



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 São Paulo

**Registro: 2021.0000391908**

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Direta de Inconstitucionalidade nº 2196035-98.2020.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor DIRETÓRIO ESTADUAL DO PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE - PSOL, 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: "POR MAIORIA DE VOTOS, JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE EM PARTE. ACÓRDÃO COM O EXMO. SR. DES. MÁRCIO BÁRTOLI. VENCIDOS OS EXMOS. SRS. DES. JACOB VALENTE (COM DECLARAÇÃO), ADEMIR BENEDITO, TORRES DE CARVALHO E CAMPOS PETRONI. IMPEDIDO O EXMO. SR. DES. ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MÁRCIO BARTOLI, vencedor, JACOB VALENTE, vencido, PINHEIRO FRANCO (Presidente), JAMES SIANO, CLAUDIO GODOY, SOARES LEVADA, MOREIRA VIEGAS, COSTABILE E SOLIMENE, TORRES DE CARVALHO, ARTUR MARQUES, CAMPOS PETRONI, LUIS SOARES DE MELLO, RICARDO ANAFE, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, MOACIR PERES, EVARISTO DOS SANTOS, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, FERRAZ DE ARRUDA, ADEMIR BENEDITO, ALEX ZILENOVSKI E CRISTINA ZUCCHI.

São Paulo, 19 de maio de 2021

**MÁRCIO BARTOLI**  
**RELATOR DESIGNADO**  
 Assinatura Eletrônica



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 São Paulo

Ação Direta de Inconstitucionalidade nº

2196035-98.2020.8.26.0000

São Paulo

Requerente: Diretório Estadual do Partido

Socialismo e Liberdade – PSOL-SP

Requeridos: Prefeito e Presidente da Câmara

Municipal de São Paulo

43.649

Ação direta de inconstitucionalidade. Questionamento dos arts. 6º a 11 e 17 a 26, todos da Lei 17.437/20, do Município de São Paulo. Dispositivos que tratam dos programas municipais “Mais Educação Infantil”, “Auxílio Uniforme Escolar” e “Material Escolar”.

Afronta ao art. 25 da CE. Não configuração. A ausência de indicação ou o apontamento genérico das fontes de custeio de determinado diploma normativo não acarretam sua inconstitucionalidade. Possível falar-se, apenas, em mera inexecutabilidade no mesmo exercício de sua promulgação. Entendimento pacífico deste Colegiado e do STF. Válido ressaltar, ainda, que, conforme informações prestadas nos autos, a norma em que inseridos os dispositivos combatidos contou com previsão orçamentária, não gerando, além disso, a criação de novas despesas. No mesmo sentido, não se constata violação aos arts. 1º e 3º, da EC Federal nº 106/20.

Impossibilidade de utilização da Lei de Responsabilidade Fiscal como parâmetro para o exame de validade de atos normativos em sede de controle concentrado de constitucionalidade exercido por Tribunal de Justiça Estadual. Apenas as regras da Constituição Paulista e aquelas de reprodução obrigatória pelos Estados contidas na Constituição Federal se revelam idôneas para essa finalidade. Precedentes.

Violação ao art. 117, da CE. Inocorrência. Lei que prevê o credenciamento de instituições do setor privado, para participação no “Programa Mais Educação Infantil”, mediante chamamento público. Medida de seleção específica e na qual devem permanecer resguardados os princípios basilares que direcionam a atuação estatal em sua interação com o setor privado. Inteligência



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 São Paulo

da Lei Federal 13.019/14. Doutrina.

Inconstitucionalidade do §3º, do art. 7º, do diploma objurgado. Dispositivo a estabelecer que, caso não ocorra o credenciamento de número suficiente de entidades educacionais, sem fins lucrativos e que preencham os demais requisitos constitucionais, será autorizado o chamamento público direcionado a outras instituições. Consequente possibilidade do repasse de recursos públicos a entidades educacionais privadas com finalidade lucrativa. Inadmissibilidade. Ainda que subsidiária, a medida se apresenta nitidamente incompatível com o texto do art. 237, caput, da CE, aplicado em conjunto com o art. 213, caput, I e II, e §1º, da CF. Hipótese excepcional, relacionada aos ensinos fundamental e médio, não configurada. Impossibilidade de interpretação ampliativa de seus termos, especialmente diante da obrigação constitucional concernente ao investimento prioritário na expansão da rede pública de ensino.

Arts. 10 e 11. Preceitos que abordam os casos em que “o benefício do Programa Mais Educação Infantil será cancelado”. Necessidade de interpretação conforme a Constituição, de modo a se garantir o regular exercício do direito ao acesso e à permanência na escola pelos alunos nas hipóteses legais de desligamento do programa. Eliminação de qualquer possibilidade de exclusão da criança do âmbito de atendimento da rede municipal de ensino, seja diretamente pelo Poder Público ou através de instituição privada regularmente credenciada. Precedentes do STF e deste Colegiado. Doutrina. Pedido julgado parcialmente procedente.

1. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido liminar, ajuizada pelo Diretório Estadual do Partido Socialismo e Liberdade (PSOL-SP), impugnando os artigos 6º a 11 e 17 a 26, todos da Lei 17.437, de 12 de agosto de 2020, do Município de São Paulo, que “[E]stabelece medidas para a organização das unidades educacionais no Município de São Paulo; prorroga os mandatos do Conselho Municipal de Assistência Social e do Conselho de Habitação.” Afirma o requerente que a legislação combatida é incompatível com os artigos 25, 117 e 237, todos da



TRIBUNAL DE JUSTIÇA  
PODER JUDICIÁRIO  
São Paulo

Constituição Estadual. Destaca, a propósito, que o programa “**Mais Educação Infantil**” prevê o repasse direto de recursos públicos ao setor privado, em burla à obrigatoriedade de licitação, promovendo verdadeiro movimento “*privatização da educação infantil na Capital*”. Ressalta, em especial, o teor do artigo 7º, §3º, da norma objurgada, a prever o repasse de numerário público a entidades privadas com finalidade lucrativa. Afirma, ademais, que os outros benefícios instituídos na legislação tratam de programas de auxílio financeiro relacionados ao fornecimento de uniforme e material escolar aos estudantes, gerando, contudo, despesas públicas em desconformidade com as disposições da Lei Complementar 101/00, do artigo 25, da Constituição Estadual, e dos artigos 1º e 3º, ambo da Emenda à Constituição Federal nº 106/20. Pleiteia a procedência do pedido, decretando-se a inconstitucionalidade dos preceitos impugnados (fls.01/33).

2. Adotado, quanto aos demais termos do processamento do feito, o relatório constante do voto do E. Relator, Des. Jacob Valente, **peço licença para divergir parcialmente da posição defendida por Sua Excelência**, e, por esta **declaração de voto, julgar o pedido da presente ação direta procedente em parte, de modo a invalidar o §3º do artigo 7º, e conferir**



TRIBUNAL DE JUSTIÇA  
PODER JUDICIÁRIO  
São Paulo

**interpretação conforme a Constituição aos artigos 10 e 11, todos da lei combatida.**

3. Registro, de início, convergência quanto ao entendimento do E. Relator, no que diz respeito à inexistência de violação ao artigo 25, da Constituição Estadual, e à Emenda Constitucional n° 106/2020.

Na linha do entendimento pacificado por este Colegiado, programas de auxílio e políticas públicas instituídos por meio de normas como a ora examinada não padecem mesmo de inconstitucionalidade somente por gerarem despesas com suas correspondentes execuções, sendo possível, no máximo, cogitar-se de sua inexecutabilidade no mesmo exercício financeiro em que promulgada a lei que os prevê.

De mais a mais, não se vislumbra qualquer afronta aos termos dos artigos 1° e 3°, ambos da Emenda à Constituição Federal n° 106/2020. Além de os programas “**Mais Educação Infantil**”, “**Auxílio Uniforme**” e “**Auxílio Material Escolar**” se relacionarem a demandas que (i), embora certamente agravadas, não estão restritas ao atual contexto pandêmico, (ii) a eventual ausência de previsão específica de recursos, como visto, não acarreta a inconstitucionalidade do ato normativo que os insere no



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 São Paulo

ordenamento jurídico.

Assim decide este **Órgão Especial** sobre a matéria: *“Ação Direta de Inconstitucionalidade, com pedido liminar de suspensão dos efeitos da Lei Municipal nº 4.264/2019. Lei municipal, de iniciativa parlamentar, que “dispõe sobre a concessão de incentivos às pequenas indústrias para desenvolvimento do município e dá outras providências”. Inconstitucionalidade formal. Vício de iniciativa. Procedência parcial da ação, para reconhecer a inconstitucionalidade da lei no tocante à criação de Comissão Especial composta, inclusive, por representante do Poder Público. Violação aos artigos 5º, caput, e 24, §2º, 2, ambos da Constituição Estadual. Inconstitucionalidade Material. Inocorrência. Conteúdo normativo que não se confunde com ato concreto de administração. Não verificada ofensa à separação dos Poderes por aduzida usurpação de atividades relacionadas à organização e funcionamento da administração ou ao seu planejamento e direção. Norma geral que disciplina matéria de competência legislativa concorrente do Município, instituindo incentivos ao estabelecimento de indústrias na cidade. **Afronta ao artigo 25 da Constituição Paulista. Não ocorrência. A ausência de indicação ou a indicação genérica das fontes de custeio de determinado diploma normativo não gera***



TRIBUNAL DE JUSTIÇA  
PODER JUDICIÁRIO  
São Paulo

**sua inconstitucionalidade, mas, apenas, mera inexecuibilidade no mesmo exercício de sua promulgação. Precedentes deste Colegiado e do STF. Ofensa ao artigo 113 do ADCT da Constituição Federal. Norma aplicável unicamente à União. Inconstitucionalidade. Inocorrência. Precedentes.** (Direta de Inconstitucionalidade 2026791-74.2020.8.26.0000; minha relatoria; Órgão Especial; Data do Julgamento: 03/03/2021).

Igualmente: “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei nº 4.265, de 23-12-2019, do Município de Mirassol, que 'declara Patrimônio Cultural Material do Município de Mirassol, o prédio Sede Social do Clube Municipal de Mirassol' - Declaração de bem material como bem de interesse cultural. Preliminar. 1 – Análise de ofensa a dispositivos da Lei Orgânica do Município. Inadmissibilidade. Ausência de parametricidade. Mérito. 2 – Violação ao princípio da separação dos poderes. Inocorrência. Legitimidade ativa concorrente entre o Poder Legislativo e o Poder Executivo para iniciar processo legislativo, quando se tratar de matéria de defesa do patrimônio histórico, arqueológico, artístico e turístico. Inteligência dos arts. 23, III, 24, VII e 216 da CF/88 e art. 261 da CE/89. Inexistência de atos impositivos ao Poder Executivo. 3 – **Criação de despesas com eventual ausência**



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 São Paulo

**de receitas acarreta, no máximo, a inexecutabilidade da norma no mesmo exercício em que foi promulgada. 4 – Precedentes do Órgão Especial. Ação improcedente.** (Direta de Inconstitucionalidade 2030606-79.2020.8.26.0000; Relator: Carlos Bueno; Órgão Especial; Data do Julgamento: 03/03/2021).

Importante assinalar, de qualquer forma, que, nos termos das informações prestadas pelo Prefeito e Presidente da Câmara dos Vereadores do Município de São Paulo, segundo anotações do setor técnico competente, a norma questionada contou com previsão orçamentária para o exercício financeiro de 2020, não acarretando, ainda, a criação de novas despesas. Asseverou-se, além disso, que, para o corrente ano, haveria previsão específica na proposta orçamentária, ainda em elaboração quando da remessa dos informes (fls.455/456 e 487/492).

4. Destaco, ainda, não ser devida a utilização da Lei de Responsabilidade Fiscal como parâmetro para o exame de validade de atos normativos em sede de controle concentrado de constitucionalidade exercido por Tribunal de Justiça Estadual. Apenas as regras da Constituição Paulista e aquelas de reprodução obrigatória pelos Estados constantes da Constituição Federal se revelam idôneas para essa finalidade, sendo certo, portanto, que as





**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 São Paulo

alegações do requerente neste particular sequer comportam exame<sup>1</sup>.

5. Por fim, cumpre ressaltar a inexistência de violação aos termos do artigo 117, da Constituição Estadual, no caso em apreço. Da análise da lei impugnada, depreende-se que o credenciamento de instituições privadas de ensino para participação do **“Programa Mais Educação Infantil”**, será realizado mediante **chamamento público**, procedimento propriamente *“destinado a selecionar organização da sociedade civil para firmar parceria por meio de termo de colaboração ou de fomento, no qual se garanta a observância dos princípios da isonomia, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos”*, nos termos da definição expressa contida na Lei Federal 13.019/14.

Não há que se falar, portanto, em violação à obrigatoriedade de licitação na espécie, porquanto o legislador municipal adotou medida de seleção específica e correlata, na qual permanecem resguardados os princípios basilares a direcionar a

atuação estatal, especialmente no que concerne à sua interação com

<sup>1</sup> Nesse sentido, cumpre rememorar o quanto decidido pelo STF, em sede de repercussão geral: RE 650898, Relator: Min. Marco Aurélio, Relator p/ Acórdão: Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 01/02/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-187 DIVULG 23-08-2017 PUBLIC 24-08-2017.



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 São Paulo

o setor privado.

Conforme esclarece a doutrina de **José dos Santos Carvalho Filho** a respeito do instituto: “[D]e acordo com a Lei nº 13.019/2014, a escolha da OSC para a celebração de parcerias não fica, em linha de princípio, ao alvedrio da Administração. Ao contrário, o Estatuto exige a realização de procedimento seletivo para a escolha daquele que, em tese, se qualifique como o melhor parceiro privado. Esse procedimento é o que a lei denomina de chamamento público. Sobre ele, convém fazer algumas anotações. Primeiramente, quanto à sua natureza, o chamamento público espelha procedimento seletivo, que o inclui como modalidade específica de licitação, e isso porque o certame visa escolher o melhor interessado para celebrar a parceria. Diferentemente do modelo estabelecido na Lei nº 8.666/1993, a Administração persegue a seleção do participante, não para um contrato administrativo em sentido estrito, mas, sim, para ajustar um negócio cooperativo, nos moldes do convênio e corporificado pela parceria. O chamamento público, como espécie de licitação, deve observar os princípios da isonomia, legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, proibidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório, julgamento objetivo e de outros princípios correlatos (art. 2º, XII), com destaque



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 São Paulo

*para o da competitividade (art. 24, § 2º). Em relação a este, existem duas exceções: 1ª) pode o certame limitar-se a entidades sediadas numa determinada entidade federativa; 2ª) pode ser prevista delimitação do território onde se executarão as atividades e os projetos (art. 24, § 2º, I e II).<sup>2</sup>*

6. Apesar de tais ponderações, ousou divergir do E. Relator no que diz respeito ao exame da compatibilidade do §3º, do artigo 7º, da Lei 17.437/2020, com o ordenamento constitucional vigente. É caso, a meu ver, de invalidação do preceito em questão.

Convém transcrever a integralidade do artigo em que o parágrafo em referência foi inserido, com o fim de melhor elucidar os fundamentos que conduzem à conclusão por sua inconstitucionalidade.

*“Art. 7º O Poder Executivo fica autorizado a efetuar o chamamento público para o credenciamento de instituições de ensino que atendam aos seguintes requisitos:*

*I – não tenham fins lucrativos, sejam comunitárias, confessionais ou filantrópicas, atendendo às condições do art. 213 da Constituição Federal;*

*II – realizem o atendimento de crianças de 4 (quatro) a 5 (cinco) anos de idade;*

<sup>2</sup> Manual de direito administrativo. Ebook. – 32. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2018. Página 452.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA  
PODER JUDICIÁRIO  
São Paulo

*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 Educação Infantil.*

*§ 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 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.*

*§ 4º As despesas decorrentes da execução do Programa Mais Educação Infantil com as instituições de ensino referidas no parágrafo anterior não serão consideradas como de*



TRIBUNAL DE JUSTIÇA  
PODER JUDICIÁRIO  
São Paulo

*manutenção e desenvolvimento do processo de ensino-aprendizagem, conforme disposto no art. 2º da Lei nº 13.245, de 26 de dezembro de 2001.” (fls.48/49, textual).*

O parágrafo destacado prevê, expressamente, que, caso não ocorra o credenciamento de número suficiente de entidades educacionais, sem fins lucrativos, que preencham os demais requisitos constantes do artigo 213, da Constituição Federal, para o atendimento dos alunos, será autorizado o chamamento público direcionado a outras escolas privadas, não enquadradas na exigência constitucional. **Em outros termos, e de forma direta, estabelece a possibilidade de repasse de recursos públicos a entidades educacionais privadas com finalidade lucrativa.**

A medida, ainda que subsidiária e não inserta no cálculo dos recursos empregados em manutenção e desenvolvimento do processo de ensino e aprendizagem, se apresenta **nitidamente incompatível** com o texto do artigo 237, *caput*, da Constituição Estadual, aplicado em conjunto com o artigo 213, *caput*, incisos I e II, e §1º, da Constituição Federal.

Confira-se, a propósito, a redação do dispositivo da Carta Federal ao qual, a despeito da argumentação contrária veiculada pelo Prefeito Municipal, a Constituição Paulista faz



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 São Paulo

inequívoca remissão<sup>3</sup>:

**“Art. 213. Os recursos públicos serão destinados às escolas públicas, podendo ser dirigidos a escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, definidas em lei, que:**

**I – comprovem finalidade não-lucrativa e apliquem seus excedentes financeiros em educação;**

**II – assegurem a destinação de seu patrimônio a outra escola comunitária, filantrópica ou confessional, ou ao Poder Público, no caso de encerramento de suas atividades.**

**§ 1º Os recursos de que trata este artigo poderão ser 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.”**

De uma simples leitura do preceito combatido diante da normativa constitucional aplicável, o vício de inconstitucionalidade se mostra evidente, à medida que

<sup>3</sup> Artigo 237, CE – “A educação, ministrada com base nos princípios estabelecidos no artigo 205 e seguintes da Constituição Federal e inspirada nos princípios de liberdade e solidariedade humana, tem por fim: (...)”.



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 São Paulo

expressamente descabido o repasse de recursos públicos, ao menos no campo da educação infantil, a entidades detentoras de finalidade lucrativa.

Não se ignora a excepcionalidade das situações capazes de dar ensejo à incidência do dispositivo impugnado, contudo, ainda assim, eventual escassez de instituições educacionais credenciadas para o exercício de atividade – a ser prioritariamente exercida pelo ente estatal – **não autoriza** o frontal descumprimento da norma constitucional restritiva.

Como ressaltado pela **Procuradoria-Geral de Justiça** em parecer: “[O] § 3º, do art. 7º, do ato normativo impugnado, ao autorizar o chamamento público de escolas particulares e com fins lucrativos, desatende ao disposto no artigo 213 da Constituição Federal, que limita a destinação de recursos públicos a escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas que não tenham fins lucrativos, salvo na hipótese de bolsas de estudo para o ensino fundamental e médio, cumpridas as exigências do § 1º. **Basilar regra interpretativa indica que a exceção constitucional deve ser interpretada restritivamente, não se autorizando, assim, sua aplicação extensiva para se permitir a transferência de recursos afetados ao ensino infantil às escolas privadas com fins**



TRIBUNAL DE JUSTIÇA  
PODER JUDICIÁRIO  
São Paulo

**lucrativos.**” (fls.533/534, textual).

Em acréscimo, pertinentes os esclarecimentos de **Ana Paula de Barcellos** sobre a temática, “[A] particularidade das instituições do terceiro setor é que elas não têm fins lucrativos e nesse ponto elas se distinguem das empresas em geral e de certo modo também das cooperativas que, embora não tenham fins lucrativos em si, têm por objetivo promover a atividade econômica dos cooperados, de modo que eles tenham lucro com o seu trabalho. De outra parte, elas frequentemente se ocupam de atividades relacionadas com a promoção e proteção de direitos fundamentais, aproximando-se nesse sentido da própria atuação atribuída aos Estados contemporâneos. É secular a tradição brasileira de instituições filantrópicas dedicadas à atenção da saúde, educação, assistência social, amparo a idosos, entre outros temas. Ao menos desde a década de 1990 discute-se no Brasil, e antes disso em outras partes do mundo, o crescimento do chamado terceiro setor e suas repercussões sociais e jurídicas, bem como a conveniência de uma regulamentação mais adequada para tais atividades. **A Constituição de 1988 desde sua redação original já mencionava a colaboração entre o Estado e entidades do terceiro setor, e o tema se tornou mais frequente em emendas**





**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 São Paulo

*constitucionais editadas posteriormente. Assim, por exemplo, a Constituição trata do assunto ao cuidar: (i) da saúde (entidades sem fins lucrativos e as filantrópicas podem atuar em colaboração com o SUS por meio de convênios ou contratos de direito público – art. 199, § 1º); (ii) da educação (escolas comunitárias, filantrópicas ou confessionais sem fins lucrativos poderão receber recursos públicos em determinadas hipóteses – art. 213 –, valendo o registro de que instituições educacionais sem fins lucrativos gozam de imunidade tributária – art. 150, VI, c); (iii) da assistência social (que será prestada de forma descentralizada, com a colaboração de entidades beneficentes e de assistência social – art. 204 –, sendo válida a nota de que instituições de assistência social sem fins lucrativos gozam da imunidade tributária do art. 150, VI, c, e entidades beneficentes de assistência social usufruem de imunidade em relação às contribuições sociais – art. 195, § 7º); (iv) do sistema nacional de cultura (que contará com a cooperação de agentes públicos e privados – art. 216-A, § 1º, IV); e (v) do sistema nacional de ciência, tecnologia e inovação (que será organizado em regime de colaboração entre entes públicos e privados – art. 219-B).*<sup>4º</sup>

É clara, dessa forma, a incompatibilidade entre referida previsão e os termos do artigo 213, da Constituição Federal,

<sup>4</sup> Curso de direito constitucional. – Rio de Janeiro: Forense, 2018, Páginas 514/515



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 São Paulo

**sendo imperativa sua retirada do ordenamento jurídico municipal.**

7. Por fim, no que se refere aos artigos 10 e 11, ambos do diploma paulistano, verifica-se que ao disciplinar as hipóteses de cancelamento do benefício relativo ao “**Programa Mais Educação Infantil**”, além do óbvio (e desejável) caso de surgimento de vaga na rede municipal de ensino, o legislador estabeleceu critérios relacionados (i) ao não preenchimento dos requisitos para o atendimento do estudante no âmbito da política pública, (ii) à veracidade das declarações prestadas pelos responsáveis legais pela criança e (iii) à frequência escolar do aluno. Foi fixada, ainda, a obrigatoriedade de comunicação, pela instituição de ensino credenciada, à Diretoria de Ensino Regional competente acerca do cancelamento do benefício.

Os preceitos em comento apresentam a seguinte redação:

*“Art. 10. O benefício do Programa Mais Educação Infantil será cancelado nos seguintes casos:*

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

*II - quando não forem atendidos os requisitos*



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 São Paulo

*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. 11. Constatadas as hipóteses previstas nos incisos II, III e IV do art. 10 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 Educação Infantil.”*

Embora os parâmetros de exclusão da criança do programa público não se mostrem, isoladamente, desarrazoados, é medida de rigor conferir-lhes interpretação conforme a Constituição Estadual, de modo a se assegurar que, em razão do eventual desligamento do aluno do “**Programa Mais Educação Infantil**” nas hipóteses legalmente previstas, seja observado o **direito à permanência escolar**, nos moldes do artigo 237, *caput*, da Constituição Paulista, c.c. artigo 206, I, da Constituição Federal.

Busca-se, por meio de referida técnica decisória, **a eliminação de qualquer possibilidade de exclusão da criança**



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 São Paulo

do âmbito de atendimento da rede municipal de ensino, seja diretamente pelo Poder Público ou através de instituição privada regularmente credenciada, resguardando-se, **de modo prioritário**, o regular exercício do direito ao “**acesso e permanência na escola**”.

Especificamente sobre a matéria, ressalta a doutrina de **Gilmar Ferreira Mendes** e **Paulo Gustavo Gonet Branco**: “[D]entre os direitos sociais, o direito à educação tem assumido importância predominante para a concretização dos valores tutelados pela Constituição e, principalmente, para a construção de patamar mínimo de dignidade para os cidadãos. (...). Além da previsão geral do art. 6º e do art. 205 da Constituição, que consagra o direito à educação como direito de todos e dever do Estado, o texto constitucional detalhou seu âmbito de proteção, nos arts. 205 a 214. Nesse sentido, estabeleceu uma série de princípios norteadores da atividade do Estado com vistas a efetivar esse direito, tais como a igualdade de condições para o acesso e permanência na escola, o pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas e a autonomia universitária, gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais, gestão democrática do ensino público, garantia de padrão de qualidade de piso salarial profissional nacional para os professores da educação pública, nos termos da lei federal



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 São Paulo

*(CF, art. 206). Dispôs, ainda, que União, Estados, Distrito Federal e Municípios deverão organizar seus sistemas de ensino em regime de colaboração.<sup>5</sup>*

Na mesma direção, encontra-se a lição de **Ingo Wolfgang Sarlet, Luis Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero**: “[E]nquanto o art. 205 enuncia que a educação é um direito de todos e obrigação do Estado e da família, o art. 206, em seus diversos incisos, estabelece uma série de diretrizes que devem ser observadas pelo Estado e pela família na realização do direito à educação, dentre as quais destacamos a já citada gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais, **assim como a garantia da igualdade de condições para o acesso e permanência na escola, que nada mais consagra do que o dever específico de garantir a igualdade de oportunidades nesta seara, norma que seguramente apresenta também uma dimensão impositiva de condutas ativas por parte do Estado, da sociedade e da família.**<sup>6</sup>”

Os mesmos autores complementam o raciocínio, com detalhada análise da jurisprudência do **Supremo Tribunal Federal** a respeito da temática: “[D]entre os precedentes do STF que podem ser referidos em caráter ilustrativo, destaca-se, pelo seu

<sup>5</sup> Curso de direito constitucional. 12. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2017. Página 589

<sup>6</sup> Curso de direito constitucional. 6. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017. Página 689.



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 São Paulo

*pioneirismo, o RE 436.996/SP (DJ 26.10.1995): reconhece a existência de um dever constitucional do Poder Público (notadamente do Município) em assegurar o atendimento gratuito de crianças até seis anos de idade em nível de pré-escola, a partir de uma compreensão ampla do direito à educação. Em sentido idêntico, v. RE 472.707/SP, DJ 04.04.2006; RE 467.255/SP, DJ 14.03.2006; e RE 410.715/SP, DJ 08.11.2005. No que diz com o vínculo entre o direito à educação infantil e o mínimo existencial, v., em especial, o AgIn 564.035/SP (DJ 15.05.2007), que assegura o direito da criança de obter vaga em creche municipal, acentuando que 'a educação compõe o mínimo existencial, de atendimento estritamente obrigatório pelo Poder Público, dele não podendo se eximir qualquer das entidades que exercem as funções estatais. O mínimo existencial afirma o conjunto de direitos fundamentais sem os quais a dignidade da pessoa humana é confiscada. E não se há de admitir ser esse princípio mito jurídico ou ilusão da civilização, mas dado constitucional de cumprimento incontornável, que encarece o valor de humanidade que todo ser humano ostenta desde o nascimento e que se impõe ao respeito de todos'* (rel. Min. Cármen Lúcia Antunes Rocha). No mesmo sentido, v., ainda, o AgRg-RE 592.937/SC (DJe 12.05.2009) e o RE 600.419 (DJe



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 São Paulo

182, de 03.09.2009).<sup>7</sup>”

8. Ainda no que se refere à garantia constitucional sob exame, vale frisar que, com respaldo em julgados do **Supremo Tribunal Federal**, este **Órgão Especial** já considerou inconstitucionais diplomas normativos que, embora à vista de circunstâncias fáticas diversas, violavam o direito ao acesso e permanência na escola e outros serviços públicos tidos como essenciais.

Veja-se, a título de exemplo, o seguinte precedente: *“DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei nº 2.981, de 9 de outubro de 2017, do Município de Embu das Artes, de iniciativa parlamentar, a qual “Dispõe sobre o cartão cidadão de Embu das Artes e dá outras providências”. Exigência de apresentação do “Cartão Cidadão” para acesso a serviços públicos oferecidos pela Edilidade, inclusive aqueles qualificados como “essenciais”. (...). MÉRITO: Ofensa ao princípio da universalidade, visto que a norma revogadora, em leitura negativa, acaba por autorizar os órgãos públicos municipais a recusarem-se à prestação de serviços de caráter essencial a quem não possua referido documento, vulnerando, assim, a característica constitucional da “universalidade de acesso”. Violação aos arts. 144, 217, 219, 222, 237, 238, 239, 240,*

<sup>7</sup> Idem, página 851.



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 São Paulo

*264, 265, 266 e 277, todos da CE/SP (bem como, por via reflexa, aos arts. 196, 203, 204, 205, 215, 217, 225 e 227, todos da CR/88). Precedentes deste Colegiado e do STF. Eficácia "ex tunc" da declaração de inconstitucionalidade que, por se tratar de caso de fraude processual, retroage à data de início de vigor da lei revogada (Lei nº 2.981, de 9 de outubro de 2017). AÇÃO PROCEDENTE, uma vez rejeitada a preliminar de carência de ação.” (Direta de Inconstitucionalidade 2090265-87.2018.8.26.0000; Relator: Beretta da Silveira; Órgão Especial; Data do Julgamento: 13/02/2019).*

9. Em suma, respeitado o posicionamento diverso e consignada minha concordância quanto aos demais termos do voto do E. Relator, entendo ser o caso de parcial procedência do pedido para **(a)** declarar a inconstitucionalidade do §3º, do artigo 7º, Lei Municipal 17.437, de 12 de agosto de 2020, em razão da nítida infringência aos termos do artigo 237, *caput*, da Constituição Paulista, c.c. artigo 213, inciso I e II, e §1º, da Constituição Federal, e **(b)** conferir interpretação conforme a Constituição aos artigos 10 e 11, também do diploma paulistano, de modo a estabelecer que qualquer forma de desligamento dos alunos em relação ao **“Programa Mais Educação Infantil”** deve preservar, integralmente, o direito ao acesso e à permanência na escola, titularizado por referidos sujeitos e





TRIBUNAL DE JUSTIÇA  
PODER JUDICIÁRIO  
São Paulo

previsto expressamente no artigo 206, inciso I, da Constituição Federal.

10. Ante o exposto, por este voto, **julga-se parcialmente procedente o pedido da presente ação direta**, declarando-se a inconstitucionalidade do §3º, do artigo 7º, Lei 17.437, de 12 de agosto de 2020, do Município de São Paulo, por infringência ao artigo 237, *caput*, da Constituição Estadual, c.c. artigo 213, inciso I e II, e §1º, da Constituição Federal, e conferindo-se interpretação conforme a Constituição aos artigos 10 e 11, da mesma norma, de modo a estabelecer que qualquer forma de desligamento dos alunos do “**Programa Mais Educação Infantil**” deve preservar, na íntegra, o direito ao acesso e à permanência na escola, nos termos do artigo 206, inciso I, da Constituição Federal.

**Márcio Bartoli**

**Relator Designado**