



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Registro: 2021.0000756874

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Direta de Inconstitucionalidade nº 2274914-56.2019.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor DIRETÓRIO ESTADUAL DO PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE PSOL SP, são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO e MESA DA CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE EM PARTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PINHEIRO FRANCO (Presidente), CAMPOS MELLO, CRISTINA ZUCCHI, JACOB VALENTE, JAMES SIANO, CLAUDIO GODOY, MOREIRA VIEGAS, COSTABILE E SOLIMENE, TORRES DE CARVALHO, LUCIANA BRESCIANI, ELCIO TRUJILLO, DÉCIO NOTARANGELI, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, FIGUEIREDO GONÇALVES, RUY COPPOLA, LUIS SOARES DE MELLO, RICARDO ANAFE, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS E FERRAZ DE ARRUDA.

São Paulo, 15 de setembro de 2021

ADEMIR BENEDITO

RELATOR

Assinatura Eletrônica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

VOTO N°: 52059

ADIN N°: 2274914-56.2019.8.26.0000

COMARCA: SÃO PAULO

AUTOR: DIRETÓRIO ESTADUAL DO PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE (PSOL/SP)

RÉUS: PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO E OUTRO

Ação direta de inconstitucionalidade - Impugnação à Lei nº 17.244, de 05 de dezembro de 2019, do Município de São Paulo – Criação dos programas sociais “Mais Creche” e “Bolsa Primeira Infância” – Constitucionalidade do primeiro, exceto no tocante à possibilidade de credenciamento de entidade educacional com fins lucrativos, e inconstitucionalidade do segundo, vez que não possui estrita relação com a educação infantil, e que acarretaria desvirtuamento de recursos que deveriam ser empregados na expansão da rede de ensino municipal – Ação parcialmente procedente.

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Diretório Estadual do Partido Socialismo e Liberdade (PSOL/SP), com pedido liminar, pretendendo a imediata suspensão da eficácia da Lei Municipal n.º 17.244/2019, que *“cria os Programas Mais Creche e Bolsa Primeira Infância”* e, ao final, a declaração de sua inconstitucionalidade.

Sustenta o autor, em apertada síntese, que o ato normativo se encontra eivado por vícios insanáveis de inconstitucionalidade, decorrentes de máculas de ordem material.

Com efeito, argumenta-se que os artigos 1º, 2º e 9º da lei objurgada afrontam aos artigos 111 e 237 da Carta Bandeirante, sob justificativa de que: *“trata-se de verdadeira medida imoral, que foge de todos os critérios de razoabilidade, uma vez que ao invés de se garantir o direito da criança à educação infantil, a Lei pagará um valor em espécie, para conformar os pais haja vista a ausência de vaga para seus filhos. Frise-se que esse dinheiro não precisa ser usado para despesas educacionais dessas crianças, mas sim com aquilo que aquele que o recebe diretamente achar melhor, totalmente em descompasso com os arts. 111 e 237 da Constituição do Estado”*.

Em continuação, afirma que os artigos 3º, § 1º, 4º, § 4º e 13º da lei municipal violam a dignidade da pessoa humana (fls. 16), bem como o art. 117 da Constituição



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

do Estado de São Paulo (fls. 17), na medida em que constituem ofensa à obrigatoriedade da realização de licitação.

No ponto fulcral direcionado ao pleito cautelar, aduz estarem presentes os requisitos do "*fumus boni iuris*" e do "*periculum in mora*", por entender ser patente a violação à Constituição Estadual, bem como assevera a possível ocorrência de danos irreparáveis, mormente em razão de versar a norma objurgada sobre educação infantil.

Pede, assim, a procedência da ação, para a declaração de inconstitucionalidade dos artigos 1º, 2º, 3º, § 1º, 4º, § 3º, 9º e 13 da Lei Municipal nº 17.244/2019, por violação aos arts. 111, 117 e 237 da Constituição do Estado de São Paulo.

Foi indeferido o pleito liminar (fls. 150/154).

O Presidente da Câmara Municipal prestou as informações pertinentes e pugnou pelo reconhecimento da inépcia da inicial, ou pela improcedência da demanda (fls. 169/194).

O Sr. Prefeito de São Paulo, igualmente, em suas informações (fls. 343/363), defendeu a constitucionalidade do diploma legal questionado, requerendo a improcedência da presente ação direta.

A Procuradoria Geral de Justiça lavrou parecer pela parcial procedência do feito (fls. 455/473).

É o relatório.

Cuida-se de ação visando o reconhecimento da inconstitucionalidade de diversos dispositivos da Lei nº 17.244, de 05 de dezembro de 2019, do Município de São Paulo, que "*Dispõe sobre a criação dos Programas Mais Creche e Bolsa Primeira Infância*" (fls. 364/368), regulamentada pelo Decreto nº 59.134, de 12 de dezembro de 2019 (fls. 369/377).

A legislação impugnada tem o seguinte teor:



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

“LEI Nº 17.244, DE 5 DE DEZEMBRO DE 2019

Dispõe sobre a criação dos Programas Mais Creche e Bolsa Primeira Infância.

BRUNO COVAS, Prefeito do Município de São Paulo/SP, no uso das atribuições que lhe são conferidas por Lei, faz saber que a Câmara Municipal, em sessão de 4 de dezembro de 2019, decretou e eu promulgo a seguinte Lei:

Capítulo I DISPOSIÇÕES PRELIMINARES

Art.1º. Ficam criados os Programas Mais Creche e Bolsa Primeira Infância destinados ao atendimento de crianças de 0 (zero) a 3 (três) anos de idade em situação de vulnerabilidade socioeconômica, cadastradas na Rede Municipal de Ensino de São Paulo e não matriculadas por ausência de vaga próxima à residência ou ao endereço referencial do trabalho do responsável, conforme estabelecido em decreto.

Parágrafo único. O Programa Bolsa Primeira Infância destina-se, exclusivamente, ao atendimento de crianças que, além da observância dos requisitos de que trata o "caput" deste artigo, não sejam contempladas pelo Programa Mais Creche.

Art.2º. Os objetivos dos programas são:

I- Programa Mais Creche: garantir a todas as crianças de 0 (zero) a 3 (três) anos de idade em situação de vulnerabilidade socioeconômica o acesso e a permanência em escolas de educação infantil, próximas à residência ou, na impossibilidade, próximas ao trabalho dos seus responsáveis;

II- Programa Bolsa Primeira Infância: concessão de auxílio financeiro mensal pago à família para atendimento de crianças de 0 (zero) a 3 (três) anos de idade em situação de vulnerabilidade socioeconômica, podendo inclusive ser utilizado para o acesso a serviços, a bens e gêneros de primeira necessidade.

Parágrafo único. A situação de vulnerabilidade socioeconômica, os critérios de elegibilidade, as condicionantes atreladas ao enquadramento nos programas e as prioridades de atendimento serão definidas por meio de decreto.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Capítulo II PROGRAMA MAIS CRECHE

Art.3º. O Programa Mais Creche constitui-se na concessão de benefício mensal pago individualmente por criança durante o uso da vaga, diretamente a instituições de ensino previamente credenciadas.

§1º A concessão do benefício de que trata o "caput" deste artigo tem caráter provisório e emergencial e cessará ao final do ano letivo, após a disponibilização de vaga nas unidades educacionais da Rede Municipal de Ensino.

§2º O número de beneficiários do Programa Mais Creche não pode ser superior a 10% (dez por cento) do número de alunos de 0 (zero) a 3 (três) anos de idade matriculados na rede pública municipal, direta e parceira.

§3º O valor do benefício do Programa Mais Creche não poderá ser superior ao valor total "per capita" repassado pelo Município às parcerias de educação infantil estabelecidas e formalizadas nos termos da Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014.

Art.4º. O Poder Executivo fica autorizado a efetuar chamamento público para o credenciamento de instituições de ensino que atendam aos seguintes requisitos:

I- sejam sem fins lucrativos, comunitárias, confessionais ou filantrópicas, atendendo às condições do artigo 213 da Constituição Federal;

II- realizem o atendimento de crianças de 0 (zero) a 3 (três) anos de idade;

III- estejam localizadas no Município de São Paulo;

IV - tenham interesse em firmar contrato com a Secretaria Municipal de Educação para o atendimento às crianças beneficiárias do Programa Mais Creche.

§1º O Chamamento Público será promovido pela Secretaria Municipal de Educação.

§2º Para participar do chamamento público a instituição de ensino deverá apresentar a comprovação de sua regularidade jurídica, fiscal e trabalhista e ser regularmente autorizada a funcionar como escola de educação infantil, conforme normas do Conselho Municipal de Educação.

§3º Caso o número de instituições de ensino credenciadas na forma do "caput" deste artigo seja



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

insuficiente para atender à demanda, fica o Poder Executivo autorizado, a seu critério, a efetuar chamamento público para credenciamento de escolas que não se enquadrem no previsto no inciso I do "caput" deste artigo.

Art.5º. O benefício do Programa Mais Creche será pago à instituição de ensino credenciada de acordo com o número de crianças atendidas, mediante a celebração de contrato com a Administração Pública Municipal.

§1º As vagas serão oferecidas seguindo a ordem do cadastro de demanda em sistema próprio da Secretaria Municipal de Educação.

§2º A instituição de ensino credenciada deve:

I- garantir a permanência na escola para todas as crianças encaminhadas pela Secretaria Municipal de Educação, sem distinção entre os pagantes e os beneficiados pelo Programa de que trata esta Lei;

II- promover atendimento totalmente gratuito para as crianças e suas famílias;

III- promover a educação inclusiva de crianças com deficiência;

IV- garantir a alimentação adequada para as crianças atendidas pelo Programa;

V- garantir os parâmetros de qualidade exigidos da Rede Municipal de Ensino;

VI- emitir a Nota Fiscal de Serviços Eletrônica - NFS-e com a indicação do responsável da criança no campo reservado ao tomador de serviços.

Art.6º. As instituições de ensino credenciadas que atendam crianças no âmbito do Programa Mais Creche serão supervisionadas pela respectiva Diretoria Regional de Educação competente.

Parágrafo único. As informações de frequência das crianças atendidas no Programa Mais Creche serão encaminhadas mensalmente pela instituição de ensino credenciada à respectiva Diretoria Regional de Educação.

Art.7º. O benefício do Programa Mais Creche será cancelado nos seguintes casos:

I- automaticamente, quando a criança for encaminhada para uma vaga na Rede Municipal de Ensino;



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

II- quando não forem atendidos os requisitos estabelecidos pela lei ou por normas regulamentadoras;

III- quando for constatada falsidade nas declarações dos responsáveis legais pela criança;

IV- quando houver faltas injustificadas da criança durante 15 (quinze) dias consecutivos ou quando seu percentual de ausência injustificada durante o ano letivo ultrapassar 25% (vinte e cinco por cento).

Art. 8º. Constatadas as hipóteses previstas nos incisos II, III e IV do art. 7º desta Lei, a instituição de ensino que atende a criança deverá comunicar à Diretoria Regional de Educação para o cancelamento de vaga no Programa Mais Creche.

Capítulo III DO PROGRAMA BOLSA PRIMEIRA
INFÂNCIA

Art. 9º. O Programa Bolsa Primeira Infância constitui-se na concessão de auxílio mensal pago à família da criança que atenda as condições de que trata o artigo 1º desta Lei.

§1º O auxílio de que trata o "caput" deste artigo terá:

I- seu valor fixado em regulamento e pago individualmente por criança, limitado a 3 (três) crianças por família, ressalvada a hipótese de mais de um nascimento por gestação caso em que o limite será de 3 (três) gestações;

II- caráter temporário e cessará imediatamente após a oferta de vaga gratuita em unidade de educação infantil próxima à residência ou endereço do trabalho do responsável ou, ainda, nos casos em que o beneficiário for contemplado pelo Programa Mais Creche.

§2º As vagas de educação infantil referidas no inciso II do § 1º deste artigo poderão ser oferecidas na rede direta da Secretaria Municipal de Educação ou em instituição de educação infantil:

I- da rede parceira, nos termos da Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014;

II- credenciada em programa próprio da Secretaria Municipal de Educação, conforme legislação em vigor.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Art.10. O recebimento do auxílio de que trata o artigo 9º desta Lei estará condicionado ao cumprimento de requisitos que serão definidos pelo Poder Executivo, dentre eles:

I- participação dos responsáveis em atividades de orientação sobre parentalidade e cuidados com a primeira infância;

II- cumprimento do calendário de vacinação da criança, conforme orientações do Ministério da Saúde.

Capítulo IV DAS DISPOSIÇÕES FINAIS

Art.11. Não farão jus aos benefícios previstos nesta lei as crianças:

I- cujos responsáveis legais recebam auxílio-creche de empresas com as quais mantenham vínculos trabalhistas;

II- que completem 4 (quatro) anos até a data limite estabelecida por Resolução do Conselho Municipal de Educação (CME);

III- para as quais a Secretaria Municipal de Educação disponha de vagas próximas à sua residência ou ao endereço referencial do trabalho do responsável, nos termos de decreto regulamentador;

IV- cujos responsáveis legais tenham recusado a vaga disponibilizada pela Secretaria Municipal de Educação;

V- que tenham sido retiradas de Unidades de Educação Infantil da Rede Municipal de Ensino.

Art.12. O Poder Executivo definirá, anualmente, o valor destinado aos Programas, o número de vagas e a fixação do valor dos benefícios.

Art.13. Os benefícios previstos nesta Lei serão concedidos dentro de cada exercício financeiro, correspondendo ao respectivo ano letivo, podendo ser renovados para o exercício seguinte enquanto não houver vaga disponível na Rede Municipal de Ensino, desde que mantidas as condições de vulnerabilidade socioeconômica.

Art.14. Fica o Chefe do Poder Executivo autorizado a abrir créditos adicionais destinados aos



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

pagamentos das despesas decorrentes dos Programas criados por esta Lei.

Art. 15. Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação."

Pois bem.

Primeiramente, não há que se falar em inépcia, posto que se verificam os requisitos necessários à propositura da demanda, a existência de pedido determinado, e, por fim, dos fatos narrados na exordial decorre a conclusão ali expressa.

Bem assim, no mérito, conclui-se que a ação comporta parcial acolhimento.

Em relação ao "Bolsa Primeira Infância", tem-se que a legislação impugnada, em suma, institui um auxílio pecuniário mensal à família da criança que não está matriculada na rede de ensino municipal por ausência de vagas em número suficiente e também não foi contemplada no "Programa Mais Creche".

Nesse passo, o que se constata é que o aludido programa social em nada se relaciona com a educação infantil, tendo-se em vista, inclusive, que não há previsão de qualquer direcionamento do valor recebido para o efetivo uso na educação do infante eventualmente beneficiado.

Deste modo, denota-se que seu pagamento deturpa a aplicação de recursos que deveriam ser destinados ao aumento da capacidade do sistema municipal de ensino, donde decorre a inconstitucionalidade do programa governamental em questão.

Como destacado no parecer ministerial:

"Trata-se, portanto, de previsão normativa que se distancia das diretrizes estabelecidas, tanto na Constituição Federal quanto na Constituição Estadual, que impõem o dever estatal de promoção da educação, violando, assim, o princípio da razoabilidade.

No exercício da atividade de produção legislativa, deve o Município respeito aos princípios administrativos constitucionais, dentre os quais está o princípio da razoabilidade, assentado no art. 111 da Constituição do Estado, extensível aos Municípios por imposição do seu art. 144.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Na hipótese dos autos, apresenta-se manifesto o desrespeito ao princípio da razoabilidade, uma vez que a norma municipal autorizou a criação de programa desconectado das diretrizes e dos princípios que permeiam o direito fundamental à educação infantil.

Neste passo, assinale-se que, para que uma norma seja considerada razoável, à luz do art. 111 da Constituição do Estado, é necessário que passe pelo denominado 'teste' de razoabilidade, ou seja, que ela seja adequada, necessária, e proporcional em sentido estrito. Na espécie, não há adequação e necessidade, dado o desvirtuamento de recursos públicos que deveriam ser aplicados, efetivamente, na prestação de educação de educação e no aumento das vagas no sistema público municipal".

Outrossim, impõe-se o acolhimento do pleito formulado em relação ao "Bolsa Primeira Infância", e o reconhecimento da inconstitucionalidade da legislação impugnada, no tocante ao aludido programa social.

De outra parte, o "Programa Mais Creche" tem por escopo viabilizar, de forma excepcional e temporária, o acesso à educação de crianças de 0 a 3 anos que não lograram obter vaga na rede municipal de ensino, ao menos até a expansão da capacidade da rede pública, concretizando o direito fundamental previsto no artigo 205 e seguintes da Constituição Federal e artigo 237 da Constituição Estadual.

Importante ressaltar a excepcionalidade deste programa de governo, que visa justamente garantir acesso à educação àquelas crianças que estão à margem do sistema público em razão da impossibilidade no fornecimento imediato de vagas em número adequado ao atendimento pleno da demanda.

Nesse passo, a lei municipal combatida limita a disponibilidade do "Programa Mais Creche" ao total de 10% do número de vagas existentes na rede municipal, fixando um valor *per capita* a ser repassado às entidades parceiras, e busca restringir sua duração a um único ano letivo, bem como estabelece diretrizes para a escolha das crianças beneficiadas.

Tem-se, deste modo, que a norma, nesse ponto, observa os princípios constitucionais da moralidade e impessoalidade, devidamente destacada a excepcionalidade e proporcionalidade do programa em questão.

Ressalta-se a inexistência de ofensa ao princípio licitatório, como bem salientado pela D.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Procuradoria de Justiça, posto que a natureza e o escopo do programa inviabilizariam a competição em torno do objeto, haja vista a demanda "**difusa e heterogênea, variando de acordo com o local de residência da criança ou com o local de trabalho dos responsáveis, conjugada com a inexistência de vagas nestas mesmas localidades**" (fls. 472).

O óbice que se verifica, em relação ao referido programa governamental, refere-se tão somente à impossibilidade de autorização de credenciamento de escolas particulares e com fins lucrativos, posto que o art. 213 da Carta Magna limita a destinação de recursos públicos "às escolas públicas, podendo ser dirigidos a escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, definidas em lei, que comprovem finalidade não-lucrativa e apliquem seus excedentes financeiros em educação", e, excepcionalmente, "destinados a bolsas de estudo para o ensino fundamental e médio, na forma da lei, para os que demonstrarem insuficiência de recursos, quando houver falta de vagas e cursos regulares da rede pública na localidade da residência do educando, ficando o Poder Público obrigado a investir prioritariamente na expansão de sua rede na localidade".

Destarte, e na impossibilidade de se interpretar de forma ampliativa ditames constitucionais de exceção, não se pode admitir a previsão normativa de transferência de recursos públicos afetados à educação infantil a escolas privadas com fins lucrativos.

Outrossim, de rigor o reconhecimento da parcial procedência da presente ação direta, para se declarar a inconstitucionalidade da expressão "Bolsa Primeira Infância" prevista no caput do artigo 1º, bem como do parágrafo único do referido artigo, além do inciso II do art. 2º, dos artigos 4º, § 3º, 9º e 10, da Lei nº 17.244, de 05 de dezembro de 2019, do Município de São Paulo.

Pelo exposto, e para os fins acima indicados, **julga-se parcialmente procedente a ação.**

Ademir de Carvalho Benedito

Relator