TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA de Monte Mor

Foro de Monte Mor

2ª Vara

Rua João Carlos Gomes Carneiro, 12, Monte Mor - SP - cep 13190-000

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às19h00min

0007170-86.2014.8.26.0372 - lauda

SENTENÇA

Processo Físico nº:

0007170-86.2014.8.26.0372

Classe - Assunto

Procedimento Ordinário - Ensino Fundamental e Médio

Requerente:

MIGUEL DE LUCCA MUNIZ SOARES

Requerido:

Municipio de Monte Mor

Justiça Gratuita

CONCLUSÃO: Aos, faço estes autos conclusos ao Excelentíssimo Senhor Doutor RAFAEL IMBRUNITO FLORES, MM. Juiz de Direito desta Comarca. Eu, Ana Elisa Duarte de Medeiros, Escrevente Técnico Judiciário, Matrícula 365.695-A

Juiz(a) de Direito: Dr(a). Rafael Imbrunito Flores

Vistos.

MIGUEL DE LUCCA MUNIZ SOARES, menor impúbere devidamente representado por sua genitora Bruna Eduarda Muniz Soares, ajuizou “AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA” em face da PREFEITURA MUNICIPAL DE MONTE MOR, afirmando que procurou a Secretaria de Educação local para realizar matrícula em creche próxima a sua residência. No entanto, até o momento, sua pretensão não foi atendida, já que não há vagas nos estabelecimentos, sendo solicitado que aguardasse na fila de espera. Requereu, portanto, a concessão da vaga liminarmente para que a menor fosse imediatamente matriculada, assim como a confirmação da medida liminar por sentença. Juntou documentos (fls. 13/22).

Foi concedido parcialmente o pedido liminar (fls. 40/41).

A ré foi citada (cf. certidão de fls. 46) e apresentou contestação a fls. 60/67. Preliminarmente, alega incompetência do Juízo, aduzindo que a matéria é de competência absoluta do Juizado Especial da Fazenda. Alega, ainda, inépcia da inicial, já que não foram incluídos no polo passivo da demanda as demais crianças que aguardam na fila para obtenção de referida vaga. No mérito, pugna pela improcedência, sustentando a tese da reserva do possível, da impossibilidade de escolha de um estabelecimento de ensino específico e da necessidade de comprovação de trabalho de ambos os pais.

Parecer ministerial a fls. 74/78.

É o relatório.

Passo à fundamentação.

O feito em questão comporta o julgamento antecipado, nos termos do art. 330, inciso I, do Código de Processo Civil, haja vista que a questão controvertida nos autos é meramente de direito, mostrando-se, por outro lado, suficientes as provas documentais e periciais produzidas, para dirimir as questões de fato suscitadas, de modo que despiciendo se faz designar audiência de instrução e julgamento para a produção de novas provas.

A requerida alega, em preliminar, a incompetência absoluta deste Juízo e a necessidade de remessa dos autos ao Juizado Especial da Fazenda.

Já se consolidou o entendimento de que o juízo da Infância e Juventude é competente para julgamento da ação de que discute o fornecimento de vaga em creche, por se tratar de direito da criança.

Nesse sentido:

ECA. FORNECIMENTO DE VAGA EM CRECHE. COMPETÊNCIA DO JUIZADO DA INFANCIA E JUVENTUDE. A competência para processar e julgar a ação de ordinária postulando o fornecimento de vaga em creche é do Juizado da Infância e Juventude. Precedentes jurisprudenciais. AGRAVO PROVIDO. EM MONOCRÁTICA. (Agravo de Instrumento Nº 70060360658, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 01/07/2014).

ECA . AÇÃO ORDINÁRIA. PEDIDO DE VAGA EM CRECHE E EM ESTABELECIMENTO PÚBLICO DE ENSINO. DIREITO À EDUCAÇÃO. COMPETÊNCIA. JUÍZO DA INFÂNCIA E JUVENTUDE. 1. A competência da Justiça da Infância e Juventude é ditada pelo art. 148 do ECA , estando ali elencadas as ações ordinárias e civis fundadas em interesses individuais, difusos ou coletivos afetos à criança e ao adolescente. 2. É competente para as ações que envolvem garantir o direito à atendimento em creche e pré-escola de crianças e adolescentes o Juizado Regional da Infância e Juventude, tal como disposto no art. 208 , inc. III , do ECA , bem como sucede com os recursos decorrentes dessas ações, onde são competentes as Câmaras integrantes do 4º Grupo Cível. Inteligência do art. 11, inc. IV, da Resolução nº 1/98. Recurso provido. (Agravo de Instrumento Nº 70061406575, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 17/09/2014).

Também alega a requerida, em preliminar, a necessidade de inclusão de todos os menores que se encontram em “fila” de espera para concessão de vaga em creche.

Igualmente, tal preliminar não merece ser acolhida. Primeiro porque não se pode obrigar alguém a demandar ativamente e, segundo, porque, não se deve impedir qualquer pessoa a ingressar em juízo em conjunto com outrem, sob pena de lhe privar do exercício do direito constitucional de ação, previsto no art. 5º, inc. XXXV, Constituição Federal.

Aliás, em comentário ao artigo 47, do Código de Processo Civil, NELSON NERY JUNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY elucidam que:

"Quando, pelo direito material, a obrigatoriedade da formação do litisconsórcio deva ocorrer no pólo ativo da relação processual, mas um dos litisconsortes não quiser litigar em conjunto com o outro, esta atitude potestativa não pode inibir o autor de ingressar com a ação em juízo, pois ofenderia a garantia constitucional do direito de ação (CF, art. 5º XXXV)". (in Código Civil Comentado. 8. ed. rev., ampl. e atual. até 12/07/2011. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 274).

Dessa forma, obrigar todas as pessoas que compõem a lista de espera por uma vaga em creche a propor uma única ação em litisconsórcio ativo implicaria no cerceamento do direito de ação não só do autor, como também do Ministério Público Estadual, configurando, portanto, violação de uma norma constitucional.

Portanto, também rejeito as preliminares de incompetência do Juízo e de litisconsórcio ativo necessário.

No mérito, o pedido é parcialmente procedente.

Consagra o artigo 205 da Constituição Federal: “a educação, direito de todos e dever do Estado...”.

Esse direito à educação está intrinsecamente ligado ao direito constitucional à dignidade da pessoa e, portanto, é também um direito fundamental e como tal deve respeitado.

A matéria, pois, diz respeito a direitos indisponíveis da criança e do adolescente de receberem assistência do Estado e proteção à sua pessoa. Esta proteção inclui não só a educação formal e curso regular como também o atendimento em escola para que os genitores, principalmente a mãe, possam trabalhar e com isto assegurar o sustento da criança.

Não por outro motivo é que a Constituição de 1988 consagrou o Direito da criança de receber atendimento em creche e pré-escola desde zero até cinco anos de idade (artigo 208, IV).

O Estatuto da Criança e do Adolescente abrigou o mandamento constitucional e repetiu a regra em seu artigo 54, inciso IV, assegurando à criança em idade pré-escolar atendimento em creche ou instituição similar.

Revela-se obrigação inafastável do Poder Público e das entidades Municipais para tanto instituídas providenciar vagas suficientes para atendimento do impetrante em respeito ao seu direito de receber amparo e educação. Bem por isso a Constituição Federal designou percentual mínimo de dotação orçamentária que deve ser destinado a esse mister (artigo 212, caput). Este direito da criança e do adolescente deve ser sempre objeto de concreta tutela jurisdicional do Estado, para realização dos mandamentos constitucionais.

Segundo entendimento consolidado do STJ, a tese da Reserva do Possível não pode ser oposta quando estiver em discussão interesses de crianças e adolescentes. Foi o que decidiu o Ministro Humberto Martins no RE 1.185.474-SC:

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL – ACESSO À CRECHE AOS MENORES DE ZERO A SEIS ANOS – DIREITO SUBJETIVO – RESERVA DO POSSÍVEL – TEORIZAÇÃO E CABIMENTO – IMPOSSIBILIDADE DE ARGUIÇÃO COMO TESE ABSTRATA DE DEFESA – ESCASSEZ DE RECURSOS COMO O RESULTADO DE UMA DECISÃO POLÍTICA – PRIORIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS – CONTEÚDO DO MÍNIMO EXISTENCIAL – ESSENCIALIDADE DO DIREITO À EDUCAÇÃO – PRECEDENTES DO STF E STJ.

1. A tese da reserva do possível assenta-se em ideia que, desde os romanos, está incorporada na tradição ocidental, no sentido de que a obrigação impossível não pode ser exigida (Impossibilium nulla obligatio est - Celso, D. 50, 17, 185). Por tal motivo, a insuficiência de recursos orçamentários não pode ser considerada uma mera falácia.
2. Todavia, observa-se que a dimensão fática da reserva do possível é questão intrinsecamente vinculada ao problema da escassez. Esta pode ser compreendida como "sinônimo" de desigualdade. Bens escassos são bens que não podem ser usufruídos por todos e, justamente por isso, devem ser

distribuídos segundo regras que pressupõe o direito igual ao bem e a impossibilidade do uso igual e simultâneo.

1. Esse estado de escassez, muitas vezes, é resultado de um processo de escolha, de uma decisão. Quando não há recursos suficientes para prover todas as necessidades, a decisão do administrador de investir em determinada área implica escassez de recursos para outra que não foi contemplada. A título de exemplo, o gasto com festividades ou propagandas governamentais pode ser traduzido na ausência de dinheiro para a prestação de uma educação de qualidade.
2. É por esse motivo que, em um primeiro momento, a reserva do possível não pode ser oposta à efetivação dos Direitos Fundamentais, já que, quanto a estes, não cabe ao administrador público preteri-los em suas escolhas. Nem mesmo a vontade da maioria pode tratar tais direitos como secundários. Isso, porque a democracia não se restringe na vontade da maioria. O princípio do majoritário é apenas um instrumento no processo democrático, mas este não se resume àquele. Democracia é, além da vontade da maioria, a realização dos direitos fundamentais. Só haverá democracia real onde houver liberdade de expressão, pluralismo político, acesso à informação, à educação, inviolabilidade da intimidade, o respeito às minorias e às ideias minoritárias etc. Tais valores não podem ser malferidos, ainda que seja a vontade da maioria. Caso contrário, se estará usando da "democracia" para extinguir a Democracia.
3. Com isso, observa-se que a realização dos Direitos Fundamentais não é opção do governante, não é resultado de um juízo discricionário nem pode ser encarada como tema que depende unicamente da vontade política. Aqueles direitos que estão intimamente ligados à dignidade humana não podem ser limitados em razão da escassez quando esta é fruto das escolhas do administrador. Não é por outra razão que se afirma que a reserva do possível não é oponível à realização do mínimo existencial.
4. O mínimo existencial não se resume ao mínimo vital, ou seja, o mínimo para se viver. O conteúdo daquilo que seja o mínimo existencial abrange também as condições socioculturais, que, para além da questão da mera sobrevivência, asseguram ao indivíduo um mínimo de inserção na "vida" social.
5. Sendo assim, não fica difícil perceber que dentre os direitos considerados prioritários encontra-se o direito à educação. O que distingue o homem dos demais seres vivos não é a sua condição de animal social, mas sim de ser um animal político. É a sua capacidade de relacionar-se com os demais e, através da ação e do discurso, programar a vida em sociedade.
6. A consciência de que é da essência do ser humano, inclusive sendo o seu traço característico, o relacionamento com os demais em um espaço público - onde todos são, in abstrato , iguais, e cuja diferenciação se dá mais em razão da capacidade para a ação e o discurso do que em virtude de atributos biológicos - é que torna a educação um valor ímpar. No espaço público - onde se travam as relações comerciais, profissionais, trabalhistas, bem como onde se exerce a cidadania - a ausência de educação, de conhecimento, em regra, relega o indivíduo a posições subalternas, o torna dependente das forças físicas para continuar a sobreviver e, ainda assim, em condições precárias.
7. Eis a razão pela qual o art. 227 da CF e o art. 4º da Lei n. 8.069/90 dispõem que a educação deve ser tratada pelo Estado com absoluta prioridade. No mesmo sentido, o art. 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente prescreve que é dever do Estado assegurar às crianças de zero a seis anos de idade o atendimento em creche e pré-escola. Portanto, o pleito do Ministério Público encontra respaldo legal e jurisprudencial. Precedentes: REsp 511.645/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 18.8.2009, DJe 27.8.2009; RE 410.715 AgR / SP - Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 22.11.2005, DJ 3.2.2006, p. 76.
8. Porém é preciso fazer uma ressalva no sentido de que mesmo com a alocação dos recursos no atendimento do mínimo existencial persista a carência orçamentária para atender a todas as demandas. Nesse caso, a escassez não seria fruto da escolha de atividades não prioritárias, mas sim da real insuficiência orçamentária. Em situações limítrofes como essa, não há como o Poder Judiciário imiscuir-se nos planos governamentais, pois estes, dentro do que é possível, estão de acordo com a Constituição, não havendo omissão injustificável.
9. Todavia, a real insuficiência de recursos deve ser demonstrada pelo Poder Público, não sendo admitido que a tese seja utilizada como uma desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, principalmente os de cunho social. No caso dos autos, não houve essa demonstração. Precedente: REsp 764.085/PR, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 1º.12.2009, DJe 10.12.2009.

Recurso especial improvido. (STJ – RE 1.185.474-SC, Min. Humberto Martins. Julg. 20 de abril de 2010).

Pelas provas produzidas nos autos, não restou devidamente comprovada a real insuficiência de recursos do município.

Devidamente comprovado, nos autos, que a genitora da menor trabalha sob formal vínculo empregatício durante 8 (oito) horas diárias (cf. cópia da CTPS de fls. 55), devendo ser fornecida vaga em creche em período integral.

De fato, não é possível a escolha de unidade escolar específica pela representante do menor. A disponibilização deverá ocorrer, se possível, na creche mais próxima à residência da autora. E, em caso de não haver vaga disponível na unidade mais próxima à residência da criança, deve-se providenciar a matrícula em outra unidade, desde que fornecido o devido transporte.

Dessa forma, incumbe, portanto, ao Poder Público assegurar acesso da requerente à escola próxima de sua residência (artigo 53, inciso V, ECA), não bastando assegurar vaga em qualquer escola a exclusivo talante da autoridade de ensino, por mais respeitáveis que sejam seus critérios. O único critério aqui admissível, e que substitui e supera todos os demais, é o da lei. Soluções incompatíveis com o expresso mandamento legal não atendem o direito da autora, decorrente de lei expressa e que deve ser amparado.

Dispositivo.

Ante o exposto e à vista do mais que consta dos autos, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE a presente ação, tornando definitiva a tutela antecipada, nos termos do artigo 269, inciso I, do Código de Processo Civil, para condenar o réu a fornecer gratuitamente à autora a vaga na creche, em período integral, ininterruptamente e pelo prazo necessário a sua formação pedagógica, na unidade escolar mais próxima de sua residência ou, na impossibilidade, naquela em que houver vagas, desde que fornecido o devido transporte.

No mais, com base no art. 26, CPC, condeno a Prefeitura Municipal de Monte Mor-SP pelo ônus de sucumbência, no valor de 10% (dez por cento) do valor da causa.

Oportunamente, arquivem-se os autos, com as cautelas e comunicações de praxe.

P.R.I.C.

Monte Mor, 01 de junho de 2015.

DOCUMENTO ASSINADO DIGITALMENTE NOS TERMOS DA LEI 11.419/2006, CONFORME IMPRESSÃO À MARGEM DIREITA