

Agravo de Instrumento n. 2011.014693-9, de Caçador.
Relator: Des. Jaime Ramos

AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – LIMINAR CONCEDIDA PARA DETERMINAR QUE O MUNICÍPIO ABRA 500 VAGAS EM CRECHES E PRÉ-ESCOLAS PARA ATENDIMENTO DE CRIANÇAS QUE SE ENCONTRAM NA LISTA DE ESPERA – POSSIBILIDADE – EXEGESE DO ART. 213, E SEU § 1º, DO ECA – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO DISPOSTO NO ART. 2º DA LEI FEDERAL N. 8.437/92 – PRESENÇA INEQUÍVOCA DE "FUMUS BONI IURIS" E "PERICULUM IN MORA" – DECISÃO MANTIDA.

"Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, citando o réu." (Art. 213, § 1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente).

"O STJ, em casos excepcionais, tem mitigado a regra esboçada no art. 2º da Lei 8437/1992, aceitando a concessão da Antecipação de Tutela sem a oitiva do poder público quando presentes os requisitos legais para conceder medida liminar em Ação Civil Pública." (STJ, AgRg no Ag 1314453/RS, Rel. Min. Herman Benjamin).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2011.014693-9, da Comarca de Caçador, em que é agravante o Município de Caçador, e agravado o Ministério Público do Estado de Santa Catarina:

ACORDAM, em Quarta Câmara de Direito Público, por votação unânime, negar provimento ao recurso. Custas na forma da lei.

RELATÓRIO

O Município de Caçador interpôs agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, contra a decisão que na "ação civil pública de obrigação de fazer cumulada com pedido de liminar" que lhe move o Ministério Público do Estado de Santa Catarina, deferiu parcialmente a liminar "nos termos do art. 461, § 3º, do Código de Processo Civil, art. 213, § 1º, da Lei n. 8.069/90, e art. 12, § 2º, da Lei n. 7.347/85, para determinar ao Município de Caçador a abertura de 500 vagas em creches e pré-escolas para atendimento das crianças que se encontram na lista de espera (fls. 61-86), fixando o prazo de 30 dias para atendimento da medida, sob pena de multa diária, que fixo em R\$ 1 mil, os quais devem incidir a partir do término do prazo ora concedido."

Indeferido o pedido de efeito suspensivo ao agravo, o agravado apresentou a contraminuta.

Com vista dos autos, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Exmo. Sr. Dr. Tycho Brahe Fernandes, manifestou-se no sentido de se conhecer e negar provimento ao recurso.

VOTO

O Município de Caçador sustentou, em síntese, que deve ser suspensa a decisão que, na ação civil pública que lhe move o Ministério Público, deferiu parcialmente o pedido de antecipação de tutela, para determinar a abertura de 500 vagas em creches e pré-escolas para atendimento das crianças que se encontram na lista de espera, no prazo de 30 dias para cumprimento da medida, sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00 (um mil reais).

Entretanto, razão não lhe assiste.

Na decisão que indeferiu o pedido de efeito suspensivo, o Relator originário, Desembargador Substituto **Paulo Roberto Sartorato**, muito bem equacionou a "quaestio". Devido à relevância e à pertinência, extrai-se da decisão o seguinte trecho que fica fazendo parte da fundamentação do presente acórdão:

"O art. 525, inc. I, do CPC estabelece que a petição de agravo será instruída, obrigatoriamente, com as cópias da decisão agravada, da certidão da respectiva intimação e das procurações outorgadas aos advogados do agravante e do agravado. Além disso, deverá a parte recorrente comprovar, no ato da interposição, o pagamento do respectivo preparo, bem como do protocolo unificado, quando devido.

"O recurso é tempestivo, lembrando ainda que o agravante tem prazo em dobro, nos termos do art. 188 do CPC, e foi instruído com os documentos indispensáveis, relacionados no art. 525, inc. I, do CPC, estando o recorrente dispensado do recolhimento do preparo, de acordo com o § 1º do art. 511 do mesmo diploma legal.

"A Lei n. 11.187/2005 alterou o art. 522 do CPC, que regulamenta a figura do agravo, trazendo como requisito obrigatório para o processamento do recurso na sua forma de instrumento que a parte agravante comprove a possibilidade de vir a sofrer lesão grave e de difícil reparação.

"Dessa forma, para que se possa conceder o almejado efeito suspensivo, devem estar devidamente presentes no reclamo, os requisitos autorizadores elencados no art. 558 do CPC, visto ser medida de extrema exceção.

"No caso em tela, a possibilidade de o agravante vir a sofrer dano irreparável ou de difícil reparação está configurado no fato de ter que fornecer vagas em creches e pré-escolas para as crianças que se encontram na lista de espera, embora, segundo alega, tal demanda requer tempo e existência de recursos orçamentários.

"Essa circunstância justifica o processamento do agravo na forma de instrumento (CPC, art. 522, 'caput'), bem como o 'periculum in mora', necessário para tornar possível a concessão do almejado efeito suspensivo, na forma do art. 558 do mencionado diploma legal.

"Resta averiguar se a fundamentação do agravante é relevante,

plausível e verossímil, acarretando não um juízo de certeza, mas de probabilidade acerca do objeto da discussão. Assim, o fato narrado deve assegurar ao recorrente, em tese, um provimento de mérito favorável.

"De plano, cumpre esclarecer que 'a vedação da Lei n. 8.437/92, sobre excluir a medida liminar que esgote no todo ou em parte o objeto da ação, nos feitos contra o Poder Público, bem como as restrições do art. 1º da Lei n. 9.494/97, que veda a antecipação de tutela contra a Fazenda Pública, não podem ter o alcance de vedar toda e qualquer medida antecipatória, em qualquer circunstância, senão que o Juiz, em princípio, não deve concedê-la, mas poderá fazê-lo, sob pena de frustração do próprio direito, em casos especialíssimos' (Ministro Gilson Dipp, RSTJ 136/484, p. 486). Assim, em casos como o presente, que versa sobre o direito das crianças de zero a seis anos de idade à vaga em creche e/ou pré-escolar, a jurisprudência é no sentido de possibilitar a concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública.

"Para corroborar, destaca-se:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. VIABILIDADE DE CONCESSÃO DE TUTELA ANTECIPADA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. Existem situações em que os requisitos legais para antecipação de tutela são tão presentes, que o 'fumus boni juris' e o 'periculum in mora', e até o interesse público, não só recomenda como impõe a concessão de liminar para cumprimento pelo poder público, mesmo sem a sua manifestação prévia. Assim ocorre quando há preponderância de princípios constitucionais, no caso presente o direito à educação. EDUCAÇÃO INFANTIL. VAGA EM CRECHE MUNICIPAL. DIREITO SOCIAL CONSTITUCIONALMENTE GARANTIDO. INTERESSE DOS MENORES. A educação é um direito social, previsto constitucionalmente, que deve ser assegurado com absoluta prioridade em relação às crianças e adolescentes, incumbindo ao poder público a responsabilidade de garantir seus ingressos nas escolas ou creches, independentemente das regras administrativas. IMPOSIÇÃO DE MULTA DIÁRIA EM CASO DE

DESCUMPRIMENTO DA ORDEM JUDICIAL. SUBSTITUIÇÃO POR BLOQUEIO DE VALORES PARA ASSEGURAR O CUMPRIMENTO DA DECISÃO. POSSIBILIDADE. O bloqueio de valores apresenta-se como medida menos onerosa do que a imposição da multa diária. Agravo de instrumento provido parcialmente, de plano' (TJRS - AI n. 70039966320, Sétima Câmara Cível, Rel. Des. Jorge Luís Dall'Agnol, j. em 22/11/2010).

"Por outro lado, o art. 23, inc. V, da Constituição Federal, ao tratar da competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal, e dos Municípios determinou a todos os entes o dever de proporcionar os meios de acesso à educação.

"Da mesma forma, o art. 205, também da Carta Constitucional, dispõe que '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'.

"Ainda, não destoa dessa linha, o art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), quando impõe que 'é dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes [...] à educação' e o art. 54, IV, do mesmo Estatuto, quando determina que o Estado deve assegurar 'atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade'.

"Em outras palavras, interpretando conjuntamente esses dispositivos legais com a Constituição Federal, tem-se que o direito das crianças de zero a seis anos de idade à vaga em creche e/ou pré-escola encontra embasamento legal. Por conseguinte, cabe aos entes públicos, como o Município/agravante, e seus organismos, executarem programas que garantam a integridade e o gozo desse direito indisponível.

"Portanto, na hipótese, não há falar em impropriedade da decisão agravada, porquanto esta apenas determina que o Município de Caçador dê

cumprimento aos mandamentos legais e constitucionais que aqui foram expostos.

"Em situações semelhantes à presente, este Tribunal decidiu:

""CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – LIMINAR – 284 (DUZENTAS E OITENTA E QUATRO) VAGAS PARA CRIANÇAS DE ZERO A CINCO ANOS EM CRECHE E PRÉ-ESCOLA – OBRIGAÇÃO DO MUNICÍPIO – AFRONTA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES – INOCORRÊNCIA – DIREITO INDIVIDUAL INDISPONÍVEL GARANTIDO NOS ARTS. 6º E 208, IV, DA CRFB – VALOR DA MULTA – MANUTENÇÃO – PRAZO DE 30 (TRINTA) PARA CUMPRIMENTO DA LIMINAR – REFORMA DA DECISÃO – DETERMINAÇÃO PARA QUE O CUMPRIMENTO INTEGRAL DA DECISÃO OCORRA ATÉ O INÍCIO DO PRÓXIMO ANO LETIVO – PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO.

""Em interpretação conjunta dos arts. 4º e 53 do Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 4º da Lei de Diretrizes e Bases da Educação, e arts. 7º, VII, 102, e 104, I, da Lei Orgânica do Município de Blumenau, com a Constituição Federal, em especial seu art. 208, IV, com redação dada pela EC n. 53/06, verifica-se que o direito das crianças de zero a cinco anos de idade à vaga em creche e/ou pré-escola encontra embasamento legal. Por conseguinte, cabe aos entes públicos, como o Município, e seus organismos, a execução de programas que garantam a integridade e o gozo desse direito indisponível.

""Nas ações civis públicas propostas com vistas a garantir vaga em creche ou pré-escola, tem-se que a intervenção do Poder Judiciário em atos do Poder Executivo não caracteriza ofensa à separação dos poderes, uma vez que visa garantir direito fundamental das crianças. Até porque, o inadimplemento do Poder Público pode ser considerado como uma inconstitucionalidade por omissão, por deixar de implementar o direito à educação por meio de políticas públicas concretas.

""O prazo concedido para o cumprimento da obrigação, sob pena de multa diária, deve ser fixado de acordo com o caso concreto, levando-se em

consideração os entraves burocráticos que influenciam no tempo necessário à satisfação do credor'. (AI n. 2007.021958-3, de Gaspar, Rel. Des. Marcus Tulio Sartorato).' (TJSC - Agravo de Instrumento n. 2009.001224-6, de Criciúma, Rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, j. em 26/08/2009).

"APELAÇÃO CÍVEL, REEXAME NECESSÁRIO E AGRAVO RETIDO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA AJUIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. DISPONIBILIDADE DE VAGAS EM ESTABELECIMENTOS ESCOLARES DE ENSINO INFANTIL DA REDE PÚBLICA MUNICIPAL EM LOCAIS PRÓXIMOS ÀS SUAS RESIDÊNCIAS. VIABILIDADE DA CONCESSÃO DE LIMINAR E IMPOSIÇÃO DE MULTA DIÁRIA PARA O CASO DE DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO DE FAZER. RECURSOS DE AGRAVO RETIDO E DE APELAÇÃO CÍVEL QUE SÃO DESPROVIDOS. SENTENÇA MANTIDA EM SEDE DE REEXAME NECESSÁRIO.

"1. O Ministério Público possui legitimidade ativa para propor ação civil pública em que se busca assegurar o direito à educação infantil no âmbito do Município.

"2. 'A obrigatoriedade do reexame necessário das sentenças proferidas contra a Fazenda Pública (art. 475 do CPC) não é óbice à antecipação dos efeitos da tutela pleiteada.' (recurso especial n. 913072, relator o ministro Teori Albino Zavascki, j. em 12.6.2007).

"3. '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. - Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em

creche (CF, art. 208, IV), 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.' (recurso extraordinário n. 436.996, relator o ministro Celso de Mello, j. em 26.10.2005).

""4. A imposição de multa diária para o caso de eventual descumprimento à obrigação de fazer integra a técnica engendrada pelo legislador processual civil, aplicando-se ao litigante privado ou público.' (TJSC - Ap. Cív. n. 2007.010097-8, de Blumenau, Rel. Des. Jânio Machado, j. em 05/05/2009).

""AGRAVO DE INSTRUMENTO – PRELIMINARES DE JULGAMENTO 'ULTRA PETITA', ILEGITIMIDADE ATIVA 'AD CAUSAM' E VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA INDEPENDÊNCIA DOS PODERES AFASTADAS – DIREITO À EDUCAÇÃO EM CRECHE E PRÉ-ESCOLA – MANDAMENTO CONSTITUCIONAL – OBRIGAÇÃO DO ESTADO EM FORNECER VAGAS – QUESTÕES DE ORDEM FINANCEIRA NÃO COMPROVADAS – PREVALÊNCIA DOS INTERESSES DOS INFANTES – DECISÃO MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.' (TJSC - Agravo de Instrumento n. 2008.004952-5, de Blumenau, Rel. Des. Cláudio Barreto Dutra, j. em 13/06/2008).

""APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO MANDAMENTAL PROPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL – VAGAS EM CRECHE E PRÉ-ESCOLA – REDE MUNICIPAL DE ENSINO – CRIANÇA DE ZERO A CINCO ANOS DE IDADE – AFRONTA AOS PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DA LEGALIDADE – INOCORRÊNCIA – DIREITO INDIVIDUAL INDISPONÍVEL GARANTIDO NOS ARTS. 6º E 208, IV, DA CRFB – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DOS ARTS. 167, I; 208, I, § 1º; ART. 5º, LXIX, DA CRFB – IMPROVIMENTO DO RECURSO E DO REEXAME. [...].’ (TJSC - Ap. Cív. n. 2008.039451-6, de Criciúma, Rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, j. em 10/09/2008).

""E, da Corte de Justiça do Rio Grande do Sul, colhe-se:

""AGRAVO DE INSTRUMENTO. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO

ADOLESCENTE. DIREITO À EDUCAÇÃO. FORNECIMENTO DE VAGA EM CRECHE A CRIANÇAS DE IDADE ENTRE ZERO E SEIS ANOS. POSSIBILIDADE DE FORNECIMENTO DA VAGA. RECURSO PROVIDO. (SEGredo DE JUSTIÇA).' (TJRS - AI n. 70031735442, Sétima Câmara Cível, Rel. Des. Ricardo Raupp Ruschel, j. em 28/10/2009).

"APELAÇÃO CÍVEL. ECA. EDUCAÇÃO. VAGA EM ESTABELECIMENTO DE EDUCAÇÃO INFANTIL. TURNO INTEGRAL. DIREITO FUNDAMENTAL DA CRIANÇA À EDUCAÇÃO. 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. A educação infantil, segundo o art. 29 da Lei 9.394/96, visa o desenvolvimento integral da criança, em seus aspectos físico, psicológico, intelectual e social, complementando a ação da família e da comunidade. A implementação da educação infantil em turno integral garante aos menores de seis anos o direito ao ensino na forma mais ampla, além de evitar que se exponham a situações de risco. APELAÇÃO PROVIDA.' (TJRS - Apelação Cível n. 70024360638, Sétima Câmara Cível, Rel. Des. André Luiz Planella Villarinho, j. em 11/03/2009).

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. DIREITO À EDUCAÇÃO. VAGA PARA EDUCAÇÃO INFANTIL - CRECHE - EM TURNO INTEGRAL. GARANTIA FUNDAMENTAL. DIREITO SOCIAL. OBRIGAÇÃO DO ESTADO EM SENTIDO AMPLO, AÍ INCLUÍDO O MUNICÍPIO DE SÃO SEBASTIÃO DO CAÍ. ARTS. 6º E 208 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ART. 54 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. PRECEDENTES. AGRAVO DESPROVIDO. (SEGredo DE JUSTIÇA).' (TJRS - Agravo de Instrumento n. 70026479543, Sétima Câmara Cível, Rel. Des. Vasco Della Giustina, j. em 19/11/2008).

"Necessário ressaltar que não há falar em impossibilidade de o

Poder Judiciário intervir nos atos administrativos do Poder Executivo, tais como o presente, ligado à gestão da rede de ensino público, pois, em verdade, o que aqui se discute é a legalidade da conduta da Administração Pública, uma vez que a formação e a educação infantil é direito fundamental previsto na Constituição da República e, por isso, não pode ficar dependente de burocracias da Administração Pública Municipal.

"Ademais, como muito bem explicitado pelo eminente Des. Jaime Ramos, no voto da Apelação Cível n. 2006.036901-2, 'se o direito à educação é um direito fundamental previsto na constituição, denota-se que o Poder Público é obrigado a implementar esse direito mediante políticas públicas concretas. Por isso o inadimplemento 'qualificar-se-á como uma censurável situação de inconstitucionalidade por omissão imputável ao Poder Público'. (STF, AgRg no RE n. 410.715/SP, Relator: Min. Celso de Mello, julgado em 22.11.2005).

"Logo, a supressão ao exercício de direito fundamental por ato administrativo, ainda que pautada em juízo da discricionariedade e da conveniência da administração, ou por critérios financeiros, deve ser corrigida pelo Poder Judiciário, especialmente quando do outro lado da balança pende o direito à educação, que não pode esperar, em particular nesse estágio de formação do ser humano. Afinal, não respaldar preceito tão básico como a educação repercutirá num dano maior ainda para a coletividade do que eventual comprometimento orçamentário transitório.

"Tratando-se de garantia constitucional, longe de aventar-se que seja instituído por norma meramente programática, a intervenção do Poder Judiciário não caracteriza ofensa aos princípios da independência entre os poderes (art. 2º, da Constituição Federal de 1988) e da legalidade (art. 5º, inciso I, e 37, 'caput', da Magna Carta), que em cumprimento de sua função constitucional deve, quando provocado, apreciar a suscitada ocorrência de lesão ou ameaça de lesão a direito (art. 5º, XXXV, da CF). O Poder Judiciário não está imiscuindo-se indevidamente na esfera de atuação discricionária de outro Poder

e sim determinando que ele cumpra aquilo que a Constituição e as leis lhe mandam cumprir'.

"Destarte, tem-se que a intervenção do Poder Judiciário em atos do Poder Executivo, mormente em casos como o presente, é legítima, e não caracteriza ofensa ao princípio da separação dos poderes, porquanto visa garantir o cumprimento de direito fundamental de crianças entre 0 (zero) e 6 (seis) anos de idade.

"Sendo assim, à vista de todos os argumentos ora expostos, em exame de cognição sumária, apesar do esforço do recorrente, não há como se vislumbrar, claramente, relevância na argumentação exposta, a ponto de se conceder o almejado efeito suspensivo.

"Consigna-se, outrossim, que a análise da matéria para o fim de concessão de efeito suspensivo, pela celeridade que lhe é peculiar, dispensa digressão acerca de toda a temática que envolve os fatos, a qual merecerá o devido exame por ocasião do julgamento do mérito. Por isso, deixa-se a cargo do colegiado competente desta Corte para que decida, com maior amplitude, o mérito recursal, já que 'consoante o § 1º, do art. 12, do Ato Regimental n. 41/00 desta Corte, a Câmara Civil Especial possui atribuição para o julgamento dos pedidos de efeito suspensivo e admissibilidade do agravo de instrumento. As questões prejudiciais de mérito da ação principal somente poderão ser verificadas num segundo momento, quando o recurso for redistribuído para as câmaras especializadas [...]'. (TJSC - Conflito de Competência n. 2004.002705-2, de São Francisco do Sul, Rel. Desa. Salete Silva Sommariva, j. em 30.11.2005).

"A propósito, extrai-se o seguinte trecho do corpo do v. aresto:

"Com efeito, na admissibilidade do agravo de instrumento também deverão ser observados os pressupostos processuais para o seu conhecimento. Todavia, não se pode confundir tais pressupostos com os da ação principal. O que se deduz do mencionado ato regimental é que a Câmara Civil Especial terá como atribuição o julgamento dos pedidos de efeitos suspensivo e a

admissibilidade do agravo de instrumento, compreendido nela os pressupostos processuais do próprio agravo (adequação, tempestividade, regularidade formal, preparo, capacidade, legitimidade e interesse recursal). As prejudiciais de mérito da ação principal somente poderão ser verificadas num segundo momento, quando o recurso for redistribuído para uma das câmaras especializadas.'

'''Ex positis', admite-se o processamento do agravo na sua forma de instrumento e, nos termos do artigo 527, inciso III, do Código de Processo Civil, **indefere-se o efeito suspensivo** postulado, mantendo-se, por ora, a decisão agravada, até o pronunciamento definitivo da Câmara competente.".

De igual forma, do bem lançado parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça, da lavra do Exmo. Sr. Dr. **Tycho Brahe Fernandes**, devido à relevância, extrai-se o seguinte trecho, que passa a integrar os fundamentos deste acórdão:

"Entendo que o presente agravo de instrumento, interposto pelo Município de Caçador deverá ser conhecido, - eis que próprio, tempestivo (fls. 2 a 15), instruído com os documentos necessários exigidos pelo artigo 525, I do CPC (fls. 15, 16 e 17-31), sendo o recorrente isento do preparo -, porém não provido.

"Com efeito, no que se refere a antecipação dos efeitos da tutela em face do município, o art. 213 § 1º do ECA é cristalino:

'''Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

'''§ 1º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, citando o réu.'

"A propósito, esclarecem Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery ('in' Código de processo civil comentado e legislação extravagante. 11. ed. rev. ampl. e atual. Até 17.2.2010. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

p. 556) que:

"É admissível tutela antecipada contra a Fazenda Pública (STF, Pleno, ADC 4, rel. Min. Sydney Sanches, m.v., j. 10.9.1997). No mesmo sentido: TJRT 60: 'Admissível a antecipação de tutela de mérito, mesmo contra a fazenda pública, desde que presentes os seus pressupostos'."

"Assim, há que se reconhecer que o juízo 'a quo' estava autorizado a conceder a liminar sem a oitiva da pessoa jurídica de direito público, pois já se encontra definido que a exigência contida no artigo 2º da Lei n. 8.437/92, é amenizada quando a medida mostra-se urgente e quando os bens violados forem de difícil reparação, o que é o caso dos autos.

"No sentido do aqui defendido, o STJ assim entende:

"ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONCESSÃO DE LIMINAR SEM OITIVA DO PODER PÚBLICO. ART. 2º DA LEI 8.437/1992. AUSÊNCIA DE NULIDADE.

"1. O STJ, em casos excepcionais, tem mitigado a regra esboçada no art. 2º da Lei 8437/1992, aceitando a concessão da Antecipação de Tutela sem a oitiva do poder público quando presentes os requisitos legais para conceder medida liminar em Ação Civil Pública.

"2. No caso dos autos, não ficou comprovado qualquer prejuízo ao agravante advindo do fato de não ter sido ouvido previamente quando da concessão da medida liminar .

"3. Agravo Regimental não provido.' (AgRg no Ag 1314453/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, j. em 21.9.2010, DJe 13.10.2010, sem grifos no original).

"Ademais, encontram-se presentes os requisitos para a concessão da liminar sem oitiva da parte contrária, na forma prevista no artigo 12 da Lei n. 7.347/85.

"Assim, é de se afastar, portanto, essa proemial.

"No que se refere à alegada ausência dos requisitos para a

antecipação dos efeitos da tutela na ação civil pública, o agravante afirma que 'a lista de espera por vagas nas creches e pré-escolas do Município já não é mais a mesma da época das investigações que culminaram na presente ação civil pública' (fls. 09-10), que 'de acordo com informação recente da Secretaria Municipal de Educação, no segundo semestre de 2010 foi suprida a demanda reprimida' (fl. 12) e que 'para atender a demanda reprimida ATUAL, QUE É DE 126 ALUNOS, já foram planejadas ações em parceria com o Ministério da Educação, visto que as verbas municipais e federais não cobrem todas as despesas arcadas com a educação infantil e fundamental' (fl. 13).

"Todavia, o único estudo realizado, datado de 10.6.2010, aponta a existência de 456 (quatrocentos e cinquenta e seis) crianças na fila de espera (fl. 81).

"De outro lado, embora o agravante alegue que já criou as vagas referentes a tal estudo, e que atualmente a demanda é de apenas 126 crianças, não trouxe qualquer prova nesse sentido, limitando-se a juntar recortes de jornal de circulação local, o qual apenas noticia que o Município 'irá construir' (fl. 133) uma creche com capacidade para 240 crianças.

"Evidente, portanto, que não há nos autos qualquer indício de que o agravante tenha, efetivamente, criado as vagas que alega, e que os recortes de jornal juntados (fls. 133 – 135) não são suficientes para demonstrar o cumprimento da decisão de fls. 17-31, razão pela qual não é de ser provido o agravo interposto."

Não se olvide que, segundo o art. 208, inciso IV, da Constituição Federal de 1988, "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".

Pelo exposto, nega-se provimento ao recurso.

DECISÃO

Nos termos do voto do Relator, por votação unânime, a Câmara negou provimento ao recurso.

Conforme disposto no Ato Regimental n. 80/2007-TJ, publicado no Diário de Justiça Eletrônico de 07.08.2007, registra-se que do julgamento realizado em 14.07.2011, participaram, com votos, além do Relator, os Exmos. Srs. Desembargadores Cláudio Barreto Dutra (Presidente) e Rodrigo Collaço.

Florianópolis, 14 de julho de 2011.

Jaime Ramos
Relator