PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO E COLETIVO
APELAÇÃO / REMESSA NECESÁRIA Nº 71160/2017 - CLASSE CNJ - 1728
COMARCA DE ALTAFLORESTA
RELATOR: DES. MÁRCIO VIDAL
REDATORA DESIGNADA: DESA. MARIA EROTIDES KNEIP BARANJAK

INTERESSADO/APELANTE: MUNICÍPIO DE ALTAFLORESTA
INTERESSADO/APELADO: S. T. M. S., REPRESENTADA POR SUA MÃE VANIA TARGANSKI BENITEZ

Número do Protocolo: 71160/2017

Data de Julgamento: 13-08-2018

RELATOR: EXMO. SR. DES. MÁRCIO VIDAL

REDATORA DESIGNADA: EXMA. SRA. DESA. MARIA EROTIDES KNEIP

E M E N T A

RECURSO DE APELAÇÃO CÍVEL COM REMESSA NECESSÁRIA - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER - MATRÍCULA EM CRECHE DA REDE PÚBLICA OU PRIVADA - INEXISTÊNCIA DE VAGA - SUPERLOTAÇÃO - LISTA DE ESPERA - AÇÃO JULGADA PROCEDENTE - APELO DO MUNICÍPIO - ALEGAÇÃO DE DESCABIMENTO DA MULTA DIÁRIA, RESERVA DO POSSÍVEL, LISTA DE ESPERA, APLICAÇÃO DOS RECURSOS NA EDUCAÇÃO NOS PERCENTUAIS LEGALMENTE EXIGIDOS, INFRINGÊNCIA À LEI FEDERAL Nº 13.005/14 - ENTENDIMENTO DE QUE A CONCESSÃO OFENDE OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ISONOMIA E IMPESSOALIDADE - APELO PROVIDO PARA JULGAR IMPROCEDENTE A AÇÃO DE BASE - REMESSA PREJUDICADA.

1. "**[...] Constatado que, na creche indicada, não há vaga, não é materialmente possível, determinar a matrícula de criança, visto que,**

pelo princípio da impenetrabilidade da matéria dois corpos distintos não podem ocupar o mesmo lugar no espaço e ao mesmo tempo. Ademais, há fila de espera para a eventualidade de surgimento de vaga, que não pode ser violada, já que, em uma República, ao Poder Judiciário não é dado conferir privilégio. Urge que sejam tomadas providências para que o Poder Público construa novas creches, ou celebre contratos administrativos com entidades privadas etc. Recurso provido. (TJ/MT - Ap 65832/2017, Des. LUIZ CARLOS DA COSTA, Segunda Câmara de Direito Público e Coletivo, Julgado em 08/08/2017, Publicado no DJE 17/08/2017)

2. Apelo provido. Remessa prejudicada.

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO E COLETIVO
APELAÇÃO / REMESSA NECESÁRIA Nº 71160/2017 - CLASSE CNJ - 1728
COMARCA DE ALTAFLORESTA (CONTINUAÇÃO DE JULGAMENTO)
RELATOR: DES. MÁRCIO VIDAL
REDATORA DESIGNADA: DESA. MARIA EROTIDES KNEIP BARANJAK

INTERESSADO/APELANTE: MUNICÍPIO DE ALTAFLORESTA
INTERESSADO/APELADO: S. T. M. S., REPRESENTADA POR SUA MÃE VANIA TARGANSKI BENITEZ

R E L A T Ó R I O

EXMO. SR. DES. MÁRCIO VIDAL

Egrégia Câmara:

Trata-se de Recurso de Apelação com Reexame da Sentença proferida pelo Juízo da Segunda Vara Cível da Comarca de Alta Floresta, que, nos autos da Ação de Obrigação de Fazer (cód. 125888), proposta por Sthefani Targanski Marcelino da Silva, representada por sua genitora, Vânia Targanski Marcelino da Silva, contra o Município sede daquela Comarca, julgou procedente o pedido da inicial para condenar o requerido a fornecer à autora, junto à rede pública, ou então, na rede privada, às suas expensas, o acesso da criança à Escola, sob pena de multa diária de R$100,00 (cem) reais, tornando definitiva a liminar anteriormente deferida (fls. 79/87).

O Município de Alta Floresta sustenta, em síntese, o descabimento da aplicação da multa contra a Fazenda Pública, bem como que a sentença viola as regras orçamentárias e a cláusula da reserva do possível, e que a concessão da medida burla a lista de espera das escolas.

Defende que há ofensa ao disposto na Lei Federal n. 13.005/2014, porque o aumento do número de vagas deve ser gradativo, atingindo 80% (oitenta por cento) da população no ano de 2025.

Por fim, pugna pela reforma da sentença, subsidiariamente que seja imposta condicionantes à parte Recorrida. (fls. 88/107).

A Apelada apresentou contrarrazões, pugnando pela manutenção da sentença (fls. 111/118v).

A Procuradoria-Geral de Justiça, por meio do parecer da lavra do Procurador Paulo Roberto Jorge do Prado, opinou, às fls. 126/130, pelo desprovimento do Apelo e pela ratificação da sentença.

É o relatório.

P A R E C E R (ORAL)

O SR. DR. JOSÉ ZUQUETI (PROCURADOR DE JUSTIÇA)

Ratifico o parecer escrito.

V O T O

EXMO. SR. DES. MÁRCIO VIDAL (RELATOR)

Egrégia Câmara:

Como consignado no relatório, trata-se de Recurso de Apelação com Reexame da Sentença proferida pelo Juízo da Segunda Vara Cível da Comarca de Alta Floresta, que, nos autos da Ação de Obrigação de Fazer (cód. 125888), proposta por Sthefani Targanski Marcelino da Silva, representada por sua genitora, Vânia Targanski Marcelino da Silva, contra o Município sede daquela Comarca, julgou procedente o pedido da inicial para condenar o requerido a fornecer à autora, junto à rede pública, ou então, na rede privada, às suas expensas, o acesso da criança à Escola, sob pena de multa diária de R$100,00 (cem) reais, tornando definitiva a liminar anteriormente deferida.

Denota-se dos autos que a menor Sthefani Targanski Marcelino da Silva, à época, com 09 (nove) meses de idade, não conseguiu matricular-se na creche municipal, uma vez que o Município de Alta Floresta não tem fornecido vagas, que a genitora da criança precisa matricula-la ante a necessidade de bem desempenhar sua atividade como Agente de Crédito, e assim, ajudar no sustento de sua família.

O pedido de liminar foi deferido, conforme se verifica às fls. 21/25.

O Requerido informou que a liminar foi cumprida, tendo sido

disponibilizada vaga para a menor na Escola Municipal Laura Vicuña (fls. 29/30).

O Juízo singular julgou procedente o pedido inicial, confirmando a decisão liminar, para determinar a disponibilização, junto à rede pública, ou, então, na rede privada, às expensas públicas, de vaga para acesso da menor Sthefani Targanski Marcelino da Silva à creche.

Sabe-se que, a Constituição Federal, em seu artigo 227, dispõe que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Com efeito, o artigo 53, inciso V, do ECA (Lei n. 8.069/90) assegura à criança e ao adolescente o acesso à escola pública e gratuita próxima de sua residência.Veja-se:

> 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-lhes:
> [...]
> V - acesso à escola pública e gratuita próxima de sua residência.

No mesmo sentido, dispõe o artigo 11, inciso V, da Lei n. 9.394/1996 - Lei das Diretrizes e Bases da Educação Nacional:

> 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.

Logo, os entes federados têm o dever de propiciar às crianças o amparo à educação, mediante vaga em escola pública.

Nesse contexto, a Constituição da República Federativa do Brasil estabelece em seu artigo 208, inciso IV, 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.

A esse respeito, colhe-se a jurisprudência:

> Inquestionável consistir a educação em direito social e fundamental, e, na forma do artigo 5º, § 1º da Carta Magna, com aplicabilidade imediata, estando vinculado, inclusive, a outro princípio fundamental e corolário constitucional - a dignidade da pessoa humana. A organização e a invocação de questões burocráticas não podem servir de entrave para assegurar a matrícula do impetrante em creche/pré-escola próxima à sua residência, não prevalecendo, de forma alguma, sobre direito inerente ao mínimo existencial à educação. Precedentes jurisprudenciais. Recurso parcialmente procedente, na forma do art. 557, § 1º-A do CPC. (TJRJ, RNS: 00025048220148190066 RJ 0002504-82.2014.8.19.0066 – Relator: Desª. Elisabete Filizzola– 10.3.2015).

O Supremo Tribunal Federal tem assim decidido:

> AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. MATRÍCULA DE CRIANÇAS DE ZERO A CINCO ANOS DE IDADE EM CRECHES E PRÉ-ESCOLAS MUNICIPAIS. DIREITO ASSEGURADO PELA CONSTITUIÇÃO (ART. 208, IV, DA CF). ALEGAÇÃO DE INCIDÊNCIA DO ART. 6º DA EC 59/2009. INOVAÇÃO RECURSAL. AGRAVO IMPROVIDO. I O Estado tem o dever constitucional de assegurar a garantia de atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a cinco anos de idade (art. 208, IV, da CF). Precedentes. II A alegada necessidade de observância do art. 6º da Emenda Constitucional

> 59/2009, suscitada no agravo regimental, não foi arguida no recurso extraordinário. É incabível a inovação de fundamento em agravo regimental. Precedentes. III Agravo regimental improvido. (ARE: 646953 SP – Relator: Min. Ricardo Lewandowski – 14.12.2011).

Desse modo, é indiscutível que a Autora não poderia ficar impossibilitado do exercício do direito subjetivo à Educação, enquanto permanecia, indefinidamente, no aguardo de vagas a serem oferecidas pela rede pública de ensino.

Quanto à multa diária arbitrada, quando da concessão da antecipação de tutela, tem-se que a decisão mais adequada ao caso concreto é a sua exclusão, uma vez que, embora se admita tal possibilidade, efetivamente é notório que a execução desta acaba recaindo sobre o próprio erário e, consequentemente, sobre a coletividade.

Deve-se destacar ainda que o Município comprovou o cumprimento da determinação judicial, conforme se vê às fls. 29/30.

Frise-se que, no caso em questão, descabe falar em princípio da reserva do possível, em face dos direitos fundamentais. Sendo assim, eventuais limitações ou dificuldades orçamentárias não devem servir de pretexto para negar o direito à saúde, à educação e à vida, dada a prevalência desses últimos.

Não bastasse isso, a alegação genérica de reserva do possível frente a direito fundamental é inaceitável.

Da mesma forma, não há falar em burla à fila de espera, pois, como salientado, o direito à Educação é assegurado constitucionalmente, cabendo ao ente público municipal o dever de propiciá-lo.

Além disso, nos termos do 30, inciso VI, da CRF, a Educação Infantil deve ser oferecida pelo Município. Veja-se:

> Art. 30. Compete aos Municípios:
> I - (...);
> VI - manter, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, programas de educação infantil e de ensino fundamental;

Ressalto que o fato de a Lei Federal n. 13.005/2014, no seu anexo, prever a ampliação da oferta da educação infantil em creches, de forma a atender a 80% (oitenta por cento) das criança de até 03 (três) anos até o ano de 2025, no meu entendimento, não afasta do dever do Município de disponibilizar a vaga à Recorrida, porque tal direito é consagrado na Constituição da República Federativa do Brasil.

Além disso, o Recorrente não comprovou o cumprimento das metas previstas na referida lei, apenas juntou aos autos a legislação municipal pertinente (fl. 108).

Por fim, a tese de que a sentença recorrida não contém condicionantes e, por isso, deveria ser reformada, não merece acolhimento, porque as exigências apontadas pelo Apelante não são suficientes para obstar o direito da Apelada.

Dessarte, é indiscutível que a menor tem direito à educação e, portanto, a sentença deve ser mantida em sua integralidade.

DO REEXAME NECESSÁRIO DE SENTENÇA

Como consignado nos parágrafos anteriores, o Juízo singular julgou procedente o pedido inicial, determinando que o Requerido providenciasse a disponibilização da vaga em creche, próxima a sua residência, para a menor Sthefani Targanski Marcelino da Silva.

Quanto à análise das alegações de burla à fila de espera e de violação ao princípio da reserva do possível, saliento que foram apreciadas no Apelo, de modo que desnecessária a reprodução dos argumentos já externados.

Desse modo, todos os fundamentos são mantidos à vista da própria análise feita no Recurso do Apelo do Município.

Nessa quadra, é indiscutível o direito de matrícula e disponibilização de vaga na Educação Infantil na modalidade creche, conforme postulado na inicial, na unidade mais próxima da sua residência, pois não deve a menor ficar impossibilitada do exercício do direito subjetivo à educação, enquanto permanecia, indefinidamente, no aguardo de vagas a serem viabilizadas pela rede pública de ensino.

Com essas considerações, a ratificação da sentença prolatada pelo Juízo *a quo* é medida impositiva.

Ante o exposto, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao Recurso do Município de Alta Floresta, tão somente para afastar a condenação da multa diária aplicada. E, em Reexame Necessário **RETIFICO, em parte,** o ato sentencial, em conformidade com o Apelo, mantendo os demais termos da sentença.

É como voto.

V O T O

EXMA. SRA. DESA. MARIA EROTIDES KNEIP (1ª VOGAL)

Peço vista dos autos.

V O T O

EXMA. SRA. DESA. HELENA MARIA BEZERRA RAMOS (2ª VOGAL)

Aguardo o pedido de vista.

EM 22 DE JANEIRO DE 2018:

O RELATOR PROVEU PARCIALMENTE O APELO. EM SEDE DE REEXAME NECESSÁRIO RETIFICOU PARCIALMENTE A SENTENÇA. PEDIU VISTA A 1ª VOGAL. A 2ª VOGAL AGUARDA.

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO E COLETIVO
APELAÇÃO / REMESSA NECESÁRIA Nº 71160/2017 - CLASSE CNJ - 1728
COMARCA DE ALTAFLORESTA (CONTINUAÇÃO DE JULGAMENTO)
RELATOR: DES. MÁRCIO VIDAL
REDATORA DESIGNADA: DESA. MARIA EROTIDES KNEIP BARANJAK

CONTINUAÇÃO DE JULGAMENTO - SESSÃO 29-01-2018

V O T O VISTA

EXMA. SRA. DESA. MARIA EROTIDES KNEIP (1ª VOGAL)

Egrégia Câmara:

Trata-se de Recurso de Apelação Cível c/c Reexame Necessário interposto pelo MUNICÍPIO DE ALTA FLORESTA contra sentença, que nos autos da Ação de Obrigação de Fazer julgou procedente o pedido e determinou o Município a disponibilizar acesso da infante a uma vaga na creche da rede municipal mais próxima à sua residência e ratificou a liminar anteriormente deferida anteriormente.

Em suas razões recursais (p. 88/107), argumenta o Município o descabimento da multa diária, teoria da reserva do possível, existência de lista de espera, aplica os recursos na educação nos percentuais legalmente exigidos, infringência à Lei Federal nº 13.005/14.

O e. Des. Relator deu parcial provimento ao apelo apenas para afastar a multa e, em sede de reexame necessário, retificou em parte a sentença.

Pedi vista para melhor análise da matéria.

Ao compulsar os autos, entendo que deve o presente recurso ser provido, pelos seguintes fundamentos.

O artigo 205 da Carta Magna diz que a educação é um direito de todos e dever do Estado e da família, a qual será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade visando o pleno desenvolvimento da pessoa.

No entanto, em casos de inexistência de vagas pelo preenchimento daquelas já existentes, não é possível impor ao Município que seja a vaga oferecida em creche próxima da residência do infante, haja vista que isto importaria na impossibilidade material de atendimento e prejuízo à prestação à qualidade e serviço, conforme estabelece o art. 16 da Lei nº 13.257/16, *in verbis:*

> Art. 16. **A expansão da educação infantil deverá ser feita de maneira a assegurar a qualidade da oferta, com instalações e equipamentos que obedeçam a padrões de infraestrutura estabelecidos pelo Ministério da Educação**, com profissionais qualificados conforme dispõe a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional), e com currículo e materiais pedagógicos adequados à proposta pedagógica. (GRIFEI)

Ademais, é comum na municipalidade, como ocorre no caso em apreço, a existência de lista de espera, conforme se pode observar nos documentos de p. 42/43, e, a medida que novas vagas surjam no decorrer do tempo, a Administração Pública oferta a vaga àquelas pessoas que se encontram na referida lista, obedecendo, sempre, a ordem de inscritos.

Nesse norte, em observância ao princípio constitucional da isonomia, impessoalidade e igualdade, não pode tal ordem ser invertida, sob pena de incorrer em preterição, o que não se admite.

Haveria uma clara ofensa direta ao art. 5º, *caput*, inciso I, da Carta Magna, dispositivo constitucional esta não menos importante que o art. 205 mencionado no início deste voto, já que o mesmo é uma garantia fundamental e cláusula pétrea.

Acerca da matéria, assim é a doutrina pátria, *in verbis:*

> ‘O princípio da impessoalidade objetiva a igualdade de tratamento que a administração deve dispensar aos administrados que se encontrem em idêntica situação jurídica. Nesse ponto, representa uma faceta do princípio da isonomia. Por outro lado, para que haja verdadeira impessoalidade, deve a administração voltar-se exclusivamente para o interesse público, e não para o privado, vedando-se, em consequência, sejam favorecidos alguns indivíduos em detrimento de outros

> e prejudicados alguns para favorecimento de outros. Aqui reflete a aplicação do conhecido princípio da finalidade, sempre estampado na obra dos tratadistas da matéria, segundo o qual o alvo a ser alcançado pela administração é somente o interesse público, e não se alcança o interesse público se for perseguido o interesse particular, porquanto haverá neste caso uma atuação discriminatória. (CARVALHOFILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005)

Nesse mesmo sentido, trago à colação os recentes arestos jurisprudenciais emanados deste Sodalício, *in verbis:*

> APELAÇÃO — MATRÍCULA EM CRECHE PRÓXIMA À RESIDÊNCIA — INEXISTÊNCIA DE VAGA — SUPERLOTAÇÃO — PRINCÍPIO DA IMPENETRABILIDADE DA MATÉRIA — IMPOSSIBILIDADE MATERIAL, NÃO JURÍDICA — LISTA DE ESPERA — EXISTÊNCIA. Constatado que, na creche indicada, não há vaga, não é materialmente possível, determinar a matrícula de criança, visto que, pelo princípio da impenetrabilidade da matéria dois corpos distintos não podem ocupar o mesmo lugar no espaço e ao mesmo tempo. Ademais, há fila de espera para a eventualidade de surgimento de vaga, que não pode ser violada, já que, em uma República, ao Poder Judiciário não é dado conferir privilégio. Urge que sejam tomadas providências para que o Poder Público construa novas creches, ou celebre contratos administrativos com entidades privadas etc. Recurso provido. (TJ/MT - Ap 65832/2017, DES. LUIZ CARLOS DA COSTA, SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO E COLETIVO, Julgado em 08/08/2017, Publicado no DJE 17/08/2017)

> APELAÇÃO CÍVEL COM REEXAME NECESSÁRIO DE OFÍCIO - PRELIMINARES - CARÊNCIA DA AÇÃO E FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL - REJEITADAS - MATRÍCULA EM CRECHE PRÓXIMA À RESIDÊNCIA - INEXISTÊNCIA DE VAGA - SUPERLOTAÇÃO - PRINCÍPIO

> DA IMPENETRABILIDADE DA MATÉRIA - IMPOSSIBILIDADE MATERIAL, NÃO JURÍDICA - LISTA DE ESPERA - EXISTÊNCIA - RECURSO PROVIDO. 1. Constatado que, na creche indicada, não há vaga, não é materialmente possível, determinar a matrícula de criança, visto que, pelo princípio da impenetrabilidade da matéria dois corpos distintos não podem ocupar o mesmo lugar no espaço e ao mesmo tempo. 2. Ademais, há fila de espera para a eventualidade de surgimento de vaga, que não pode ser violada, já que, em uma República, ao Poder Judiciário não é dado conferir privilégio. Urge que sejam tomadas providências para que o Poder Público construa novas creches, ou celebre contratos administrativos com entidades privadas etc. (TJ/MT - Ap 74420/2016, DESA. MARIA APARECIDA RIBEIRO, PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO E COLETIVO, Julgado em 24/07/2017, Publicado no DJE 14/08/2017)

Insta consignar que não se trata de negar a obrigação e o dever do poder público em ofertar acesso ao ensino público, mas sim de atende ao máximo a todos os munícipes de forma igualitária e isonômica ante à escassez de vagas às creches.

Nesse diapasão, a improcedência da Ação de Obrigação de Fazer é medida que se impõe.

Diante do acima exposto, grafando sempre o respeito ao voto do eminente Relator, DOU PROVIMENTO ao Apelo para julgar improcedente a Ação de Obrigação de Fazer, revogando a liminar anteriormente concedida, restando prejudicado o Reexame Necessário.

É como voto.

V O T O

EXMA. SRA. DESA. HELENA MARIA BEZERRA RAMOS (2ª VOGAL)

De acordo com o voto do Relator.

EM 29 DE JANEIRO DE 2018:

POR MAIORIA, PROVEU PARCIALMENTE O APELO E RETIFICOU EM PARTE A SENTENÇA, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR E DA 2ª VOGAL. VENCIDA A 1ª VOGAL QUE PROVEU O RECURSO PARA JULGAR IMPROCEDENTE A AÇÃO E JULGOU PREJUDICADA A REMESSA NECESSÁRIA. EM RAZÃO DO JULGAMENTO NÃO UNÂNIME CUMPRA-SE O ARTIGO 942 DO CPC.

CONTINUAÇÃO DE JULGAMENTO - SESSÃO 13-08-2018

V O T O

EXMO. SR. DES. JOSÉ ZUQUIM NOGUEIRA (3º VOGAL)

Egrégia Câmara:

Trata-se de voto para dirimir divergência, atendendo a nova sistemática do Código de Processo Civil (art. 942).

O objeto da lide já é matéria bastante debatida neste Tribunal. Diz respeito ao conflito que se instaura entre o direito à educação e à inexistência de vagas nas creches em todo o Estado de Mato Grosso, considerando, ainda a observância necessária de uma lista de espera, bem como o descabimento da multa diária, para o caso de descumprimento da decisão recorrida.

O Relator Des. Márcio Vidal deu parcial provimento ao recurso do Município de Alta Floresta, tão somente para afastar a condenação da multa diária aplicada e, em sede de reexame, retificou em parte a sentença, em conformidade com o apelo.

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO E COLETIVO
APELAÇÃO / REMESSA NECESÁRIA Nº 71160/2017 - CLASSE CNJ - 1728
COMARCA DE ALTAFLORESTA (CONTINUAÇÃO DE JULGAMENTO)
RELATOR: DES. MÁRCIO VIDAL
REDATORA DESIGNADA: DESA. MARIA EROTIDES KNEIP BARANJAK

A 1ª Vogal, Desa. Maria Erotides Kneip Baranjak, após o pedido de vista dos autos, pediu vênia ao douto Relator, para dar provimento ao apelo do Município e julgar improcedente a Ação de Obrigação de Fazer, revogando a liminar anteriormente concedida, restando prejudicado o Reexame Necessário.

A 2ª Vogal, Desa. Helena Maria Bezerra Ramos, acompanhou o voto do Relator.

In casu, a menor Sthefani Targanski Marcelino da Silva, à época, com 09 (nove) meses de idade, não conseguiu matricular-se na creche municipal, uma vez que o Município de Alta Floresta não tem fornecido vagas, que a genitora da criança precisa matricula-la ante a necessidade de bem desempenhar sua atividade como Agente de Crédito, e assim, ajudar no sustento de sua família.

Pois bem. Profiro voto muito atento à realidade educacional, no sentido de dar provimento à apelação interposta pelo Município de Alta Floresta, em harmonia com o entendimento unânime na Segunda Câmara de Direito Público e Coletivo, no sentido de que, embora seja patente que não se pode negar o direito à educação, sobretudo aos cuidados de menores em creche estadual ou municipal, o julgador deve estar atento às peculiaridades de cada caso.

Ressalto que não se pode simplesmente reconhecer este direito e compelir a entidade a matricular a criança, se não há vagas. O direito, neste caso, pode se convolar em prejuízo ao desenvolvimento do menor, bem como em transtornos diversos para toda a comunidade escolar.

Assim, embora também reconheça o incontestável direito constitucional assegurado à educação, outras crianças também o têm, e certamente aguardam a sua vez na lista de espera, não sendo razoável favorecer um em detrimento dos demais, que também necessitam da vaga na creche pleiteada e aguardam na lista de espera em situação idêntica ao menor assistido.

Infelizmente, a insuficiência de creches e escolas públicas é uma realidade não só em nosso Estado, mas em todo o Brasil. E esta situação,

indubitavelmente, acaba por fragilizar o consagrado direito à educação e inúmeros outros institutos de proteção à criança e ao adolescente, que deveriam ser prioridades nas políticas públicas.

Ocorre que a correção destas mazelas não pode se dar pelo Judiciário, sobretudo nesta ação, pois, como dito, estaríamos chancelando uma preterição de outra criança, que está aguardando em lista de espera.

Não há como medir direitos, no caso, pois todos têm o mesmo direito. O que precisamos fazer é julgar com equidade e cautela, para respeitar as peculiaridades que se amoldaram à realidade do déficit de creches.

A solução para esta problemática está senão nas prioridades das políticas públicas, na atuação do Ministério Público, por meio de ações cominadas com obrigação de fazer, para compelir os agentes políticos a construir mais escolas, mais creches, onde nossas crianças possam exercer seus direitos com dignidade e igualdade.

Nesse sentido é o julgado desta Câmara:

> *"APELAÇÃO — MATRÍCULA EM CRECHE PRÓXIMA À RESIDÊNCIA — INEXISTÊNCIA DE VAGA — SUPERLOTAÇÃO — PRINCÍPIO DA IMPENETRABILIDADE DA MATÉRIA — IMPOSSIBILIDADE MATERIAL, NÃO JURÍDICA — LISTA DE ESPERA — EXISTÊNCIA.* ***Constatado que, na creche indicada, não há vaga, não é materialmente possível, determinar a matrícula de criança, visto que, pelo princípio da impenetrabilidade da matéria dois corpos distintos não podem ocupar o mesmo lugar no espaço e ao mesmo tempo. Ademais, há fila de espera para a eventualidade de surgimento de vaga, que não pode ser violada, já que, em uma República, ao Poder Judiciário não é dado conferir privilégio****.*
> *Urge que sejam tomadas providências para que o Poder Público construa novas creches, ou celebre contratos administrativos com entidades privadas etc. Recurso provido."* (Ap 70354/2017, DES. LUIZ CARLOS DA COSTA, SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO E COLETIVO, Julgado em 25/07/2017, Publicado no DJE 03/08/2017). (destaquei)

E quanto à multa diária arbitrada, quando da concessão da antecipação de tutela, tem-se que a decisão mais adequada ao caso concreto é a sua

exclusão, uma vez que, embora se admita tal possibilidade, efetivamente é notório que a execução desta acaba recaindo sobre o próprio erário e, consequentemente, sobre a coletividade.

Com essas considerações, peço Vênia aos Eminentes Pares, para dar **provimento** ao apelo do Município de Alta Floresta, para julgar improcedente a Ação de Obrigação de Fazer, restando prejudicado o reexame necessário.

É como voto.

V O T O

EXMA. SRA. DESA. ANTÔNIA SIQUEIRA GONÇALVES (4ª VOGAL)

Egrégia Câmara:

Após o eminente Relator *Desembargador Márcio Vidal* DAR PARCIAL PROVIMENTO ao recurso, sendo acompanhado pela 2º Vogal *Desembargadora Helena Maria Bezerra Ramos*, a 1ª Vogal *Desembargadora Maria Erotides Kneip Baranjak* apresentou voto divergente, a fim de DAR PROVIMENTO ao apelo, de modo que instaurou-se a divergência, razão pela qual prossigo com a extensão do julgamento, mediante voto a seguir exposto:

Trata-se de remessa necessária com recurso de apelação interposto pelo MUNCÍPIO DE ALTA FLORESTA, contra a sentença proferida pelo Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Alta Floresta-MT, *MMª Juíza Anna Paula Gomes de Freitas*, nos autos da Ação de Obrigação de Fazer com pedido de Tutela Específica n. (Código 125888), proposta por S.TM.S., representado por sua genitora VÂNIA TARGANSKI MARCELINO DA SILVA, que julgou procedente o pedido posto na inicial, confirmado a liminar (fls. 21/25) e condenou o ente municipal a disponibilizar uma vaga à criança na educação infantil, modalidade creche, na unidade mais próxima de sua residência. Além disso, arbitrou multa diária no valor de R$ 100,00 (cem reais)

Em suas razões recursais o apelante defende a exclusão da multa diária, ao argumento de que a Administração Pública não pode ser penalizada com multa tão elevada, por acarretar prejuízo à coletividade. Alega que há uma fila de espera para ser atendida, contudo não há espaço físico imediato.

Aponta que a superlotação das salas de aula compromete a qualidade do ensino e a segurança, além de violar a legislação local que define o número máximo de vagas. Por essa razão, requer a reforma da sentença e, por conseguinte a improcedência do pedido da inicial.

Ofertadas as contrarrazões (fls. 111/118).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça em parecer subscrito pelo Procurador, *Dr. Paulo Jorge do Prado*, (fls. 126/130-TJ/MT), opinou pelo desprovimento do recurso, e ratificação da sentença.

Pois bem.

Como é cediço, o direito à educação é um dever precipuamente inerente à própria função estatal, em conformidade com sua atividade primária de cumprimento obrigatório, conforme previsto na Constituição Federal, nos seguintes dispositivos:

> *"Art. 6º. São direitos sociais a **educação**, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição."*
>
> *"Art. 30. Compete aos **Municípios**:*
>
> *(...)*
>
> *VI – manter, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, **programas de educação pré-escolar e de ensino fundamental;** (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006)"*
>
> *"Art. 205. **A educação, direito de todos e dever do Estado** e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade,*

visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho."

*"Art. 208. O dever do Estado com a **educação** será efetivado mediante a garantia de:*

I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 59, de 2009)

(...)

*IV - **educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade;** (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006)"*

*"Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, **à educação**, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)."*

Logo, à luz dos preceitos legais acima transcritos, não se nega o direito à educação constitucionalmente assegurada a toda população.

Todavia, embora se reconheça a necessidade dos pais de baixa renda deixar seus filhos sob os cuidados das creches municipais para que possam trabalhar, não há como compelir o ente municipal a garantir vaga inexistente na rede pública.

Isso porque é possível verificar a existência de uma lista de

espera para matrícula em creche da rede municipal de Alta Floresta/MT, da qual outros menores também encontram-se inseridos, evidenciando que, crianças na mesma situação do infante S.TM.S. necessitam, tanto quanto, de uma vaga, de sorte que torna-se prudente a rigorosa observância da listagem, sob pena de violação do princípio da igualdade.

Além do mais, deve-se sopesar que, a superlotação nas salas colocaria em risco a segurança de todas as crianças, refletindo diretamente na má qualidade na prestação do serviço, comprometendo tantos outros direitos atinentes à sua formação.

Desse modo, autorizar a inscrição do menor, ora apelado, sem a observância à ordem cronológica estabelecida na lista de espera, pretere o direito das demais crianças que estão na mesma situação e que também almejam matricularem-se na instituição de ensino.

Nesse sentido, é o entendimento firmado pela egrégia Segunda Câmara de Direito Público e Coletivo.

> *"APELAÇÃO - **MATRÍCULA EM CRECHE PRÓXIMA À RESIDÊNCIA - INEXISTÊNCIA DE VAGA - SUPERLOTAÇÃO - PRINCÍPIO DA IMPENETRABILIDADE DA MATÉRIA - IMPOSSIBILIDADE MATERIAL, NÃO JURÍDICA - LISTA DE ESPERA - EXISTÊNCIA.** Constatado que, na creche indicada, não há vaga, não é materialmente possível, determinar a matrícula de criança, visto que, pelo princípio da impenetrabilidade da matéria dois corpos distintos não podem ocupar o mesmo lugar no espaço e ao mesmo tempo. Ademais, há fila de espera para a eventualidade de surgimento de vaga, que não pode ser violada, já que, em uma República, ao Poder Judiciário não é dado conferir privilégio a um em detrimento de outro. Urge que sejam tomadas providências para que o poder público construa novas creches, ou celebre contratos administrativos com entidades privadas etc. Recurso provido".*

(TJMT Ap 156323/2017, DES. LUIZ CARLOS DA COSTA, SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO E COLETIVO, Julgado em 27/02/2018, Publicado no DJE 14/03/2018)

Nesse passo, a sentença que determinou a disponibilidade de vaga ao menor S.TM.S, em creche da rede municipal, com lotação esgotada, é suscetível de causar lesão grave e de difícil reparação ao ente municipal, razão pela qual merece reforma.

Com essas considerações, com a devida vênia ao douto Relator, acompanho a divergência instaurada pela eminente *Desembargadora Maria Erotides Kneip Baranjak*, para **DAR PROVIMENTO** ao recurso interposto pelo Município de Alta Floresta, a fim de ser julgado improcedente o pedido da inicial, revogando a liminar anteriormente concedida, estando em razão disso, prejudicada a remessa necessária.

É como voto.

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO E COLETIVO
APELAÇÃO / REMESSA NECESÁRIA Nº 71160/2017 - CLASSE CNJ - 1728
COMARCA DE ALTAFLORESTA (CONTINUAÇÃO DE JULGAMENTO)
RELATOR: DES. MÁRCIO VIDAL
REDATORA DESIGNADA: DESA. MARIA EROTIDES KNEIP BARANJAK

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos os autos em epígrafe, a PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO E COLETIVO do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, sob a Presidência do DES. MÁRCIO VIDAL, por meio da Câmara Julgadora, composta pelo DES. MÁRCIO VIDAL (Relator), DESA. MARIA EROTIDES KNEIP BARANJAK (1ª Vogal), DESA. HELENA MARIA BEZERRA RAMOS (2ª Vogal), DES. JOSÉ ZUQUIM NOGUEIRA (3º Vogal convocado) e DESA. ANTÔNIA SIQUEIRA GONÇALVES (4ª Vogal convocada), proferiu a seguinte decisão: **POR MAIORIA, PROVEU O APELO PARA JULGAR IMPROCEDENTE A AÇÃO DE BASE E JULGOU PREJUDICADA A REMESSA NECESSÁRIA, NOS TERMOS DO VOTO DA 1ª, 3º E 4ª VOGAIS.**

Cuiabá, 13 de agosto de 2018.

DESEMBARGADORA MARIA EROTIDES KNEIP BARANJAK - REDATORA DESIGNADA