PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ACÓRDÃO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
ACÓRDÃO/DECISÃO MONOCRÁTICA
REGISTRADO(A) SOB Nº
00639053

TUTELA ANTECIPADA - ação visando à inserção de criança em creche ou pré-escola - concessão contra a Fazenda Pública - possibilidade - vinculação ao livre convencimento e prudente arbítrio do julgador nos quais é desaconselhável bulir - requisitos para a concessão atendidos - obrigação de fazer - artigos 461, § 3°, do CPC e 213, § 1°, do ECA - relevância da fundamentação e receio de ineficácia do provimento final - incremento da idade da autora que pode inviabilizar o exercício do direito se reconhecido apenas ao final da ação - direito constitucional e dever do Município no atendimento da educação infantil pré-escolar (arts. 208, IV e 211, § 2°, da CF) - invasão da competência do Executivo pelo Judiciário - inocorrência - mera determinação para cumprimento de norma constitucional - condenação da Fazenda Pública em multa diária (astreinte) - possibilidade - inexistência de vedação legal à aplicação da penalidade ao Estado - recurso não provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de AGRAVO DE INSTRUMENTO No. 345.172-5/9, da Comarca de SÃO PAULO, sendo agravante PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO e agravada RAFAELA MACEDO LEITÃO (REPRESENTADA POR SUA MÃE VALDINETE SOUZA DE MACEDO).

ACORDAM, em Oitava Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Trata-se de agravo de instrumento tirado contra a r. decisão xerocopiada às fls. 44/45 que nos autos da ação promovida pela agravada contra a agravante deferiu a tutela antecipada reclamada, determinando que a ré "proceda a matrícula da autora em equipamento de educação infantil, compatível com sua idade e no horário de funcionamento respectivo, localizado próximo de sua residência, no prazo

máximo de dez dias", contados da intimação da decisão, sob pena de multa diária de R$ 50,00 (cinqüenta reais), facultando à ré, alternativamente, suportar as despesas de transporte até estabelecimento apropriado mais distante do domicílio da menor ou, ainda, a possibilidade de inscrevê-la em escolar particular, arcando com as respectivas mensalidades até o oferecimento de vaga na rede pública. Sustenta a agravante, em preliminar, a inadmissibilidade de concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, porquanto implica em burlar o reexame necessário das decisões proferidas contra pessoas jurídicas de direito público, proteção legal prevista no artigo 475, inciso II, do Código de Processo Civil. O deferimento da medida sem a manifestação prévia da Administração Municipal violou o princípio do contraditório e do tratamento isonômico entre as partes. Houve afronta aos artigos 1°, e seu § 3°, e 2° da Lei n° 8.437/92, uma vez que não foi ouvida previamente a agravante e a medida concedida esgotou o objeto da ação, devendo ser declarada a nulidade da decisão monocrática por violar as normas cogentes mencionadas. Impossibilidade de fixação de multa contra a Fazenda Pública, pretensão não acolhida em nosso ordenamento jurídico, condenação que deverá, ao menos, ater-se aos moldes traçados no pedido da autora, que requereu a imposição de multa mensal, não diária. No mérito, aduz que o ajuizamento da presente demanda visando ao atendimento dos interesses de uma única criança atenda contra o princípio da isonomia, já que outras crianças esperam pelo mesmo serviço e

seriam obrigadas a cumprir os requisitos exigidos para inserção no sistema. Não houve desídia da Administração no atendimento imediato dos interesses da autora, que apenas não pode suprir a demanda de toda a população local, ausentes, pois, a verossimilhança da alegação da autora e bem assim a prova inequívoca, requisitos essenciais previstos no artigo 273 do Código de Processo Civil, como condição ao deferimento da tutela antecipada. Não é dado ao Judiciário imiscuir-se na discricionariedade administrativa, concessão legislativa ao Administrador indispensável ao atendimento das infinitas, complexas e sempre crescentes necessidades coletivas, o que caracteriza invasão de competência em matéria do Executivo, em afronta ao artigo 2° da Constituição Federal. O acesso universal à creche e educação pré-escolar não é dever do Estado, que tem como atribuição constitucional e legal apenas a garantia de inserção das crianças no ensino fundamental, esta sim obrigação que tem o condão de induzir a responsabilidade do Administrador por omissão. O atendimento à pretensão da autora depende da existência de recursos financeiros e dotações orçamentárias prévias, respeitados os limites impostos pela Lei de Responsabilidade Fiscal - Lei Complementar n° 101/2000. A Lei de Diretrizes de Bases da Educação não impõe ao Município o dever de oferecer de imediato o acesso universal à creche e à pré-escola, cuidando-se de mera norma programática. Ao Executivo cabe o juízo de conveniência e oportunidade na realização de atos de administração, sendo admissível ao Judiciário revê-los e

declarar sua nulidade, sem porém a possibilidade de determinar à Administração Pública a prática de ato discricionário, o que implicaria adentrar ao mérito da decisão administrativa, procedimento que lhe é defeso.

Formado o instrumento, dispensável a intimação da agravada para resposta.

É o relatório.

A antecipação da tutela é faculdade atribuída ao magistrado, prendendo-se ao seu prudente arbítrio e livre convencimento, dependendo a concessão de prova inequívoca e convencimento da verossimilhança da alegação e ainda dos requisitos elencados nos incisos I e II, do artigo 273 do Código de Processo Civil.

Como destaca Cândido R. Dinamarco "Ficam ao critério discricionário do juiz, que ele exercerá prudente e motivadamente em cada caso, a outorga da tutela antecipada total ou parcial..." e mais adiante acrescenta que "A exigência de *prova inequívoca* significa que a mera aparência não basta e que a *verossimilhança* exigida é mais do que o *fumus boni juris* exigido para a cautelar" ("A Reforma do Código de Processo Civil", págs. 141 e 143).

Conforme já decidiu este Egrégio Tribunal de Justiça: "*desaconselhável bulir nas decisões de primeiro grau de jurisdição que concedam ou neguem a antecipação da tutela, salvo quando ilegais, irregulares, teratológicas ou eivadas*

de nulidade insanável. Caso contrário, não é prudente que a jurisdição de segundo grau se imiscua no entendimento do Juízo Monocrático, especialmente quando o desfecho a ser dado ao pleito de tutela antecipada está ligado por modo indisfarçável e previsto em lei a influições de ordem subjetiva, na medida em que a concessão depende da verificação de dois fatores inafastáveis, a saber: a existência da prova inequívoca e o convencimento da verossimilhança da alegação (art. 273 do Código de Processo Civil), além da ocorrência dos demais requisitos previstos nos incisos e parágrafos desse dispositivo da lei formal".

"É óbvio que se o Juiz, por mercê dos elementos de convicção que objetivamente lhe sejam presentes, além da valoração personalíssima que forçosamente o incline a entender verossímil o pedido, concluir ser o caso de antecipar a tutela jurisdicional, ele o fará; se não, não".

"Sendo assim, parece desaconselhável que a segunda instância, exceto nas hipóteses especiais já acenadas, esteja a rever o deferimento ou indeferimento antecipatório da tutela, o que decerto poderá turbar o julgamento final da causa, graças à perplexidade que provavelmente resultará da decisão que, em sede de agravo, infirme o desfecho positivo ou negativo a que chegou o Juiz Monocrático, a quem caberá sentenciar o feito" (agravo de instrumento nº 104.781.4/6-SP, rel. Ricardo Brancato).

Por outro lado, cuidando-se de ação que tem por objeto o cumprimento de obrigação de fazer, a concessão da tutela antecipada deve vir amparada, em especial, na existência da relevância da fundamentação da demanda e o receio de ineficácia do provimento final, podendo ser deferida independentemente de prévia manifestação da outra parte (artigos 461, § 3°, do Código de Processo Civil e 213, § 1°, da Lei n° 8.069/90 - ECA).

Assim sendo, faziam-se presentes no caso vertente os pressupostos autorizadores da medida pleiteada, os quais consistiam na demonstração de que a pretensão da autora encontra, em tese, amparo constitucional e legal e bem assim de que há o risco de que a menor permaneça longo tempo sem obter a inscrição em estabelecimento de educação infantil da rede pública municipal.

Resulta pois, ser impossível à agravada aguardar o julgamento final da ação intentada para, se vencedora, obter a vaga pleiteada, não se podendo arredar a hipótese de já haver ultrapassado à época a idade limite para tanto.

Não se há olvidar que a autora está respaldada na Constituição da República, a qual proclama o atendimento em creche e pré-escola às crianças de 0 (zero) a 6 (seis) anos de idade (art. 208, inciso IV), competindo ao Município a atuação prioritária no ensino fundamental e na educação

infantil (art. 211, § 2°), disposição, aliás, praticamente repetida na própria Lei Orgânica Municipal (artigo 201 e §§).

Da mesma forma, não há que se argumentar com invasão de matéria de competência do Poder Executivo, pois a pretensão da autora é de que se cumpra o dever constitucional do Município de assegurar a inserção da criança nos estabelecimentos de educação infantil, incluindo-se, à evidência, nessa obrigação, a inscrição em creches da rede pública municipal.

Por outro lado, inexiste qualquer elemento nos autos a indicar a inexistência da verba necessária ao atendimento da pretensão da infante, nem sequer se sabendo se não é possível à Administração Municipal o remanejamento de vagas com vistas a tal proceder.

Também não há qualquer dispositivo legal que vede a possibilidade de antecipação de tutela contra entes públicos, sabido que os privilégios conferidos a estes deverão ser expressos.

Como lembra João Batista Lopes "A regra genérica e ampla do artigo 273 do Código de Processo Civil, não exclui, em princípio, as ações contra a Fazenda Pública (Rectius, em face da Fazenda Pública)" (Tribuna da Magistratura - Caderno de Doutrina/Junho/96, pág. 18).

Já decidiu o Pretório Excelso na reclamação n° 1696 que: "*Cabe a tutela antecipada contra o Poder Público,*

exceto quando tenha como objeto pagamento ou incorporação de vencimentos ou vantagens a servidor público".

Este E. Tribunal de Justiça já teve oportunidade de proclamar que: "*A tutela antecipada pode ser concedida também contra a Fazenda Pública nos casos não proibidos por lei e onde ausente o perigo da irreversibilidade dos efeitos da decisão. Havendo prova inequívoca do fato constitutivo do direito, convencendo o juiz da verossimilhança da alegação, relevância do fundamento da demanda,* ***in casu*** *o fornecimento pelo Estado de medicamentos para o tratamento de portador de AIDS, e presença indubitável do* ***periculum in mora****, a antecipação da tutela jurisdicional deve ser concedida."* (Agravo de Instrumento n. 171.946-5 - São Paulo - 7ª Câmara de Direito Público - Relator: Sérgio Pitombo - 05.02.01 - v.u.).

Por fim, cabível a multa diária imposta para compelir a agravante a cumprir a obrigação de fazer, incumbindo ao magistrado a fixação de seu valor, sem adstrição ao montante ou periodicidade requeridos pelo autor da demanda (artigos 461, § 4°, do Código de Processo Civil e 213, § 2°, do ECA), razão pela qual a pena não comporta revisão.

Já decidiu a propósito este Egrégio Tribunal de Justiça, em acórdão de lavra do eminente Desembargador Rui Stoco, que: "A multa cominatória (astreinte), prevista como sanção na lei de regência tem por objetivo obrigar o vencido

a cumprir a obrigação, afastando a sua recalcitrância. Evidentemente, a lei não excluiu a Fazenda Pública dessa obrigação, pois segundo a sua dicção qualquer pessoa submete-se a essa imposição. Não se pode olvidar que os privilégios que se concedem a determinados entes, quando figurem no pólo ativo ou passivo da ação judicial, devem ter previsão legal expressa, pois tratamento processual desigual, ademais de ofender o princípio da isonomia, não se presume" (3ª Câmara de Direito Público; Agravo de instrumento nº 209.502.5/3-SP; j. 20.3.2001; v.u.)

Em suma, não se divisa infringência aos dispositivos legais mencionados pela agravante, andando bem o magistrado prolator da decisão agravada em conceder a tutela antecipada, agindo dentro de seu prudente arbítrio, não sendo convenientes nesta oportunidade maiores digressões sobre os direitos das partes, a serem resolvidos por ocasião da sentença, evitando-se a supressão de um grau de jurisdição.

Daí porque negam provimento ao recurso.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores TOLEDO SILVA (Presidente) e JOSÉ SANTANA, com votos vencedores.

São Paulo, 15 de outubro de 2003.

CELSO BONILHA
Relator