



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE ATIBAIA
FORO DE ATIBAIA
1ª VARA CRIMINAL INFÂNCIA E JUVENTUDE
RUA DOUTOR JOSÉ ROBERTO PAIM, 99, Atibaia - SP - CEP
12945-007
Horário de Atendimento ao Público: das 13h00min às 17h00min

SENTENÇA

Processo Digital nº: **1008724-26.2023.8.26.0048**
 Classe - Assunto: **Procedimento Comum Infância e Juventude - Vaga em creche**
 Requerente: **Melisa Coelho Fermiano**
 Requerido: **PREFEITURA MUNICIPAL DE ATIBAIA**

Tramitação prioritária

Juiz(a) de Direito: Dr(a). **Roberta Layaun Chiappeta de Moraes Barros**

M. C. F., devidamente representada por sua genitora *Barbara Romão Coelho*, ajuizou ação declaratória de direito com pedido de tutela de urgência em face da **FAZENDA PÚBLICA MUNICIPAL DE ATIBAIA** alegando, em síntese, que está na lista de espera para obter vaga na Creche Municipal Pública CEI Irene Janussi Franco, pois a genitora não tem condições de pagar creche particular, sendo que precisa trabalhar e não tem com quem deixar a criança; não tem previsão de conquistar tal vaga; pretende obter uma vaga na creche municipal em questão. Pleiteou antecipação de tutela para obtenção de vaga na creche em questão e que, ao final, seja julgado procedente o pedido.

Com a inicial (fls. 01/16), acostou documentos (fls. 19/23).

O Ministério Público opinou pelo indeferimento da tutela de urgência (fls. 26/27). O juízo, entretanto, entendeu ser o caso de concessão do pedido, tendo determinado à parte ré que providenciasse à parte autora vaga na creche mais próxima de sua residência, ou que custeasse creche particular por um ano, sob pena de multa diária de R\$ 500,00 (fls. 30/31).

A parte requerida foi citada (fls. 47) e contestou a ação, informando, *preliminarmente*, a concessão da vaga na Creche Comunitária Santa Terezinha do Menino Jesus – ASA. Quanto ao *mérito*, argumentou que a criança já se encontra regularmente matriculada e que não havia como dirigi-la a creche de preferência da parte autora. Postulou, desta forma, improcedência parcial, no tocante à creche de preferência da parte autora, no sentido de manter a criança na fila de espera da vaga em creche de sua preferência, frente à inexistência de qualquer



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE ATIBAIA
FORO DE ATIBAIA
1ª VARA CRIMINAL INFÂNCIA E JUVENTUDE
RUA DOUTOR JOSÉ ROBERTO PAIM, 99, Atibaia - SP - CEP
12945-007
Horário de Atendimento ao Público: das 13h00min às 17h00min

situação adversa (fls. 48/51).

A parte autora se manifestou sobre a contestação apresentada (fls. 59/62).

Ambas as partes peticionaram no sentido de não terem mais provas a produzir (fls. 63/64 e 74).

O Ministério Público manifestou-se, em parecer final, opinando pela extinção do feito sem julgamento do mérito por falta de interesse de agir superveniente, já que a municipalidade disponibilizou vaga em creche (fls. 79).

É o relatório.

Decido.

O feito comporta julgamento no estado em que se encontra, não sendo necessárias outras provas.

Em que pese o parecer ministerial, fato é que a vaga em creche somente foi disponibilizada por ter, a parte autora, buscado provimento jurisdicional neste sentido – alcançando-o liminarmente, diga-se –, de modo que não há se falar em extinção do feito sem julgamento do mérito.

Isto posto, importante consignar que a decisão quanto à matéria objeto destes autos não implica em ferida, pelo Judiciário, ao Princípio da Tripartição dos Poderes.

Sobre o assunto há matéria sumulada junto ao Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

“Súmula 63 - É indeclinável a obrigação do Município de providenciar imediata vaga em unidade educacional a criança ou adolescente que resida em seu território”.

“Súmula 65 - Não violam os princípios constitucionais da separação e independência dos poderes, da isonomia, da discricionariedade administrativa e da anualidade orçamentária as decisões judiciais que determinam às pessoas jurídicas da administração direta a disponibilização de vagas em unidades educacionais ou o fornecimento de medicamentos, insumos, suplementos e transporte a crianças ou adolescentes”.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE ATIBAIA
FORO DE ATIBAIA
1ª VARA CRIMINAL INFÂNCIA E JUVENTUDE
RUA DOUTOR JOSÉ ROBERTO PAIM, 99, Atibaia - SP - CEP
12945-007
Horário de Atendimento ao Público: das 13h00min às 17h00min

Também importante consignar que a responsabilidade pelas vagas em creche é do ente federativo municipal.

A previsão está no artigo [211, § 2º](#), da [Constituição](#) Federal:

“Art. 211. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão em regime de colaboração seus sistemas de ensino. (...) § 2º Os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil”.

Também neste sentido é a [Constituição](#) do Estado de São Paulo:

“Art. 240 - Os Municípios responsabilizar-se-ão prioritariamente pelo ensino fundamental, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria, e pré-escolar, só podendo atuar nos níveis mais elevados quando a demanda naqueles níveis estiver plena e satisfatoriamente atendida, do ponto de vista qualitativo e quantitativo”.

E, complementando a legislação citada, está a Lei nº [9.394/96](#) (Lei de Diretrizes Básicas da Educação - LDB) que dispõe:

“Art. 11. Os Municípios incumbir-se-ão de: (...) V - oferecer a educação infantil em creches e pré-escolas, e, com prioridade, o ensino fundamental, permitida a atuação em outros níveis de ensino somente quando estiverem atendidas plenamente as necessidades de sua área de competência e com recursos acima dos percentuais mínimos vinculados pela [Constituição Federal](#) à manutenção e desenvolvimento do ensino”.

Outrossim, a Constituição Federal dispõe os regramentos primordiais em relação ao direito à educação, nos seguintes artigos:

“Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (...)”.

“Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: (...) V - proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação, à ciência, à tecnologia, à pesquisa e à inovação; (...)”.

“Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE ATIBAIA
FORO DE ATIBAIA
1ª VARA CRIMINAL INFÂNCIA E JUVENTUDE
RUA DOUTOR JOSÉ ROBERTO PAIM, 99, Atibaia - SP - CEP
12945-007
Horário de Atendimento ao Público: das 13h00min às 17h00min

que visem à melhoria de sua condição social: (...) XXV - assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 (cinco) anos de idade em creches e pré-escolas”.

Embora tal direito social seja prioritariamente educacional, não se pode olvidar a finalidade assistencial da previsão constitucional, já que o suporte para crianças pequenas em creche se trata de elemento imprescindível às famílias de baixa renda, sob pena de inviabilizar a possibilidade delas desenvolverem atividades laborativas, necessária ao sustento de tais famílias.

E regulamentando a previsão constitucional, há a Lei nº [9.394/96](#) (Lei de Diretrizes Básicas da Educação - LDB) que dispõe:

“Art. 29. A educação infantil, primeira etapa da educação básica, tem como finalidade o desenvolvimento integral da criança de até seis anos de idade, em seus aspectos físico, psicológico, intelectual e social, complementando a ação da família e da comunidade”.

“Art. 30 - A educação infantil será oferecida em: I - creche ou entidades equivalentes, ou entidades equivalentes, para crianças de até três anos de idade; II - pré-escolas, para as crianças de quatro a seis anos de idade”.

Ainda, prevê o art. [208, IV](#), da [Constituição](#) Federal que:

“Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: (...) IV - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade”.

Não é diferente a previsão do Estatuto da Criança e do Adolescente, que ainda dispõe sobre a localização da creche e amplia a faixa etária a ser atendida pela creche.

“Art. 53. A criança e o adolescente têm direito à educação, visando ao pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho, assegurando-se-lhes: (...) V - acesso à escola pública e gratuita próxima de sua residência”.

“Art. 54. É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente: (...) IV - atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade”.

Também ampliando a faixa etária está a [Lei de Diretrizes e Bases](#) da



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE ATIBAIA
FORO DE ATIBAIA
1ª VARA CRIMINAL INFÂNCIA E JUVENTUDE
RUA DOUTOR JOSÉ ROBERTO PAIM, 99, Atibaia - SP - CEP
12945-007
Horário de Atendimento ao Público: das 13h00min às 17h00min

Educação - Lei nº 9.394/96:

“Art. 4º O dever do Estado com educação escolar pública será efetivado mediante a garantia de: (...) IV - atendimento gratuito em creches e pré-escolas às crianças de zero a seis anos de idade”.

Sobre o assunto, já decidiu o STF:

EMENTA: CRIANÇA DE ATÉ CINCO ANOS DE IDADE. ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA. SENTENÇA QUE OBRIGA O MUNICÍPIO DE SÃO PAULO A MATRICULAR CRIANÇAS EM UNIDADES DE ENSINO INFANTIL PRÓXIMAS DE SUA RESIDÊNCIA OU DO ENDEREÇO DE TRABALHO DE SEUS RESPONSÁVEIS LEGAIS, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA POR CRIANÇA NÃO ATENDIDA. PLENA LEGITIMIDADE DESSA DETERMINAÇÃO JUDICIAL. INOCORRÊNCIA DE TRANSGRESSÃO AO POSTULADO DA SEPARAÇÃO DE PODERES. OBRIGAÇÃO ESTATAL DE RESPEITAR OS DIREITOS DAS CRIANÇAS. EDUCAÇÃO INFANTIL. DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO [TEXTO CONSTITUCIONAL](#) (CF, ART. 208, IV, NA REDAÇÃO DADA PELA EC Nº 53/2006). COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO. DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º). AGRAVO IMPROVIDO.

- A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV).

- Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das “crianças até 5 (cinco) anos de idade” (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da [Constituição Federal](#).

- A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental.

- Os Municípios – que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º)– não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções,



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE ATIBAIA
FORO DE ATIBAIA
1ª VARA CRIMINAL INFÂNCIA E JUVENTUDE
RUA DOUTOR JOSÉ ROBERTO PAIM, 99, Atibaia - SP - CEP
12945-007

Horário de Atendimento ao Público: das 13h00min às 17h00min

tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social.

- Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à “reserva do possível”. Doutrina.

DECISÃO: O recurso extraordinário a que se refere o presente agravo foi interposto contra acórdão, que, proferido pelo E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, está assim ementado (fls. 1.697):

“APELAÇÃO – Reexame Necessário – Ação Civil Pública – Sentença que obriga o Município de São Paulo a matricular crianças em unidades de ensino infantil próximas de sua residência – Cabimento – Direito Fundamental, líquido e certo – Aplicação dos artigos 208 da Constituição da República e 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente – Inocorrência de violação aos princípios constitucionais da Separação e Independência dos Poderes da República – Necessidade de harmonia como o princípio da legalidade e da inafastabilidade do controle judicial (arts. 5º, XXXV, e 37 da Constituição Federal)– Princípio da Isonomia que impõe o respeito ao direito de todas as crianças – Normas constitucionais de eficácia plena – Direito universal a ser assegurado a qualquer criança que dele necessite – Obrigação do Município reconhecida no artigo 211 da Constituição Federal – Prova suficiente a autorizar o acolhimento do pedido – Multa cabível e proporcional – Não provimento do recurso e do reexame necessário.” (grifei)

A parte ora agravante sustenta que o acórdão impugnado em sede recursal extraordinária teria transgredido preceitos inscritos na Constituição da República.

O exame desta causa, no entanto, considerada a jurisprudência que o Supremo Tribunal Federal firmou na matéria ora em análise (AI 474.444-AgR/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – RE 410.715- AgR/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO – RE 436.996-AgR/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), convence-me da inteira correção dos fundamentos que apóiam e dão consistência ao acórdão emanado do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

É preciso assinalar, neste ponto, por relevante, que o direito à educação – que representa prerrogativa constitucional deferida a todos (CF, art. 205), notadamente às crianças (CF, arts. 208, IV, e 227, “caput”)– qualifica-se como um dos direitos sociais mais expressivos, subsumindo-se à noção dos direitos de segunda geração (RTJ 164/158-161), cujo adimplemento impõe, ao Poder



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE ATIBAIA
FORO DE ATIBAIA
1ª VARA CRIMINAL INFÂNCIA E JUVENTUDE
RUA DOUTOR JOSÉ ROBERTO PAIM, 99, Atibaia - SP - CEP
12945-007

Horário de Atendimento ao Público: das 13h00min às 17h00min

Público, a satisfação de um dever de prestação positiva, consistente num “facere”, pois o Estado dele só se desincumbirá criando condições objetivas que propiciem, aos titulares desse mesmo direito, o acesso pleno ao sistema educacional, inclusive ao atendimento, em creche e pré-escola, “às crianças até 5 (cinco) anos de idade” (CF, art. 208, IV, na redação dada pela EC nº 53/2006).

O eminente e saudoso PINTO FERREIRA (“Educação e Constituinte”, “in” Revista de Informação Legislativa, vol. 92, p. 171/173), ao analisar esse tema, expende, sobre ele, magistério irrepreensível:

“O Direito à educação surgiu recentemente nos textos constitucionais. Os títulos sobre ordem econômica e social, educação e cultura revelam a tendência das Constituições em favor de um Estado social. Esta clara opção constitucional faz deste ordenamento econômico e cultural um dos mais importantes títulos das novas Constituições, assinalando o advento de um novo modelo de Estado, tendo como valor-fim a justiça social e a cultura, numa democracia pluralista exigida pela sociedade de massas do século XX.” (grifei)

Para CELSO LAFER (“A Reconstrução dos Direitos Humanos”, p. 127 e 130/131, 1988, Companhia de Letras), que também exterioriza a sua preocupação acadêmica sobre o tema, o direito à educação – que se mostra redutível à noção dos direitos de segunda geração – exprime, de um lado, no plano do sistema jurídico-normativo, a exigência de solidariedade social, e pressupõe, de outro, a asserção de que a dignidade humana, enquanto valor impregnado de centralidade em nosso ordenamento político, só se afirmará com a expansão das liberdades públicas, quaisquer que sejam as dimensões em que estas se projetem:

“(…) É por essa razão que os assim chamados direitos de segunda geração, previstos pelo ‘welfare state’, são direitos de crédito do indivíduo em relação à coletividade. Tais direitos – como o direito ao trabalho, à saúde, à educação – têm como sujeito passivo o Estado porque, na interação entre governantes e governados, foi a coletividade que assumiu a responsabilidade de atendê-los. O titular desse direito, no entanto, continua sendo, como nos direitos de primeira geração, o homem na sua individualidade. Daí a complementaridade, na perspectiva ‘ex parte populi’, entre os direitos de primeira e de segunda geração, pois estes últimos buscam assegurar as condições para o pleno exercício dos primeiros, eliminando ou atenuando os impedimentos ao pleno uso das capacidades humanas. Por isso, os direitos de crédito, denominados direitos econômico-sociais e culturais, podem ser encarados como direitos que tornam reais direitos formais: procuraram garantir a todos o acesso aos meios de vida e de trabalho num sentido amplo (...).” (grifei)

O alto significado social e o irrecusável valor constitucional de que se reveste o direito à educação infantil – ainda mais se considerado em face do dever que incumbe, ao Poder Público, de torná-lo real, mediante concreta efetivação da garantia de atendimento, em creche e pré-escola, às crianças de até cinco anos de idade (CF, art. 208, IV) – não podem ser menosprezados pelo Estado, “obrigado a proporcionar a concretização da educação infantil em sua área de competência” (WILSON DONIZETI LIBERATI, “Conteúdo Material do Direito à Educação Escolar”, “in” “Direito à



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE ATIBAIA
FORO DE ATIBAIA
1ª VARA CRIMINAL INFÂNCIA E JUVENTUDE
RUA DOUTOR JOSÉ ROBERTO PAIM, 99, Atibaia - SP - CEP
12945-007

Horário de Atendimento ao Público: das 13h00min às 17h00min

Educação: Uma Questão de Justiça”, p. 236/238, item n. 3.5, 2004, Malheiros), sob pena de grave e injusta frustração de um inafastável compromisso constitucional, que tem, no aparelho estatal, o seu precípua destinatário.

Cabe referir, neste ponto, a observação de PINTO FERREIRA (“Educação e Constituinte” “in” Revista de Informação Legislativa, vol. 92, p. 171/173), quando adverte – considerada a ilusão que o caráter meramente retórico das proclamações constitucionais muitas vezes encerra – sobre a necessidade de se conferir efetiva concretização a esse direito essencial, cuja eficácia não pode ser comprometida pela inação do Poder Público:

“O direito à educação necessita ter eficácia. Sendo considerado como um direito público subjetivo do particular, ele consiste na faculdade que tem o particular de exigir do Estado o cumprimento de determinadas prestações. Para que fosse cumprido o direito à educação, seria necessário que ele fosse dotado de eficácia e acionabilidade (...).” (grifei)

O objetivo perseguido pelo legislador constituinte, em tema de educação infantil, especialmente se reconhecido que a Lei Fundamental da República delineou, nessa matéria, um nítido programa a ser implementado mediante adoção de políticas públicas conseqüentes e responsáveis – notadamente aquelas que visem a fazer cessar, em favor da infância carente, a injusta situação de exclusão social e de desigual acesso às oportunidades de atendimento em creche e pré-escola –, traduz meta cuja não-realização qualificar-se-á como uma censurável situação de inconstitucionalidade por omissão imputável ao Poder Público.

Ao julgar a ADPF 45/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, proferi decisão assim ementada (Informativo/STF nº 345/2004):

“ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA 'RESERVA DO POSSÍVEL'. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO 'MÍNIMO EXISTENCIAL'. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO).”

Salientei, então, em tal decisão, que o Supremo Tribunal Federal, considerada a dimensão política da jurisdição constitucional outorgada a esta Corte, não pode demitir-se do



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE ATIBAIA
FORO DE ATIBAIA
1ª VARA CRIMINAL INFÂNCIA E JUVENTUDE
RUA DOUTOR JOSÉ ROBERTO PAIM, 99, Atibaia - SP - CEP
12945-007

Horário de Atendimento ao Público: das 13h00min às 17h00min

gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais, que se identificam – enquanto direitos de segunda geração (como o direito à educação, p. ex.) – com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

É que, se assim não for, restarão comprometidas a integridade e a eficácia da própria [Constituição](#), por efeito de violação negativa do estatuto constitucional motivada por inaceitável inércia governamental no adimplemento de prestações positivas impostas ao Poder Público, consoante já advertiu, em tema de inconstitucionalidade por omissão, por mais de uma vez (RTJ 75/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO), o Supremo Tribunal Federal:

“DESRESPEITO À [CONSTITUIÇÃO](#) - MODALIDADES DE COMPORTAMENTOS INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO.

- O desrespeito à [Constituição](#) tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a [Constituição](#), ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um 'facere' (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação.

- Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da [Constituição](#), em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a [Constituição](#) lhe impôs, incidirá em violação negativa do [texto constitucional](#). Desse 'non facere' ou 'non praestare', resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público.

- A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo [texto constitucional](#) - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a [Constituição](#), também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.”(RTJ 185/794-796, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno)

É certo – tal como observei no exame da ADPF 45/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO (Informativo/STF nº 345/2004) – que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário – e nas desta Suprema Corte, em especial – a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo.

Impende assinalar, contudo, que tal incumbência poderá atribuir-se, embora excepcionalmente, ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE ATIBAIA
FORO DE ATIBAIA
1ª VARA CRIMINAL INFÂNCIA E JUVENTUDE
RUA DOUTOR JOSÉ ROBERTO PAIM, 99, Atibaia - SP - CEP
12945-007

Horário de Atendimento ao Público: das 13h00min às 17h00min

os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, como sucede na espécie ora em exame.

Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à “reserva do possível” (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, “The Cost of Rights”, 1999, Norton, New York; ANA PAULA DE BARCELLOS, “A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais”, p. 245/246, 2002, Renovar), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas.

Não se ignora que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a alegação de incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, então, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da [Carta Política](#).

Não se mostrará lícito, contudo, ao Poder Público, em tal hipótese, criar obstáculo artificial que revele – a partir de indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência (ADPF 45/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Informativo/STF nº 345/2004).

Cumpra advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

Daí a correta observação de REGINA MARIA FONSECA MUNIZ (“O Direito à Educação”, p. 92, item n. 3, 2002, Renovar), cuja abordagem do tema – após qualificar a educação como um dos direitos fundamentais da pessoa humana – põe em destaque a imprescindibilidade de sua implementação, em ordem a promover o bem-estar social e a melhoria da qualidade de vida de todos, notadamente das classes menos favorecidas, assinalando, com particular ênfase, a propósito de obstáculos governamentais que possam ser eventualmente opostos ao adimplemento dessa obrigação constitucional, que “o Estado não pode se furtar de tal dever sob alegação de inviabilidade econômica ou de falta de normas de regulamentação” (grifei).

Tratando-se de típico direito de prestação positiva, que se subsume ao conceito de liberdade real ou concreta, a educação infantil – que compreende todas as prerrogativas, individuais ou



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE ATIBAIA
FORO DE ATIBAIA
1ª VARA CRIMINAL INFÂNCIA E JUVENTUDE
RUA DOUTOR JOSÉ ROBERTO PAIM, 99, Atibaia - SP - CEP
12945-007

Horário de Atendimento ao Público: das 13h00min às 17h00min

coletivas, referidas na [Constituição](#) da República (notadamente em seu art. 208, IV) – tem por fundamento regra constitucional cuja densidade normativa não permite que, em torno da efetiva realização de tal comando, o Poder Público, especialmente o Município (CF, art. 211, § 2º), disponha de um amplo espaço de discricionariedade que lhe enseje maior grau de liberdade de conformação, e de cujo exercício possa resultar, paradoxalmente, com base em simples alegação de mera conveniência e/ou oportunidade, a nulificação mesma dessa prerrogativa essencial, como adverte, em ponderadas reflexões, a ilustre magistrada MARIA CRISTINA DE BRITO LIMA, em obra monográfica dedicada ao tema ora em exame (“A Educação como Direito Fundamental”, 2003, Lumen Juris).

Cabe referir, ainda, neste ponto, ante a extrema pertinência de suas observações, a advertência de LUIZA CRISTINA FONSECA FRISCHEISEN, ilustre Procuradora Regional da República (“Políticas Públicas – A Responsabilidade do Administrador e o Ministério Público”, p. 59, 95 e 97, 2000, Max Limonad), cujo magistério, a propósito da limitada discricionariedade governamental em tema de concretização das políticas públicas constitucionais, assinala:

“Nesse contexto constitucional, que implica também na renovação das práticas políticas, o administrador está vinculado às políticas públicas estabelecidas na [Constituição Federal](#); a sua omissão é passível de responsabilização e a sua margem de discricionariedade é mínima, não contemplando o não fazer.

Como demonstrado no item anterior, o administrador público está vinculado à [Constituição](#) e às normas infraconstitucionais para a implementação das políticas públicas relativas à ordem social constitucional, ou seja, própria à finalidade da mesma: o bem-estar e a justiça social.

Conclui-se, portanto, que o administrador não tem discricionariedade para deliberar sobre a oportunidade e conveniência de implementação de políticas públicas discriminadas na ordem social constitucional, pois tal restou deliberado pelo Constituinte e pelo legislador que elaborou as normas de integração.

As dúvidas sobre essa margem de discricionariedade devem ser dirimidas pelo Judiciário, cabendo ao Juiz dar sentido concreto à norma e controlar a legitimidade do ato administrativo (omissivo ou comissivo), verificando se o mesmo não contraria sua finalidade constitucional, no caso, a concretização da ordem social constitucional.” (grifei)

Tenho para mim, desse modo, presente tal contexto, que os Municípios – que atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) – não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da [Constituição](#), e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se de atendimento das crianças em creche e na pré-escola (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE ATIBAIA
FORO DE ATIBAIA
1ª VARA CRIMINAL INFÂNCIA E JUVENTUDE
RUA DOUTOR JOSÉ ROBERTO PAIM, 99, Atibaia - SP - CEP
12945-007
Horário de Atendimento ao Público: das 13h00min às 17h00min

Entendo, por isso mesmo, que se revela inacolhível a pretensão recursal deduzida pelo Município de São Paulo, notadamente em face da jurisprudência que se formou, no Supremo Tribunal Federal, sobre a questão ora em exame (AI 455.802/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – AI 475.571/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – RE 401.673/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – RE 410.715-AgR/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO – RE 411.518-AgR/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – RE 436.996/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

Cumprе destacar, neste ponto, por oportuno, ante a inquestionável procedência de suas observações, a decisão proferida pelo eminente Ministro MARCO AURÉLIO (RE 431.773/SP), no sentido de que, “Conforme preceitua o artigo 208, inciso IV, da Carta Federal, consubstancia dever do Estado a educação, garantindo o atendimento em creche e pré-escola às crianças (...). O Estado – União, Estados propriamente ditos, ou seja, unidades federadas, e Municípios – deve aparelhar-se para a observância irrestrita dos ditames constitucionais, não cabendo tergiversar mediante escusas relacionadas com a deficiência de caixa” (grifei).

Isso significa, portanto, considerada a indiscutível primazia reconhecida aos direitos da criança e do adolescente (ANA MARIA MOREIRA MARCHESAN, “O princípio da prioridade absoluta aos direitos da criança e do adolescente e a discricionariedade administrativa”, “in” RT 749/82-103), que a ineficiência administrativa, o descaso governamental com direitos básicos do cidadão, a incapacidade de gerir os recursos públicos, a incompetência na adequada implementação da programação orçamentária em tema de educação pública, a falta de visão política na justa percepção, pelo administrador, do enorme significado social de que se reveste a educação infantil, a inoperância funcional dos gestores públicos na concretização das imposições constitucionais estabelecidas em favor das pessoas carentes não podem nem devem representar obstáculos à execução, pelo Poder Público, notadamente pelo Município (CF, art. 211, § 2º), da norma inscrita no art. 208, IV, da Constituição da República, que traduz e impõe, ao Estado, um dever inafastável, sob pena de a ilegitimidade dessa inaceitável omissão governamental importar em grave vulneração a um direito fundamental da cidadania e que é, no contexto que ora se examina, o direito à educação, cuja amplitude conceitual abrange, na globalidade de seu alcance, o fornecimento de creches públicas e de ensino pré-primário “às crianças até 5 (cinco) anos de idade” (CF, art. 208, IV, na redação dada pela EC nº 53/2006).

Sendo assim, tendo em consideração as razões expostas e reafirmando a correta determinação emanada do Poder Judiciário paulista, que impôs, ao Município de São Paulo, em face da obrigação estatal de respeitar os direitos das crianças, o dever de viabilizar, em favor destas, a matrícula em unidades de educação infantil próximas de sua residência ou do endereço de trabalho de seus responsáveis legais, sob pena de multa diária por criança não atendida, conheço do presente agravo, para negar seguimento ao recurso extraordinário, por manifestamente inadmissível (CPC, art. 544, § 4º, II, b, na redação dada pela Lei nº 12.322/2010), mantendo, por seus próprios fundamentos, o acórdão proferido pelo E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo” (STF – ARE 639337 – SP. Relator Ministro CELSO DE MELLO. Julgamento: 21/06/2011. DJE



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE ATIBAIA
FORO DE ATIBAIA
1ª VARA CRIMINAL INFÂNCIA E JUVENTUDE
RUA DOUTOR JOSÉ ROBERTO PAIM, 99, Atibaia - SP - CEP
12945-007
Horário de Atendimento ao Público: das 13h00min às 17h00min

29/06/2011).

Assim, inegável a obrigação do Poder Público Municipal de disponibilizar vagas em creche para as crianças residentes no Município.

Outrossim, pouco importa a condição financeira de quem pleiteia a vaga, posto que o direito à creche é gratuito e universal, independentemente de os beneficiários possuírem ou não condições de custear tal direito na iniciativa privada.

Pois bem.

No caso dos autos, verifica-se que embora o Município tenha argumentado que a Prefeitura concede 3.368 vagas num total de 39 creches no Município, o fato é que o direito da parte autora só foi garantido após deferimento do pedido liminar. Somente após se socorrer à Justiça, a requerente conseguiu a vaga pretendida.

Outrossim, nos termos do quanto já manifestado a fls. 30/31, o E. TJSP vem entendendo que a propositura de feito de caráter coletivo não obsta a propositura de ações de natureza individual, ainda mais quando, como no caso em tela, a Municipalidade não vem cumprindo sua obrigação, sendo, de rigor, a procedência da ação, a fim de assegurar a vaga pleiteada – e atualmente ocupada – pela menor.

No entanto, assiste razão à parte requerida no tocante a ser incabível o pleito de colocação da menor em creche específica, posto que não cabe à parte escolher a creche, mas sim aceitar a que for disponibilizada pelo poder público, desde que seja próxima à sua residência.

Destarte, a parcial procedência da ação é de rigor.

Assim é que se decide.

Centrada nestes fundamentos, resolvo o mérito da ação, com fundamento no artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil, e o faço **JULGANDO PARCIALMENTE PROCEDENTE** o pedido formulado para determinar que a parte requerida cumpra sua obrigação de disponibilizar vaga em creche Municipal mais próxima da residência da autora, para a menor **M. C. F.**, sob pena de multa diária de R\$ 500,00, limitada ao valor de R\$ 50.000,00, tornando definitiva a liminar concedida.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE ATIBAIA
FORO DE ATIBAIA
1ª VARA CRIMINAL INFÂNCIA E JUVENTUDE
RUA DOUTOR JOSÉ ROBERTO PAIM, 99, Atibaia - SP - CEP
12945-007
Horário de Atendimento ao Público: das 13h00min às 17h00min

Em razão da sucumbência, condeno a parte requerida a pagar à autora honorários advocatícios em 10% do valor da causa. Sem custas, por ser processo afeto à Infância e Juventude.

Sentença sujeita à remessa necessária, conforme entendimento do artigo 496, I, do Código de Processo Civil.

Na hipótese de interposição de recurso de apelação, por não haver mais juízo de admissibilidade a ser exercido pelo Juízo *a quo* (art. 1.010, § 3º, do Código de Processo Civil), sem nova conclusão, vista à parte contrária para oferecer resposta, no prazo de 15 dias. Após, remetam-se os autos à Superior Instância.

Após o trânsito em julgado da presente, arquivem-se os autos, com baixa definitiva na distribuição.

Publique-se. Intimem-se. Cumpra-se.

Atibaia, 13 de dezembro de 2023.

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