TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA de SÃO PAULO

Foro Regional IV - Lapa

Vara da Infância e da Juventude

Rua Aurélia nº 650, 1º andar, Vila Romana - CEP 05046-000, Fone: (11) 3673-1577, São Paulo-SP - E-mail: [lapainf@tjsp.jus.br](mailto:lapainf@tjsp.jus.br)

Processo n.º4002757-33.2013.8.26.0004

SENTENÇA

Processo:

4002757-33.2013.8.26.0004 - Obrigação de Fazer

Autor:

Ana Clara Alves Machado

Requerida:

Prefeitura do Municipio de São Paulo

Juiz de Direito: Dr. Reinaldo Cintra Torres de Carvalho

Vistos.

Ana Clara Alves Machado, ingressou com este pedido de Obrigação de Fazer - com o objetivo de compelir a Prefeitura do Municipio de São Paulo ao fornecimento de vaga escolar próxima da sua residência.

A petição inicial tem por base, em essência, a defesa do direito à escolarização das crianças e adolescentes, em estabelecimento público e gratuito próximo da respectiva residência. Sustenta-se a competência absoluta do Juízo da Infância e da Juventude, e a relevância da proteção liminar.

Vieram documentos comprovando as diligências preliminares (fls 13/16).

Manifestação do Ministério Público às fls 23.

Liminar deferida às fls 24/28.

A requerida apresentou a contestação de fls 33/35, e em preliminar pede a extinção do feito, sem julgamento do mérito, pela perda superveniente do interesse processual, pois a criança já estava matriculada. Reconhece o direito ao acesso à educação, mas manifesta ausência de condições materiais de acolhimento do pedido, por ausência de capacidade física e pela real existência de vagas. Defendeu o princípio constitucional da autonomia executiva contra a ingerência judiciária. Defendeu a lisura dos critérios adotados para a distribuição de vagas conforme a ordem cronológica de inscrição e a impossibilidade de se impor ao Município uma obrigação de fazer consistente em obter vaga em escola municipal ou particular imediatamente, por estar em desconformidade com o ordenamento jurídico vigente. Enfim, pediu a improcedência do pedido e juntou os documentos de fls. 36/37.

Réplica em fls. 52/54 e manifestação Ministerial em fls. 58/63.

É o relatório.

DECIDO.

Cuida-se de ação de Obrigação de Fazer, para concessão de vaga escolar para a criança na rede pública de ensino.

De um modo geral cuidou-se de antecipar na decisão concessiva de liminar, parte dos temas que se repetem costumeiramente, tanto nas petições iniciais quanto nas contestações apresentadas.

Por primeiro, analiso e rejeito a preliminar de falta de interesse processual das partes requerentes, tendo em vista que a matrícula foi efetivada apenas em 11/06/2014 (fls. 37), ou seja, após a devida citação e intimação da requerida, que ocorreu em 22/05/2014 (fls. 31).

Passo então a analisar o mérito.

A matéria de fundo já bastante conhecida deste juízo. O problema da inexistência de vagas na rede pública de ensino que possibilite a matrícula de crianças e adolescentes em escolas próximas de sua residência tem implicado na concessão de vagas em estabelecimentos de ensino distante da residência das crianças ou adolescentes. Tal situação assemelha-se à negativa de vagas e violação ao exercício do direito à educação, pois impede o acesso ao ensino. Esta vara tem julgado inúmeros processos iguais ao presente, sendo que em sede recursal, a matéria se encontra pacificada.

O ordenamento jurídico reza que:

1. O artigo 208, inciso I, da Constituição Federal, institui como dever do Estado a garantia de acesso ao ensino fundamental, obrigatório e gratuito; o inciso IV do mesmo artigo consagra o direito de crianças de até 5 anos de idade de serem matriculadas em creches e pré-escolas públicas;
2. o artigo 53, inciso V, da Lei 8.069/90, assegura às crianças e adolescentes o acesso a escola pública e gratuita próxima de sua residência;
3. o artigo 54, inciso I, da Lei 8.069/90, repete o comando inscrito no artigo 208, inciso I, da Constituição Federal, impondo ao Estado o dever de assegurar à criança ou adolescente ensino fundamental obrigatório e gratuito; já o inciso IV do referido artigo refere-se ao dever do estado de garantir o acesso a vagas em creches e pré-escolas para crianças de zero a seis anos de idade e
4. o artigo 4, II da Lei 9.394/96, impõe ao poder público a universalização do ensino médio gratuito.

Do regramento mencionado, temos que é direito individual, público e subjetivo o acesso de crianças e adolescentes às redes oficiais de educação infantil (creches e pré-escolas) e de ensino fundamental (da 1ª à 9ª séries) e progressão ao ensino médio; as vagas devem ser disponibilizadas em estabelecimento próximo da residência da criança ou adolescente.

Firma-se assim o direito líquido e certo de acesso ao ensino público, seja infantil fundamental ou médio e a legitimidade passiva da digna autoridade impetrada, por ser um dos responsáveis pelo atendimento.

Não existe o risco de usurpação da competência administrativa. A Lei impõe o dever do Estado de garantir acesso de criança e adolescente a ensino fundamental e médio. Havendo violação a este direito, aliás direito fundamental, deve o Poder Judiciário ser acionado para sanar a violação do direito garantido.

Sobre a possibilidade de controle judicial dos atos ou omissões administrativas destaca-se a lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro: “O direito brasileiro adotou o sistema da jurisdição uma, pelo qual o Poder Judiciário tem o monopólio da função jurisdicional, ou seja, do poder de apreciar, com força de coisa julgada, a lesão ou ameaça de lesão a diretos individuais e coletivos.... O fundamento Constitucional do sistema da unidade de jurisdição é o artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, que proíbe a lei de excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito. Qualquer que seja o autor da lesão, mesmo o poder público, poderá o prejudicado ir às vias judiciais.”

No presente caso, não tendo sido atendido o reclamo da criança, apesar da intervenção ministerial, faz-se de rigor a intervenção judicial para assegurar o atendimento do direito prioritário à educação e proteção integral. Portanto, inexiste violação ao princípio da separação dos poderes, na medida em que o próprio princípio invocado autoriza e determina o controle judicial dos atos administrativos.

Nesse sentido está decidido pelo Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo que:

“Não se discute, em tese, a possibilidade jurídica de se impor à Administração Pública obrigação de fazer, outorgando tutela específica e efetiva, nos moldes previstos pelos artigos 461 do Código de Processo Civil, e 84 do Código de Defesa do Consumidor, notadamente para fazer cumprir direito subjetivo outorgado aos cidadãos pela Constituição Federal e pelas legislações infraconstitucionais. Seria extremamente cômodo negar-se tal possibilidade sob o argumento de que a concessão de tutela específica em face da Administração Pública implicaria indevida intervenção do Poder Judiciário na atuação discricionária garantida, também constitucionalmente, à Administração Pública. O poder discricionário, delimitado por Hely Lopes Meirelles como aquele que o Direito concede à Administração, de modo explícito ou implícito, para praticar atos administrativos com liberdade na escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo (Direito Administrativo Brasileiro, 17ª edição, Malheiros Editores, São Paulo, 1992, pág 102), não pode, por certo, servir de escudo ao Administrador, legitimando o descumprimento de deveres impostos à Administração e, conseqüentemente, desrespeitando direitos subjetivos dos cidadãos.

Bem por isso, é função essencial do Poder Judiciário, por intermédio da atividade jurisdicional, reconhecer os direitos subjetivos dos jurisdicionados e lhes conceder tutela útil e efetiva. Em outras palavras, o respeito aos direitos subjetivos dos cidadãos legitima o Poder Judiciário à imposição de comandos a todos aqueles, incluindo o Estado, que vierem a molesta-los. Pensamento diverso conduziria à negação da própria atividade jurisdicional, colidindo, frontalmente, com as novas idéias que emergem do Direito Processual Moderno, entre os quais a efetividade da jurisdição (vide Agravos de Instrumento nos 92.215.0-0 e 92.711.0-3, Relator Desembargador Borelli Machado).

Julgamento exemplar da Egrégia Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo (em 24/11/2003), nos autos do Agravo de Instrumento n.º 104.316-0/0-00, sendo Relator o Desembargador Viseu Júnior, bem analisou a questão relacionada a alegação de usurpação de competência pelo Poder Judiciário em casos de determinação de cumprimento da lei vale a transcrição parcial desse V. Acórdão:

“Há que se considerar que a preocupação do administrador público com o atendimento dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal deve preceder a todas as outras prioridades do governo, cumprindo ao Poder Judiciário socorrer aqueles que se utilizam da via judicial para fazer prevalecer seus reclamos.

Assim, no caso, a decisão que assegura à parte o respeito a um direito individual não configura indevida ingerência do Judiciário em poder discricionário do Executivo, mas simples exercício de sua missão constitucional de fazer cumprir e respeitar as normas legais em vigor.

O respeito à norma legal não está sujeito ao arbítrio do administrador público. Só há discricionariedade quando de duas ou mais providências possíveis, qualquer delas possa atender ao escopo legal.

O agente político pode definir a melhor forma de executar a lei, mas não pode deixar de cumpri-la sob qualquer pretexto. A lei constitui limite ao exercício do poder discricionário. Se desobedecer aos ditames legais, a conduta ativa ou omissiva fica sujeita ao controle judicial.

Em outras palavras, o respeito ao princípio da conveniência e oportunidade da Administração Pública não pode merecer o conceito tão lato que permita ao governante decidir se cumpre a lei. No caso, a discricionariedade do ato estará a salvo com a liberdade de decidir como atenderá a demanda, se aumentando o número de veículos ou valendo-se de convênios com entidades de direito privado.

Afasta-se, assim, a visão de que as garantias sociais contidas na norma constitucional supra referida explicitam comandos-valores de caráter programático, não são passíveis de imediata exigibilidade junto ao Poder Judiciário.

(...).

Por esses motivos, conclui-se que a decisão questionada, que assegura à parte o respeito a um direito, em princípio não configura indevida ingerência do Judiciário em poder discricionário do Executivo, mas simples exercício de sua missão constitucional de fazer cumprir e respeitar as normas legais em vigor (art 5.º, inciso XXXV da CF).”

Também já se manifestou o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, em voto da Ministra Eliana Calmon: “A Lei de Diretrizes e Bases prioriza o ensino fundamental, e o Estatuto da Criança e do Adolescente impõe ao Estado o dever de atender aos menores, especialmente aos já matriculados na rede de ensino oficial. O não atendimento à matrícula em estabelecimento próximo à residência, praticamente inviabiliza o ensino das crianças carentes que não dispõem de transporte escolar e não podem sozinhas atravessar, muitas vezes, a cidade para chegar à escola. Dentro da obrigação imposta está a viabilidade da oferta de vaga, o que se concretiza com a matrícula em escola próxima.”

A pergunta que se faz é a seguinte: pode o Poder Judiciário imiscuir-se na Administração, impondo-lhe obrigação específica? A resposta é positiva, na medida em que se contemplam os novos rumos do Direito Administrativo. A partir da Constituição de 1988, não se pode mais tolerar o entendimento de que ao Poder Judiciário não cabe adentrar as questões internas da Administração, principalmente quando há carência orçamentária da municipalidade” (Recurso Especial 574.875-SP).

Em verdade o reconhecimento da carência de vaga em escola próxima das residências das crianças constitui premissa desta decisão. Mesmo porque, se vaga existisse, este pedido seria desnecessário.

Neste caso, a função do Poder Judiciário é garantir a efetivação do direito constitucional, individual, público e subjetivo à escolarização infanto-juvenil (artigo 208 da Carta de 1988), talvez o maior dos pilares da promessa também constitucional do atendimento prioritário à infância e juventude (artigo 227, idem).

As crianças, sujeitos de direito desta demanda, têm assegurado igualdade de direito e o asseguramento dele é providência de ordem prática, realista e indelegável, a ser efetivado pelo juiz. É dura no seu conteúdo, para que o poder executivo assuma o seu dever constitucional de prover a educação infanto-juvenil.

Manter as crianças autoras fora da rede do ensino acarreta retardo letivo em relação aos seus pares e risco de exclusão social. Metáfora da morte civil numa sociedade de massas, altamente tecnológica, exigente de capacitação profissional para parcos empregos.

Por igual, consolida-se o direito individual líquido e certo à matrícula escolar na rede oficial de ensino. Caso em que se admite a interferência judicial nos assuntos da Administração, sem violar preceitos constitucionais.

Não houve imposição da escola, quer pelo Juízo ou pela família. Tomado o princípio geral de que a vaga deve ser oferecida em estabelecimentos próximo das residências da crianças, garantiu-se ao Poder Público o arbítrio dessa alocação.

A Egrégia Câmara Especial do Tribunal de Justiça vem, reiteradamente, se manifestando no sentido do pleito formulado nestes autos, conforme se pode ver das ementas abaixo transcritas:

MANDADO DE SEGURANÇA – Impetração – Apelação contra sentença que garantiu a menor o direito a vaga em creche municipal – Direito à pré-escola assegurado pela Constituição Federal e pela legislação ordinária – Constitui dever do Estado, a disponibilização de vagas independente da discricionariedade da Administração Municipal – Inteligência do art. 208 da Constituição Federal – Recursos impróvidos (Apelação Cível n. 161.210-0/4-00 – Câmara Especial – Rel. MOREIRA DE CARVALHO – j. 05.05.08 – v.u.).

MENOR – Ação ordinária – Obrigação de fazer – Ajuizamento que visa assegurar vaga em creche municipal – Condenação da Municipalidade – Cabimento – Direito à pré-escola que é assegurado pelos arts. 208, inciso IV, e 211, § 2.º, da Constituição Federal, e pelo art. 54, inciso IV, do Estatuto da Criança e do Adolescente – Disponibilização de vagas que constitui dever do administrador municipal – Omissão decorrente da debilidade orçamentária que não pode servir de escusa para o descumprimento da Lei Maior – Inocorrência, portanto, de indevida ingerência do Judiciário em poder discricionário do Executivo – Recurso voluntário não conhecido, por ser intempestivo, sendo dado provimento parcial ao reexame necessário apenas para excluir da condenação o pagamento das custas e despesas processuais, nos termos do § 2º do art. 141 do Estatuto da Criança e do Adolescente. (Apelação Cível n. 158.424-0/3 – Câmara Especial – Rel. MOREIRA DE CARVALHO – j. 02.06.08 – v.u.).

Afasto a preliminar arguida de perda ou ausência de interesse processual das partes autoras, uma vez que a vaga só foi concedida após a citação e intimação da requerida da antecipação de tutela concedida liminarmente.

ISTO POSTO, e o mais que dos autos consta, JULGO PROCEDENTE o pedido para tornar definitiva a antecipação de tutela concedida liminarmente, para o fim de assegurar à parte autora ANA CLARA ALVES DOS SANTOS a sua matrícula na rede pública de ensino, em escola próxima de sua residência.

Anoto que a criança já se encontra matriculada em escola próxima de sua residência, razão pela qual nada mais a executar nestes autos.

Nos termos do artigo 475, § 2º do Código de Processo Civil, não havendo recurso voluntário, certifique-se o trânsito em julgado e quando oportuno, arquivem-se os autos com baixa no Sistema, no movimento judiciário e no acervo da Vara.

Sem custas, nem honorários.

P.R.I.

São Paulo, 21 de novembro de 2014.