

Apelação Cível n. 2011.088503-1, da Capital
Relator: Des. Nelson Schaefer Martins

REPRESENTAÇÃO DO CONSELHO TUTELAR CONTRA O MUNICÍPIO DE FLORIANÓPOLIS. MATRÍCULA DE CRIANÇA MENOR DE 05 (CINCO) ANOS EM CRECHE PÚBLICA. PREFACIAL DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO AFASTADA. PODER JUDICIÁRIO QUE DESFRUTA DE LEGITIMAÇÃO CONSTITUCIONAL PARA INTERVIR NA ATUAÇÃO DE ÓRGÃO ADMINISTRATIVO QUE ESTEJA A DESCUMPRIR POLÍTICA SOCIAL PREVISTA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL AO DEIXAR DE ATENDER A PRECEITO DE DIREITO FUNDAMENTAL INDISPONÍVEL. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. DIREITO À EDUCAÇÃO INFANTIL QUE NÃO ESTÁ NO RESTRITO ÂMBITO DA NORMA PROGRAMÁTICA E REVESTE-SE DE ABSOLUTA PRIORIDADE. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, ARTS. 6º, 208, INC. IV E 227, *CAPUT*. RECURSO DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2011.088503-1, da comarca da Capital (Vara da Infância e da Juventude), em que é apelante Município de Florianópolis, e apelado Y. J. N. da S.:

A Segunda Câmara de Direito Público decidiu, negar provimento ao recurso. Custas na forma da lei.

Presidiu o julgamento, realizado em 10.07.2012, o Exmo. Sr. Des. João Henrique Blasi e dele participou, com voto, o Exmo. Sr. Des. Francisco de Oliveira Neto.

Florianópolis, 12 de julho de 2012.

Nelson Schaefer Martins
RELATOR

RELATÓRIO

Município de Florianópolis interpôs apelação cível contra a sentença da lavra da Juíza de Direito da Vara da Infância e da Juventude da comarca da Capital, Dr^a. Brigitte Remor de Souza May que, em autos de representação cível ajuizada pelo Conselho Tutelar de Florianópolis Região Insular, julgou procedente o pedido para determinar que a pessoa jurídica de direito público faça inserir a menor Y.J.N. na creche mais próxima de sua residência, sob pena de multa diária no valor de 01 (um) salário mínimo a ser depositado no Fundo Municipal da Criança e do Adolescente de Florianópolis.

O apelante arguiu a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido ao argumento de que o Poder Judiciário não poderia interferir em atividade de natureza administrativa do município, sob pena de violação ao princípio da separação de poderes. No mérito, aduziu que a criação e a disponibilização de vagas em creches representam metas de caráter programático que a serem implementadas pelo Poder Público de acordo com as suas possibilidades.

Foram apresentadas contrarrazões e os autos ascenderam a esta Corte Estadual de Justiça.

Lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Tycho Brahe Fernandes, no sentido de negar provimento ao recurso.

Este é o relatório.

VOTO

1. Da preliminar de impossibilidade jurídica do pedido

O Município de Florianópolis arguiu a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido ao argumento de que a intervenção do Poder Judiciário nas políticas administrativas da municipalidade caracterizam ofensa ao princípio constitucional da separação de poderes e à Lei Complementar Federal n. 101/2000 que dispõe acerca das políticas orçamentárias a serem respeitadas

pelos órgãos públicos.

Anote-se, todavia, que se admite a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário na atuação dos demais órgãos da administração pública desde que o seja para exigir o cumprimento de preceito fundamental instituído pela Constituição Federal.

No caso concreto, o Conselho Tutelar, nos termos do art. 191, *caput*, da Lei n. 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), ajuizou representação contra o Município de Florianópolis com o intuito de obter matrícula de criança menor de 05 (cinco) anos em creche da localidade de sua residência.

Os arts. 6º, 208, inc. IV, e 227, *caput*, da Constituição da República estabelecem que a educação é direito social e é dever do Estado assegurar prioritariamente às crianças o direito à educação infantil a ser efetivado com a garantia de matrícula em creche e pré-escola para menores de 05 (cinco) anos.

Deste modo, por se tratar de descumprimento de direito fundamental com caráter social e indisponível, o Poder Judiciário desfruta de legitimação constitucional para intervir na atuação do órgão administrativo municipal e determinar que seja implementada e efetivada a política pública prevista na Constituição da República.

A propósito, o colendo Supremo Tribunal Federal decidiu:

1) ARE 639337 AgR/SP, rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 15.09.2011:

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 CUJA 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.

- A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV).

- Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das “crianças até 5 (cinco) anos de idade” (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal.

- A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental.

[...]

- Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter impositivo, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatuta constitucional.

[...]

- A inércia estatal em adimplir as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição e configura, por

isso mesmo, comportamento que deve ser evitado. É que nada se revela mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem ajustados à conveniência e aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos.

- A intervenção do Poder Judiciário, em tema de implementação de políticas governamentais previstas e determinadas no texto constitucional, notadamente na área da educação infantil (RTJ 199/1219-1220), objetiva neutralizar os efeitos lesivos e perversos, que, provocados pela omissão estatal, nada mais traduzem senão inaceitável insulto a direitos básicos que a própria Constituição da República assegura à generalidade das pessoas.

2) RE 464143 AgR/SP, rel^a. Min^a. Ellen Gracie, Segunda Turma,

DJe 19.02.2010:

DIREITO CONSTITUCIONAL E DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. GARANTIA ESTATAL DE VAGA EM CRECHE. PRERROGATIVA CONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE INGERÊNCIA NO PODER DISCRICIONÁRIO DO PODER EXECUTIVO. PRECEDENTES.

1. A educação infantil é prerrogativa constitucional indisponível, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a creches e unidades pré-escolares.

2. É possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo.

No mesmo sentido, colacionam-se precedentes deste egrégio

Tribunal de Justiça:

1) Apelação Cível e Reexame Necessário n. 2011.088474-7, da Capital, rel. Des. Carlos Adilson Silva, Terceira Câmara de Direito Público, DJe 03.07.2012:

CONSTITUCIONAL. APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. REPRESENTAÇÃO DO CONSELHO TUTELAR. MATRÍCULA DE CRIANÇA, MENOR DE 3 ANOS, EM CRECHE. EDUCAÇÃO INFANTIL. DIREITO ASSEGURADO PELA CARTA MAGNA (CF, ARTS. 6º E 208, IV). OBRIGAÇÃO DO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º). AFRONTA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. INOCORRÊNCIA. PRECEDENTES. SENTENÇA MANTIDA.

2) Apelação Cível n. 2011.081746-1, da Capital, rel. Des. Gaspar Rubick, Primeira Câmara de Direito Público, DJe 02.07.2012:

APELAÇÃO CÍVEL. REQUISIÇÃO DO CONSELHO TUTELAR PARA INCLUSÃO DE CRIANÇA EM CRECHE OU PRÉ-ESCOLA. NÃO

ACOLHIMENTO PELA SECRETÁRIA MUNICIPAL DE EDUCAÇÃO DE FLORIANÓPOLIS AO ARGUMENTO DE INEXISTÊNCIA DE VAGA. DEVER DO ESTADO DE GARANTIR ATENDIMENTO EDUCACIONAL. ARTIGOS 208 e 227 DA MAGNA CARTA. SENTENÇA CONFIRMADA. APELO DO MUNICÍPIO NÃO PROVIDO.

"O Estado possui obrigação de inserir criança em creche, não podendo simplesmente colocar a mesma em uma "fila de espera" (ISHIDA, Válter Kinji. Estatuto da Criança e do Adolescente: doutrina e jurisprudência - 8ª. ed. São Paulo: Atlas, 2007).

"Sendo a educação um direito fundamental assegurado em várias normas constitucionais e ordinárias, a sua não-observância pela administração pública enseja sua proteção pelo Poder Judiciário." (RE-AgR 463210/SP, rel. Min. Carlos Velloso, j. em 6-12-2005).

Portanto, afasta-se a prefacial de impossibilidade jurídica do pedido.

2. Do mérito

Conselho Tutelar de Florianópolis Região Insular ajuizou representação contra a Secretaria Municipal de Educação do Município de Florianópolis.

Informou que a genitora do menor Y.J.N., nascida em 28.06.2008 (fl. 05), procurou o Conselho Tutelar em razão de não ter logrado êxito na sua tentativa de matricular a infante na creche pública Vila União, Norte da Ilha. A mãe da menor informou que sua renda familiar *per capita* é de R\$ 559,54 mensais e isto a impede de matricular o menino em creche particular.

O Conselho Tutelar noticiou que a Secretaria Municipal de Educação comunicou em 16.06.2011 que a menor estaria a ocupar a 8ª posição na lista de espera na creche Zilda Arns Neumann e a 11ª colocação na creche Monteiro Lobato e que não existia(m) vaga(s) nas creches situadas próximas à residência do infante.

Por fim, pleiteou pela inserção da criança em instituição de ensino infantil, nos termos dos arts. 54, inc. IV, e 208, inc. IV, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

O Município de Florianópolis, em contestação, aduziu que a menor foi devidamente atendido e estava incluído em lista de espera e que não poderia realizar a inclusão imediata do infante por ausência de recursos.

A sentença julgou procedente o pedido para determinar que a criança fosse imediatamente matriculada na creche mais próxima de sua residência, sob pena de multa diária no valor de 01 (um) salário mínimo a ser depositado no Fundo Municipal da Criança e do Adolescente de Florianópolis.

O demandado interpôs apelação cível sob o argumento de que a criação e a disponibilização de vagas em creches correspondem a metas de caráter programático que permitem que o Poder Público as atenda de acordo com as suas possibilidades.

A situação de fato recomenda a manutenção da decisão prolatada pela magistrada de primeiro grau.

A Constituição da República preceitua:

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

[...]

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;

[...]

Art. 227. 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.

O direito à educação infantil é direito fundamental de natureza social e indisponível definido pela Constituição Federal que dispõe que o Estado dará absoluta prioridade para a sua efetivação.

Por consequência, tem-se que o direito à educação infantil não ostenta mera natureza programática pois os órgãos da administração pública estão obrigados a adotar políticas sociais para sua implementação imediata.

Deste modo, é dever do Município de Florianópolis atender às políticas sociais indicadas na Constituição da República e promover de imediato

a matrícula do menor em instituição de ensino infantil próxima a sua residência sob pena de ofensa a direito fundamental indisponível.

Acerca da matéria, colacionam-se precedentes desta Corte Estadual de Justiça:

1) Apelação Cível n. 2011.084326-0, da Capital, rel. Des. Cid Goulart, Segunda Câmara de Direito Público, DJe 27.06.2012:

APELAÇÃO CÍVEL - ATENDIMENTO DE CRIANÇAS EM CRECHES E PRÉ-ESCOLAS - DEVER DO ESTADO - DIREITO FUNDAMENTAL ASSEGURADO PELO ART. 208, IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 - RECURSO DESPROVIDO.

Não obstante o princípio da separação dos poderes, consagrado expressamente no texto constitucional brasileiro, é de ser ressaltado que o Poder Judiciário, quando se deparar com lesão ou ameaça a direito, está autorizado a intervir nos demais Poderes para suprir a ilegalidade, na forma do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988, notadamente quando se tratar de violação a direito fundamental.

O direito à educação (incluindo a matrícula de crianças em creches e pré-escolas) é um direito social, catalogado no rol de direitos fundamentais de segunda geração, e de acordo com a melhor interpretação doutrinária, constitui cláusula pétrea, nos termos do art. 60, § 4º, IV, da Constituição Federal de 1988.

Por esta razão, cabe ao Estado (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) atuar prioritariamente na prestação de direitos educacionais, inclusive no que concerne ao atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade (art. 205 c/c 208, IV, da Constituição Federal), não lhe competindo argüir o caráter programático de tais normas para eximir-se de sua obrigação constitucional.

Ademais, em consonância com o pensamento de Paulo Bonavides, impende aludir a figura do "Juiz Social" que, com base na doutrina alemã, tem por sustentáculo *"fazer na cabeça do magistrado a ratio das decisões judiciais com mais sensibilidade para os direitos fundamentais e para o quadro social da ordem jurídica, a que se prende, doravante, a dimensão nova, concreta e objetiva daqueles direitos"*. (BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 587).

[...]

2) Apelação Cível n. 2012.016571-2, da Capital, rel. Des. Jorge Luiz de Borba, Primeira Câmara de Direito Público, DJe 22.05.2012:

REPRESENTAÇÃO DO CONSELHO TUTELAR. MATRÍCULA DE CRIANÇA EM CRECHE. DIREITO À EDUCAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. GARANTIA PREVISTA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. OBRIGAÇÃO DO

MUNICÍPIO DE DISPONIBILIZAR VAGA A MENOR COM 3 (TRÊS) ANOS DE IDADE. APELO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. SENTENÇA MANTIDA EM SEDE DE REEXAME NECESSÁRIO.

O direito à educação é um dos mais sagrados direitos sociais, porquanto a própria Constituição lhe confere o 'status' de direito público subjetivo, impondo à Administração Pública o encargo de propiciar, com políticas sociais concretas e efetivas, o amplo acesso aos estabelecimentos de ensino, inclusive nas creches e na pré-escola para crianças de zero a cinco anos.

"Os direitos fundamentais caracterizados por inalienabilidade, irrenunciabilidade e indisponibilidade, não podem ser reduzidos ou obstaculizados por questões de ordem financeira do Poder Público" (Apelação/ECA n. 2011.091068-8, da Capital, rel. Des. Jaime Ramos, j. 15-3-2012).

3) Apelação Cível n. 2011.081874-8, da Capital, rel. Des. José Volpato de Souza, Quarta Câmara de Direito Público, DJe 10.01.2012:

APELAÇÃO CÍVEL. REPRESENTAÇÃO FORMULADA PELO CONSELHO TUTELAR DE FLORIANÓPOLIS CONTRA A SECRETARIA MUNICIPAL DE EDUCAÇÃO. CONSTITUCIONAL. DIREITO À CRECHE. INTELIGÊNCIA DO ART. 208 DA CRFB. PRECEITO CONSTITUCIONAL REPETIDO NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NO ART. 54. NORMA DEFINIDORA DE DIREITOS NÃO PROGRAMÁTICA. EXIGIBILIDADE DE INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO EXERCÍCIO DE MISSÃO CONSTITUCIONAL. IMPOSIÇÃO AO PODER EXECUTIVO MUNICIPAL PARA O CUMPRIMENTO DE DISPOSIÇÃO DA MESMA GRANDEZA. GARANTIA DE PROTEÇÃO INTEGRAL À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE. DESPROVIMENTO DO RECURSO.

Logo, nega-se provimento ao recurso.

Este é o voto.