



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Registro: 2014.0000208522

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação nº 0013403-72.2012.8.26.0048, da Comarca de Atibaia, em que são apelantes FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO e MUNICÍPIO DE ATIBAIA, é apelado PROMOTOR DE JUSTIÇA DA VARA INFÂNCIA E JUVENTUDE DE ATIBAIA.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EROS PICELI (VICE PRESIDENTE) (Presidente) e GUERRIERI REZENDE (DECANO).

São Paulo, 7 de abril de 2014.

CARLOS DIAS MOTTA
RELATOR
Assinatura Eletrônica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
 PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

APELAÇÃO nº 0013403-72.2012.8.26.0048
 APELANTES: FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO E
 MUNICÍPIO DE ATIBAIA
 APELADO: PROMOTOR DE JUSTIÇA DA VARA INFÂNCIA E
 JUVENTUDE DE ATIBAIA
 COMARCA: ATIBAIA
 VOTO Nº 1365

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. Determinação para que sejam efetivadas as matrículas de todas as crianças que completarem, em qualquer data do ano letivo em curso, a idade padrão para a série correspondente nas etapas do ensino infantil ou fundamental, bem como para que seja feita reavaliação pedagógica educacional e individual do aluno para eventual ingresso ou transferência na série pretendida, caso haja requerimento. Admissibilidade. Necessidade de assegurar aos menores, acesso aos níveis mais elevados de ensino segundo a sua capacidade, que deve ser analisada de forma individual, e não aferida única e exclusivamente pela idade cronológica. Impossibilidade de negar as matrículas e impedir o progresso nos estudos. Ato administrativo e disposição infraconstitucional que não podem restringir norma constitucional de eficácia plena. Possibilidade de imposição de multa diária para reforçar obrigação de cunho constitucional. Apelos desprovidos.

Vistos.

Tratam-se de recursos de apelação tirados em face da r. sentença de fls. 555/564 que julgou procedente a ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público, para que sejam efetivadas as matrículas de todas as crianças que completarem, em qualquer data do ano letivo em curso, a idade padrão para a série correspondente nas etapas do ensino infantil ou fundamental, bem como para que seja feita reavaliação pedagógica educacional e individual do aluno para eventual ingresso ou transferência na série pretendida, caso haja requerimento, sob pena de multa diária de R\$ 500,00.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Foram interpostos embargos de declaração pelos apelantes (fls. 571/573 e 576/581) que foram rejeitados pelo MM. Juízo (fls. 585).

Apela a Fazenda Estadual (fls. 592/612), arguindo preliminar de incompetência do Juízo da Vara da Infância e da Juventude de Atibaia. No mérito, alega, em apertada síntese, que: deve ser observado o disposto na Deliberação CEE nº 73/2008 e nos Pareceres CNE/CEB; a idade mínima para ingresso em determinada série não foi escolhida de forma aleatória, e sim estipulada com base em estudos científicos longamente discutidos por educadores, psicólogos e pedagogos; há impossibilidade no caso, de fixação de multa diária para cumprimento da obrigação, pois a finalidade da multa afasta por si mesma, a sua aplicabilidade na execução contra entes de direito público.

Apela a Municipalidade (fls. 618/623), por sua vez, alegando, em suma, que: não há que se falar em negativa de direitos, pois há normas que definem a data de ingresso nas séries iniciais da educação infantil e do ensino fundamental, não abrindo margem para o administrador público agir diferente; não houve qualquer descumprimento da Constituição Federal e legislação infraconstitucional no caso; ocorreu indevida interferência do Poder Judiciário e do Ministério Público na organização do Município e nas regras impostas aos seus administrados, atentando-se contra o princípio da separação dos poderes.

Houve interposição de agravo de instrumento pela



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Fazenda Estadual, que foi julgado a fls. 664/677.

Foram apresentadas as contrarrazões de apelação (fls. 632/639).

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso (fls. 650/659).

É o relatório.

Os apelos não merecem acolhimento, na conformidade dos fundamentos a seguir expostos.

Inicialmente, rejeito a preliminar de incompetência do juízo arguida nas razões de apelação da Fazenda Estadual.

Trata-se de ação civil pública visando assegurar o direito à educação aos menores residentes no Município, matéria que atrai a competência *ratione materiae* do Juízo da Infância e da Juventude, de natureza absoluta, e, portanto, de ordem pública, não podendo ser modificada, nos termos do artigo 148, inciso IV, da Lei 8069/90.

Incide também, no caso, a regra contida nos artigos 208, inciso III e 209 da Lei 8069/90:

“Art. 208. Regem-se pelas disposições desta Lei as



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
 PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

ações de responsabilidade por ofensa aos direitos assegurados à criança e ao adolescente, referentes ao não-oferecimento ou oferta irregular:

(...)

III – de atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a 6 seis anos de idade;”

“Art. 209: As ações previstas neste Capítulo serão propostas no foro do local onde ocorreu ou deva ocorrer a ação ou omissão, cujo juízo terá competência absoluta para processar a causa, ressalvadas a competência da Justiça Federal e a competência originária dos Tribunais Superiores”.

Igualmente, no mesmo sentido, a Súmula nº 68 deste Egrégio Tribunal de Justiça:

“Compete ao Juízo da Infância e da Juventude julgar as causas em que se discutem direitos fundamentais de crianças ou adolescentes, ainda que pessoa jurídica de direito público figure no polo passivo da demanda.”

Além disso, conferir arestos deste Tribunal no sentido de que:

“Conflito de Competência – Ação de obrigação de fazer em face do Município de Limeira para que forneça a menor medicamento necessário a manutenção de sua saúde – Distribuída inicialmente ao Juízo suscitado este declinou de sua competência alegando que o



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

pedido estava amparado no Estatuto da Criança e do Adolescente e determinou a redistribuição do feito à Vara da Infância e Juventude da Comarca – Juiz suscitante que alegando não estar a menor em situação de risco, nos termos do art. 98, do ECA, propôs o presente conflito – Inadmissibilidade – Competência absoluta de Vara de Infância e Juventude nos termos do art. 148, IV, 208, VII e 209 do ECA – Impossível tramitação do feito em Vara de Fazenda Pública – Precedentes desta Egrégia Câmara Especial – Conflito procedente.” (Conflito de Competência nº 990.10.145923-0 – Rel. Des. Eduardo Gouvêa – j. 13.09.2010).

“REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO. Mandado de Segurança. Direito à educação. Sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Judicial da Comarca. Incompetência em razão da matéria. Competência absoluta da Vara da Infância e da Juventude. Artigos 148, inciso IV, 208, inciso VII e 209, da lei nº 8.069/90. Sentença anulada de ofício, mantida a liminar concedida. Remessa e distribuição à Vara da Infância e Juventude competente. Recursos prejudicados” (Apelação e Reexame Necessário nº0000893-14.2012.8.26.0505, Câmara Especial, Rel. Camargo Aranha Filho).

Rejeitada a preliminar, passo à análise do mérito.

De acordo com os artigos 208, IV e V, da Constituição



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
 PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Federal, e art. 54, IV e V, da Lei 8.069/90, é dever do Estado garantir a educação infantil em creche e pré-escola até os cinco anos de idade e assegurar o acesso aos níveis mais elevados de ensino segundo a capacidade de cada um.

Assim, as crianças têm direito ao acesso ao ensino infantil e fundamental, de acordo com a sua capacidade, a ser aferida no momento da efetivação da matrícula.

Conforme já decidido pelo C. Superior Tribunal de Justiça, a capacidade de aprendizagem da criança deve ser analisada de forma individual, e não genérica, porque essa condição não se afere única e exclusivamente pela idade cronológica (REsp 753565/MS, Rel. Min. Luiz Fux, j. 27.03.2007).

Com efeito, o indeferimento da matrícula da criança com base unicamente em sua idade cronológica, consoante as normas supra mencionadas, acarreta-lhe danos, pois a impedirá de progredir regularmente em seus estudos.

Ora, obrigar a criança a retardar os estudos ou a cursar novamente a mesma série poderia trazer-lhe desmotivação e prejuízo emocional, com repercussão no seu desempenho pedagógico e comportamental.

Nesse sentido já se pronunciou o Colendo Superior Tribunal de Justiça:

“Conclui-se, assim, que o decisum impugnado assegurou um dos consectários do direito à educação,



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

fundado nas provas, concluindo que a capacidade de aprendizagem da criança deve ser analisada de forma individual, não genérica, porque tal condição não se afere única e exclusivamente pela idade cronológica". (STJ - REsp nº 753.565-MS - Rel. Ministro Luis Fux, j. 27/03/2007).

Tribunal:

Além disso, como bem já decidido por este E.

"Apelação Cível. Mandado de Segurança. Ensino fundamental e médio. Retenção de aluno do ensino fundamental em razão de idade. Alegação de estudos científicos e óbice legal. Inadmissibilidade. Capacidade do estudante configurada para a progressão acadêmica. Supremacia da Constituição Federal. Aplicação dos arts. 205 e 208 da CF e art. 54 do ECA. Negado provimento ao recurso (Apelação n. 0005786-24.2010.8.26.0180 – 3ª Câm. De Direito Público, d.j. 08/10/2013).

"APELAÇÃO - MANDADO DE SEGURANÇA - ENSINO – Matrícula - Autoridade coatora que se recusou a efetuar a matrícula do impetrante no 1º ano do ensino fundamental, vez que não preenchido o requisito de idade mínima, nos termos da Deliberação CEE 73/2008 - Impetração visando assegurar o direito de matrícula no ano letivo de 2012 - Ordem concedida em primeiro grau - Decisório que merece subsistir - Criança



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
 PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

que completou a idade mínima poucos dias após a data prevista na deliberação do Conselho Estadual da Educação - Diretriz administrativa que, aliás, não pode obstar o direito da impetrante - Plausibilidade do direito invocado - Sentença mantida - Reexame necessário desacolhido” (Reexame Necessário n. 0008105-38.2011.8.26.0659, 8ª Câm. De Direito Público, Rel. Rubens Rihl, d.j. 27/2/2013).

Ora, o critério de idade para acesso às diferentes etapas da educação foi estabelecido pelo legislador de forma objetiva, para garantir o acesso universal das crianças à educação.

A presunção fundada exclusivamente no critério etário é relativa. Não pode, por si só, impedir uma criança de frequentar etapa de ensino adequada à sua capacidade.

A Constituição Federal, em seu art. 208, IV, prevê que o dever do Estado com a educação será garantido com o atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade. E regra de igual teor vem disposta no art. 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente, inclusive prevendo responsabilização da autoridade competente quando não for oferecido o ensino obrigatório ou houver oferta irregular.

O art. 32 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação estabelece que o ensino fundamental obrigatório, garantido pelo Estado, com duração de 09 (nove) anos, se inicia aos 06 (seis) anos de idade. Não sendo razoável afastar a criança da promoção em



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

razão de não possuir a idade mínima até a data limite.

Em relação à alegação do Município de que houve afronta ao princípio da separação dos poderes, observo que os arts. 205, 208, IV, e 211, § 2º, da Constituição Federal, bem como, os arts. 53, V, 54, IV e 208, III, do Estatuto da Criança e do Adolescente, impõem ao Estado o dever de assegurar o efetivo exercício dos direitos das crianças e dos adolescentes.

Quando o Estado, por meio do Município, não oferece o atendimento a esses preceitos constitucionais e ordinários, infringe direito da criança, situação a ser corrigida pelo Judiciário. E isso não viola o princípio da separação e independência de poderes do Estado e a discricionariedade administrativa.

Nesse sentido, a jurisprudência deste Tribunal:

“A intervenção do Poder Judiciário em hipóteses que tais tem por objetivo fazer valer comandos insculpidos na Constituição Federal; decorre de sua própria missão constitucional e do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988)”, não se configurando a determinação de disponibilização de vaga para educação infantil violação do princípio constitucional da separação dos poderes” (Apelação nº 990.10.048522-9 – Taubaté - Câmara Especial – Rel. Des. Ciro Campos – Julg. 31.05.2010).

Com relação à imposição de *astreintes*, não há vedação legal para a imputação de multa em desfavor da



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Municipalidade na hipótese de descumprimento da obrigação imposta pelo juízo.

A imposição de multa diária no caso de descumprimento do quanto determinado é adequada, a fim de se evitar a resistência ao direito pleiteado.

Sobre esse aspecto o E. Superior Tribunal de Justiça assim já se pronunciou:

“PROCESSO CIVIL – RECURSO ESPECIAL – FAZENDA PÚBLICA – EXECUÇÃO DE SENTENÇA – OBRIGAÇÃO DE FAZER – DESCUMPRIMENTO – COMINAÇÃO DE MULTA DIÁRIA – POSSIBILIDADE.

1. Segundo entendimento já consolidado neste Superior Tribunal de Justiça, nas obrigações de fazer, é permitido ao Juízo da execução a imposição de multa cominatória ao devedor, mesmo que seja contra a Fazenda Pública.
2. Precedentes (REsp. nº 189.108/SP, 279.475/SP e 418.725/SP).
3. Recurso conhecido, porém, desprovido”. (REsp. 341.499/SP – Rel. Min. Jorge Scartezzini).

Ante o exposto, nego provimento aos apelos.

Carlos Dias Motta
Relator