **FREQÜENTANDO ESCOLA DE EDUCAÇÃO INFANTIL DE ATIVIDADE IRREGULAR, VULGARMENTE CONHECIDA DE 'MÃE CRECHEIRA'**, NO PRAZO DE 72 HORAS. DIREITO À EDUCAÇÃO. DEVER DO MUNICÍPIO DE ASSEGURAR VAGA EM CRECHE OU PRÉ-ESCOLA EM ESTABELECIMENTO PÚBLICO DE ENSINO. ANTECIPAÇÃO DA TUTELA. CABIMENTO. MULTA. CABIMENTO. Em segundo lugar, lembro que constitui dever do Município assegurar às crianças o acesso à educação, **cabendo-lhe garantir vaga na rede pública ou, então, na rede privada, às suas expensas**. Neste sentido, aliás, a Lei nº [9.394/96](#), que é [Lei de Diretrizes e Bases](#) da Educação, prevê a responsabilidade do ente público pela oferta de vagas em creche e pré-escola e em escola de ensino fundamental, gratuitamente, por serem etapas imprescindíveis à educação das crianças, sob pena de ser-lhe imputado crime de responsabilidade. E o próprio [Estatuto da Criança e do Adolescente](#), no artigo [54](#), atribui ao Estado o dever de “assegurar à criança e ao adolescente (...) atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade”, bem como “ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria”. Ou seja, é incontroversa a responsabilidade do Município de disponibilizar vaga em escola infantil às crianças do Município.

APELAÇÃO. AÇÃO ORDINÁRIA. **VAGA EM CRECHE**. DEVER DO MUNICÍPIO. O Município tem a obrigação de assegurar o acesso da criança à educação, cumprindo-lhe garantir vagas na rede pública, e, na falta destas, deve proporcionar esse direito na rede privada, às suas expensas.

² Sétima Câmara Cível, o agravo de instrumento nº 70062105291 - Sessão do dia 17 de dezembro de 2014

Recurso desprovido. (Apelação Cível Nº 70047158498, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 28/03/2012) (...) Com tais considerações, estou acolhendo o parecer ministerial, de lavra da ilustre PROCURADORA DE JUSTIÇA MARCIA LEAL ZANOTTO FARINA, que peço vênha para transcrever, **in verbis**, na parte que não diz respeito à multa: Cabe frisar, igualmente, que a atividade de “mãe crecheira” encontra-se de tal forma cristalizada na comunidade local que a ré, Sandra M. B. referiu receber visitas regulares da agente de saúde do bairro, bem como que exerce tal atividade há cerca de 30 anos, motivo pelo qual fazê-lo de forma a atender um número máximo de 05 crianças, o que estaria de acordo com a regulamentação municipal, não seria vantajoso financeiramente. **Disso se depreende a ilegalidade do serviço prestado, o qual é pensado por quem o desenvolve como não suscetível de verificação pelo público em geral e deu ensejo ao ingresso da Ação Civil Pública. Nesse sentido, o ajuizamento da ação e o deferimento da antecipação de tutela não poderiam ter seguimento sem que as crianças envolvidas na situação fossem devidamente amparadas e encaminhadas ao seu pleno atendimento educacional, regular e legal, como de seu direito e ao contrário daquele a que vinham sendo submetidas, obrigação essa do agravante, de acordo com a previsão constitucional e da legislação esparsa, respectivamente:**

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: IV - atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade;

Art. 11. Os Municípios incumbir-se-ão de:

V- oferecer a educação infantil em creches e pré-escola, e, com prioridade, o ensino fundamental, permitida a atuação em outros níveis de ensino somente quando estiverem atendidas plenamente as necessidades de sua área de competência e com recursos acima dos percentuais mínimos vinculados pela [Constituição Federal](#) à manutenção e desenvolvimento do ensino. Ainda, é sabido que as creches domiciliares são procuradas pelos responsáveis para que possam ter seus filhos atendidos em seu período laboral, cuja rotina não poderia ser alterada indefinidamente à espera de providências do ente público, o que justifica o prazo exíguo fixado pelo Juízo a quo para encaminhamento dos infantes à escola, o que, conforme demonstrado, é de sua inteira responsabilidade.

V. Diante do exposto, conclui-se pela inviabilidade do Projeto de Lei, em razão dos fundamentos expostos no presente estudo técnico.

O IGAM permanece à disposição.



Mariana Gloria de Assis
OAB/RS 79.079
Consultora do IGAM



Marcos Daniel Leão
OAB/RS 37.981
Consultor do IGAM