



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2024.0000217297

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2247693-59.2023.8.26.0000, da Comarca de Atibaia, em que são agravantes M. A. C. C. (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)) e A. C. G. B. (REPRESENTANDO MENOR(ES)), é agravado M. DE A..

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Deram provimento ao recurso. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores BERETTA DA SILVEIRA (VICE PRESIDENTE) (Presidente sem voto), TORRES DE CARVALHO(PRES. SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO) E HERALDO DE OLIVEIRA (PRES. SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO).

São Paulo, 18 de março de 2024.

ANA LUIZA VILLA NOVA
Relator(a)
Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Voto nº 8.746

Agravo de Instrumento Processo nº 2247693-59.2023.8.26.0000

Relator(a): ANA LUIZA VILLA NOVA

Órgão Julgador: Câmara Especial

Comarca: Atibaia

Processo de origem nº 1007790-68.2023.8.26.0048

Agravante: M. A. C. C.

Agravado: Município de Atibaia

Juiz (a): Roberta Layaun Chiappeta de Moraes Barros

AGRAVO DE INSTRUMENTO - Ação de Obrigação de Fazer – Vaga em unidade escolar próxima à residência – Decisão que indeferiu a tutela de urgência e que comporta modificação - Matrícula da criança-autora em unidade de ensino da rede pública municipal próxima de sua residência - Direito público subjetivo e de absoluta prioridade conferido à criança e ao adolescente pela Constituição Federal, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação - Direito à educação que não está condicionado ao prévio pedido administrativo ou inscrição em lista de espera, nem requer a comprovação de recusa administrativa para a instauração de ação judicial voltada à sua efetivação - Inafastabilidade da obrigação conferida ao Município – Precedentes desta C. Câmara Especial – Decisão reformada – Recurso provido.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto contra a r. decisão de fl. 25 (autos principais) que, em ação de obrigação de fazer, indeferiu a antecipação dos efeitos da tutela para o fornecimento de vaga na Creche Municipal Professora Fabiana Bruno Orujian à infante M. A. C. C., porque não comprovado que a vaga foi solicitada administrativamente.

Inconformada, sustenta a autora agravante, inicialmente, que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Diz que existindo lesão ou ameaça a direito, ao interessado é assegurado o direito de petição e de ação ao Poder Judiciário, nos termos do artigo 5º, inciso XXXIV, letra “a”, da Constituição Federal. Alega que não há como aguardar eventual decisão de mérito, eis o perigo da demora e do dano de difícil reparação, por se tratar de direito constitucional já reconhecido por decisão da Suprema Corte. Aduz que há nos autos de origem declaração da genitora destacando a necessidade de vaga na Creche Municipal Professora Fabiana Bruno Orujian, próxima a sua residência. Diz que a matéria foi discutida no Recurso Extraordinário (RE) 1008166, Tema 548 da repercussão geral. Assevera que necessita de medida de urgência para fazer garantir o seu direito legal e constitucional, e que estão presentes os requisitos da probabilidade do direito e do perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

Requer a antecipação da tutela recursal, *"para impor ao Município agravado, providenciar uma vaga para a agravante em creche pública municipal"*. No mérito, pugna pelo



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

provimento do agravo de instrumento, *"para o fim de assegurar o direito da agravante e obter uma vaga em creche pública municipal, de forma antecipatória"*.

Concedida a antecipação dos efeitos da tutela recursal, a fim de determinar a matrícula da infante M. A. C. C. (menor) em creche municipal, dentro do raio de 2 km de distância ou se superior mediante disponibilização de transporte, ou em creche particular às expensas do Município, no prazo de 30 dias, sob pena de multa diária no valor de R\$300,00, limitada a R\$ 30.000,00 (fls. 38/45).

Não houve apresentação de contraminuta (fl. 48).

A D. Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo provimento do recurso (fls. 66/71).

É o relatório.

Trata-se, na origem, de ação de obrigação de fazer proposta por M. A. C. C. contra o Município de Atibaia, com pedido de concessão de vaga em creche próxima a sua residência.

Consoante o ensinamento de Nelson Nery Júnior, *"tutela antecipatória dos efeitos da sentença de mérito, espécie do gênero tutelas de urgência, é providência que tem natureza jurídica mandamental, que se efetiva mediante execução lato sensu, com o*



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

objetivo de entregar ao autor, total ou parcialmente, a própria pretensão deduzida em juízo ou os seus efeitos. É tutela satisfativa no plano dos fatos, já que realiza o direito, dando ao requerente o bem da vida por ele pretendido com a ação de conhecimento” (Nery Junior, Nelson - Código de processo civil comentado e legislação extravagante – 10. ed.- São Paulo; Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 523).

Teresa Arruda Alvim Wambier acrescenta que *“só é possível cogitar de tutela de urgência se houver uma situação crítica, de emergência. Dessa forma, a técnica processual empregada para impedir a consumação ou o agravamento do dano – que pode consistir no agravamento do prejuízo ou no risco de que a decisão final seja ineficaz no plano dos fatos, que geram a necessidade de uma solução imediata – é que pode ser classificada como a tutela de urgência. É, pois, a resposta do processo a uma situação de emergência, de perigo, de urgência”¹.*

E, em se tratando de medida excepcional, a concessão da tutela de urgência pretendida demanda, desde logo, a existência de elementos que evidenciam a probabilidade do direito alegado pela agravante e o perigo de dano irreparável ou de difícil ou incerta reparação, ou o risco ao resultado útil do processo (artigos 300, caput, 995, §único e 1.019, inciso I, todos do Código de Processo Civil).

Da análise do instrumento, concluo pela

¹ *Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo; Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier...[et al.], 1ª Ed., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2015, comentários ao artigo 300 do NCPC, p. 498.*



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

existência dos requisitos supracitados, a fim de dar provimento ao recurso.

O acesso à educação constitui direito público subjetivo e de absoluta prioridade conferido à criança e ao adolescente pela Constituição Federal (art. 6º, art. 205, art. 208, inciso IV e § 1º, art. 211, § 2º e art. 227), pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 53, caput, inciso V, art. 54, inciso IV e § 1º e art. 208, inciso III) e pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei nº 9.394/96 – artigos 4º, inciso II, 29 e 87, § 5º - este último relativo a conjugação de esforços empreendidos pelo Poder Público para o estabelecimento do período integral na rede pública de ensino) – direito este passível de proteção e garantias por meio de ações judiciais pertinentes.

Os princípios da proteção integral e da primazia dos interesses da criança e do adolescente, previstos na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente, resguarda, entre outros, o direito fundamental à educação, de modo que cabe à Administração Pública gerenciar seus recursos visando proporcionar meios de viabilizar o exercício de tal direito, que, no presente caso, se traduz na disponibilização de vaga em creche, próxima de sua residência.

Ademais, incumbe ao Poder Judiciário assegurar a todas as crianças, de forma indistinta, o acesso à educação, de forma a concretizar o direito garantido constitucionalmente.



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

No caso, verifica-se que a autora buscou a matrícula, porém, aguarda a concessão (fl. 22). Não obstante, há precedente desta C. Câmara Especial no sentido de que referida solicitação não é necessária, pois o direito à creche está assegurado constitucionalmente. Conforme decidido:

“(…)

*A pretensão posta na inicial, diante da ausência de vagas, visa assegurar o acesso de criança ao ensino infantil em local próximo à residência. É nítido o caráter emergencial e a pretensão está totalmente amparada por norma constitucional, de modo a justificar o evidente interesse processual almejado. **O direito postulado não depende de prévio cadastro perante órgãos públicos e nem da estrita observância a trâmites burocráticos impostos pelo Município, consubstanciados em lista de espera, assim como não se exige comprovação de recusa administrativa para o manejo de ação judicial buscando a concretização do direito à educação.** Não se pode perder de vista que a Constituição estabelece como dever do Estado, em todas as esferas de atuação, a garantia de “educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade” (inc. IV, do art. 208, coma redação dada pela EC nº 53/2006). No mesmo sentido, o inc. V, do art. 53, e inc. IV, do art. 54, ambos do Estatuto da Criança e do Adolescente, e art. 29 da Lei nº 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional). A educação infantil se molda à primeira etapa da educação básica, tendo como fim a complementação da ação da família e da comunidade para o desenvolvimento integral da criança até os cinco anos de idade, em seus aspectos físico, psicológico,*



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

intelectual, moral e social. (...)” (Remessa Necessária Cível nº 1002705-57.2022.8.26.0462, rel. Des. Wanderley José Federighi (Pres. da Seção de Direito Público), j. 17/11/2022). (destacamos)

Cumprе ressaltar que, não há de se falar na necessidade de esgotamento ou prova da recusa na via administrativa, em razão do princípio da inafastabilidade da jurisdição (artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal) pelo qual é prescindível o exaurimento da via administrativa para a busca da tutela jurisdicional.

O perigo da demora consiste no risco de privação a uma educação direcionada ao pleno desenvolvimento do agravante, que envolve aspectos físico, psicológico, intelectual e social, preparando-o ao exercício da cidadania e qualificando-a para a vida.

Ainda, transcreve-se a Súmula 63 deste Egrégio Tribunal de Justiça, que dispõe sobre a obrigação da municipalidade de se adequar com o necessário para o provimento de vagas em instituição de ensino à criança ou adolescente residente em seu território:

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

Consigna-se, por oportuno, que a plena efetividade do dispositivo supracitado resulta no fornecimento da vaga em creche ou em entidade equivalente, próxima à residência da criança



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

(assim entendida como a unidade de ensino municipal situada no raio de até dois quilômetros de sua residência), ou o fornecimento de transporte na hipótese de matrícula em instituição de ensino localizada acima da distância supracitada.

Cabe mencionar que a determinação judicial da presente decisão não viola o princípio da separação e independência dos poderes, pois, em observância ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, esta, quando invocada, deve garantir a solução das demandas que lhe são apresentadas, bem como a concretização de direitos assegurados pelo Poder Público, ainda mais nas hipóteses em que se cuida de direito indisponível e consagrado pela Constituição Federal, no caso em tela, o direito fundamental à educação.

Nesse sentido, dispõe a Súmula 65 deste E. Tribunal de Justiça:

“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”

Por oportuno, ressalta-se que a discricionariedade do Poder Público está tão somente no ponto da escolha do estabelecimento, sendo cabível o encaminhamento da criança para escola diversa daquela pretendida, desde que observado o limite de distância fixado em jurisprudência. Desse modo, não cabe à menor



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

indicar a escolha da escola, e a Administração pública fica restrita apenas à proximidade entre a instituição de ensino e a residência da criança, porém, se não houver vaga, admite-se que seja em local mais distante, desde que seja fornecido transporte, caso superior a 2 km.

Outrossim, em caso que haja justo motivo, a jurisprudência também admite que referida discricionariedade seja excepcionalmente afastada, mediante análise do caso concreto.

E, nos casos que se demonstre interesse em uma unidade educacional específica, sem justo motivo, a criança então deverá se sujeitar às mesmas regras dos demais, ou seja, inscrever-se à vaga em uma lista de espera, aguardando ser contemplada.

É nesse sentido o entendimento deste Egrégio Tribunal de Justiça:

Reexame Necessário - Educação - Ação de Obrigação de Fazer - Fornecimento de vaga em creche/pré-escola - Obrigação do Poder Público. Direito assegurado pela Constituição Federal e pelo ECA - Aplicação das Súmulas 63, 65 e 68 do E. TJSP - Vaga em período integral – Necessidade - Ausência de violação ao princípio da separação dos poderes - Distância máxima de 2km entre a unidade escolar e a residência da criança - Impossibilidade de escolha de equipamento educacional específico - Honorários advocatícios - Fixação na r. sentença em R\$ 2.000,00 - Hipótese de demanda repetitiva - Valor fixado pelo MM. Juízo que se mostrou excessivo - Possibilidade de sua redução para R\$ 950,00 - Aplicação do art. 85, §§ 2º, e incisos, 8º, do NCPC. Reexame necessário provido em parte. (TJSP, Câmara Especial, RN 1003896-82.2020.8.26.0309, Relator (a) Renato Genzani



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Neste contexto, é caso de reforma da r. decisão agravada a fim de determinar a matrícula da infante M. A. C. C. em creche municipal, em instituição próxima a sua residência, ou, se distante, superior a 2 km, que providencie o transporte, no prazo de 30 dias, sob pena de multa diária no valor de R\$ 300,00, limitada a R\$ 30.000,00, confirmando-se a antecipação da tutela recursal.

No sentido do que ora se decide é o posicionamento desta C. Câmara Especial:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. TUTELA DE URGÊNCIA. EDUCAÇÃO. MATRÍCULA DA MENOR, EM PERÍODO INTEGRAL, EM ESTABELECIMENTO DE ENSINO PRÓXIMO DE SUA RESIDÊNCIA. 1. Decisão que deferiu a tutela de urgência para compelir o Município de São José dos Campos a efetuar a matrícula da menor em unidade da rede de ensino municipal, em período integral, próxima de sua residência ou do emprego da genitora. Irresignação da Municipalidade. 2. Probabilidade do direito invocado e perigo de dano evidenciados. Infante de tenra idade que estava matriculada em estabelecimento de ensino distinto daquele frequentado por sua irmã. Art. 53, V, da Lei nº 8.069/90 que assegura o acesso à escola pública gratuita próxima da residência do menor, com garantia de vaga no mesmo estabelecimento a irmãos que estejam na mesma etapa ou ciclo de ensino da educação básica. 3. A inserção na Educação Infantil como etapa básica do sistema educacional pátrio, implica no oferecimento de vagas, em período integral, porquanto a permanência da criança em período mais estendido propicia melhor desenvolvimento de suas habilidades cognitivas. Observância do princípio do melhor interesse, da maximização da tutela dos direitos fundamentais das crianças e do enfoque destes como titulares do direito à educação. O art. 208, IV, da CF, ao dispor sobre a garantia de Educação Infantil, em creche e pré-escola às crianças de até 5 (cinco) anos de idade, como efetivação do dever do Estado com a educação, deixou em segundo plano a finalidade assistencial desse serviço público. 4. Recurso desprovido. (TJSP;



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Agravo de Instrumento 2142301-04.2021.8.26.0000; Relator (a): Daniela Cilento Morsello; Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro de São José dos Campos - Vara da Infância e Juventude; Data do Julgamento: 29/09/2021; Data de Registro: 29/09/2021)

AGRAVO DE INSTRUMENTO.

ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. Decisão que deferiu parcialmente a antecipação da tutela. Análise que deve ser estrita aos elementos ensejadores da tutela antecipada. Possibilidade de concessão da vaga em creche. Fornecimento em vaga em creche próxima à residência, entendida como àquelas que se localizarem, no máximo, no raio de 2 quilômetros da residência da criança. Efetividade do serviço que depende, no caso, da prestação em período integral. Fornecimento de transporte gratuito na hipótese de matrícula em estabelecimento de ensino mais distante. Jurisprudência desta C. Câmara. Presente os requisitos autorizadores da tutela antecipada. Decisão reformada. Recurso parcialmente provido. (TJSP; Agravo de Instrumento 2230823-75.2019.8.26.0000; Relator (a): Ana Lucia Romanhole Martucci; Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro de São Bernardo do Campo - Vara da Infância e Juventude; Data do Julgamento: 21/11/2019; Data de Registro: 21/11/2019)

Isto posto, **DOU PROVIMENTO** ao recurso, nos termos da fundamentação.

ANA LUIZA VILLA NOVA

Relatora