



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

11

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
ACÓRDÃO/DECISÃO MONOCRÁTICA
REGISTRADO(A) SOB N°

ACÓRDÃO



03036422

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 990.10.122756-8, da Comarca de Jundiaí, em que é apelante MUNICIPIO DE JUNDIAI sendo apelado DEFENSORIA PUBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "POR MAIORIA DE VOTOS, REJEITARAM A MATÉRIA PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO. VENCIDO O RELATOR SORTEADO QUE FARÁ DECLARAÇÃO DE VOTO. ACÓRDÃO COM A 2ª JUÍZA.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores VICE PRESIDENTE (Presidente sem voto), MARIA OLÍVIA ALVES, vencedor, EDUARDO GOUVÊA, vencido e ENCINAS MANFRÉ.

São Paulo, 08 de novembro de 2010.

MARIA OLÍVIA ALVES
RELATORA DESIGNADA



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
CÂMARA ESPECIAL
APELAÇÃO Nº 990.10.122756-8

Voto nº 7.097

ACÓRDÃO

APELAÇÃO – Reexame Necessário – Ação Civil Pública – Sentença a obrigar o Município de Jundiaí a manter prestação de serviços de ensino infantil, de forma ininterrupta, durante as férias – Legitimidade concorrente de parte ativa – Defesa de interesses de coletividade de crianças determinável – Comprovação prévia de insuficiência de recursos - Aplicação do artigo 5º, II, da Lei da Ação Civil Pública – Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3943, que não questiona referida atuação - 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 com 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 - Obrigação do Município reconhecida no artigo 211 da Constituição Federal – Serviço público essencial para a criança e sua família - Prova suficiente a autorizar o acolhimento do pedido - Rejeição da matéria preliminar - Não provimento do recurso e do reexame necessário.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação, em que é apelante o *Município de Jundiaí*, e apelado a *Defensoria Pública do Estado de São Paulo*:

1



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
CÂMARA ESPECIAL
APELAÇÃO Nº 990.10.122756-8

Voto nº 7.097

Acordam, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por maioria de votos, negar provimento ao recurso, com rejeição da matéria preliminar e solução extensiva ao reexame necessário.

Trata-se de ação civil pública, ajuizada para compelir o Município de Jundiaí, a manter a prestação do serviço de ensino infantil, de forma continuada, ou seja, sem interrupção, durante o período de férias escolares.

Respeitado o entendimento contrário, julgo que, neste caso, não como há se excluir a legitimidade concomitante da Defensoria Pública, principalmente tendo-se em conta o Princípio da Proteção Integral e a garantia de acesso à Justiça, adotados pela nossa Carta Magna e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

A princípio, como se depreende da leitura conjunta dos artigos 5º, inciso LXXIV, e 134, da Constituição Federal, tem razão o Eminentíssimo Relator, ao sustentar, que a legitimidade da Defensoria Pública para o ajuizamento de ações individuais ou coletivas, é restrita àqueles que comprovarem insuficiência de recursos, situação que efetivamente não poderia ser aferida, caso a pretensão seja deduzida em nome de coletividade indeterminável, ou de forma difusa.

Mas, como bem sustentou a recorrida, esta ação é proposta em nome de crianças, que só receberam o atendimento da Defensoria Pública, após a comprovação prévia de insuficiência de

2



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
CÂMARA ESPECIAL
APELAÇÃO Nº 990.10.122756-8

Voto nº 7.097

recursos. Além disso, é mesmo notório que as crianças atendidas em creches públicas são carentes de recursos.

Exigir-se, aliás, prova da situação de carência de cada uma das famílias aqui defendidas seria o mesmo que se criar obstáculo à garantia do acesso à Justiça.

Por outro lado, a pretensão foi deduzida em nome das crianças do Município de Jundiaí, em idade compatível para o atendimento em creches, que podem assim ser consideradas uma coletividade determinável, de forma a justificar então a intervenção da Defensoria Pública.

Além disso, não se pode ignorar que o artigo 5º, II, da Lei da Ação Civil Pública, introduzido pela Lei nº 11.448/07, incluiu no rol dos legitimados à propositura da ação civil pública a Defensoria Pública. E a pendência do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3943 não impõe a suspensão das ações difusas como esta e nem há pedido nesse sentido. Aliás, a mencionada Ação Direta de Inconstitucionalidade não questiona a atuação da Defensoria no ajuizamento de ações de caráter coletivo.

Quanto ao mérito, julgo o recurso não merece provimento.

A pretensão perseguida nesta ação tem amparo em normas constitucionais e infraconstitucionais.

O direito ao ensino infantil, prestado em creches e pré-escolas, compreendido no direito à educação, é assegurado às crianças



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
CÂMARA ESPECIAL
APELAÇÃO Nº 990.10.122756-8

Voto nº 7.097

expressamente nos artigos 205 e 208 da Constituição Federal, e, como tem sido reconhecido reiteradamente por nossos Tribunais, constitui direito subjetivo fundamental, a ser assegurado de forma universal e incondicionada.

Como salienta José Afonso da Silva, a nossa Constituição, em seu art. 205, contém

“... uma declaração fundamental que, combinada com o artigo 6º, da mesma Carta, eleva a educação ao nível dos direitos fundamentais do homem. Aí se afirma que ‘a educação é direito de todos’, com o que esse direito é informado pelo princípio da universalidade. Realça-lhe o valor jurídico, por um lado, a cláusula – ‘a educação é dever do estado e da família’ -, constante do mesmo artigo, que completa a situação jurídica subjetiva, ao explicitar o titular do dever, da obrigação, contraposto àquele direito. Vale dizer: todos têm direito à educação e o Estado tem o dever de prestá-la, assim como a família.

A norma, assim explicitada – ‘A educação, direito de todos e dever do estado e da família...’ (arts. 295 e 227) – significa, em primeiro lugar, que o Estado tem que aparelhar-se para fornecer, a todos, os serviços educacionais, isto é, oferecer ensino, de acordo com os princípios estatuídos na Constituição (art. 206); que ele tem que ampliar cada vez mais as possibilidades de que todos venham a exercer igualmente esse direito; e, em segundo lugar, que todas as normas da Constituição, sobre a educação e ensino, não que ser interpretadas em função daquela declaração e no sentido



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
CÂMARA ESPECIAL
APELAÇÃO Nº 990.10.122756-8

Voto nº 7.097

de sua plena e efetiva realização” (Curso de direito constitucional positivo, p. 279, grifo não original).

Manoel Gonçalves Ferreira Filho também adverte,

“Como as liberdades públicas, os direitos sociais são direitos subjetivos. Entretanto, não são meros poderes de agir – como é típico das liberdades públicas de modo geral – mas sim poderes de ‘exigir’. São direitos de crédito” (Direitos humanos fundamentais, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999, p. 49).

De outra parte, o art. 208 da Constituição da República não deixa qualquer dúvida de que, entre os deveres impostos ao Estado, para imediato cumprimento, está o *atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a cinco anos de idade*.

Trata-se de norma expressa, de plena eficácia, uma vez que o legislador constitucional, ao impor como dever do Estado, na figura do Município, o atendimento em creches, não exigiu a regulamentação da matéria por legislação complementar.

Ou seja, as crianças de zero a 5 anos têm garantido, por expressa disposição constitucional, o direito, não em tese, não imaginário, não meramente ideal, mas concreto, efetivo, de atendimento em creche e pré-escola.

Está claramente identificada a pessoa obrigada à prestação. Está também precisamente identificado o grupo de cidadãos a



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
CÂMARA ESPECIAL
APELAÇÃO Nº 990.10.122756-8

Voto nº 7.097

quem se dirige a norma. E está, por fim, identificado, da mesma forma com singular clareza, o objeto dessa prestação social.

Aliás, assim vem decidindo o Eg. Superior Tribunal de Justiça, como no julgamento do Recurso Especial n 575280, relator o Min. José Delgado:

“(...) Revela notar que uma Constituição Federal é fruto da vontade política nacional, erigida mediante consulta das expectativas e das possibilidades do que se vai consagrar, por isso que cogentes e eficazes suas promessas, sob pena de restarem vãs e frias enquanto letras mortas no papel. Ressoa inconcebível que direitos consagrados em normas menores como Circulares, Portarias, Medidas Provisórias, Leis Ordinárias tenham eficácia imediata e os direitos consagrados constitucionalmente, inspirados nos mais altos valores éticos e morais da nação sejam relegados a segundo plano. Prometendo o Estado o direito à creche, cumpre adimpli-lo, porquanto a vontade política e constitucional, para utilizarmos a expressão de Konrad Hesse, foi no sentido da erradicação da miséria intelectual que assola o país. O direito à creche é consagrado em regra com normatividade mais do que suficiente, porquanto se define pelo dever, indicando o sujeito passivo, in casu, o Estado....”.

Na verdade, a educação infantil faz parte da educação básica, e tem como finalidade o desenvolvimento integral da criança até os seis anos de idade, em seus aspectos físico, psicológico, intelectual e social.

Se à criança não for garantido o acesso ao ensino infantil, estará irremediavelmente perdida essa etapa do seu desenvolvimento.

Assim, o acesso à creche e à pré-escola também e igualmente ao ensino fundamental é direito subjetivo.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
CÂMARA ESPECIAL
APELAÇÃO Nº 990.10.122756-8

Voto nº 7.097

Além disso, como estabelece o artigo 203, ainda da nossa Carta Magna, à criança carente é também assegurada a assistência social necessária, para sua total proteção e amparo.

E o atendimento em creches, como se sabe, em nosso País, possibilita amparo e proteção às crianças, que, enquanto se pais trabalham, vêm assegurados os seus direitos à segurança e também à saúde.

Diante desse contexto, o serviço de creches pode ser considerado serviço público essencial à população infantil carente, pois, além de propiciar às crianças início essencial ao desenvolvimento de sua educação, possui também, como foi dito, caráter assistencial.

E os serviços públicos de natureza essencial não podem ser interrompidos, em prejuízo da população.

Desse modo, não há dúvida de que a interrupção do atendimento em creches a crianças carentes, cujos pais dependem dessa prestação de serviço público, para trabalhar e sustentar a família, viola todos os seus direitos constitucionais acima comentados.

E nada justifica que o Município deixe de cumprir seus deveres constitucionais, no tocante à Infância e Juventude.

Não há mais como serem consideradas as alegações de falta de recursos materiais, financeiros e orçamentários e de necessidade de planejamento para atender a demanda, pois a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente estão em vigor há mais de vinte anos, sem que o Poder Público tenha se preparado para, de modo adequado e

7



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
CÂMARA ESPECIAL
APELAÇÃO Nº 990.10.122756-8

Voto nº 7.097

cabal, observar os ditames constitucionais que erigem os direitos das crianças e adolescentes à categoria de prioritários.

Na verdade, o Estado e toda a sociedade, que ele representa, sofrerá lesão muito maior se não amparar e proteger suas crianças.

Por outro lado, o princípio da separação dos Poderes, portanto, e ao contrário do que sustenta o recorrente, acolhe a intervenção do Poder Judiciário para fazer valer os comandos constitucionais e infraconstitucionais, quando eles não são observados pelos outros poderes. E deve ser aplicado em harmonia com o princípio da legalidade (artigo 37, *caput*) e também com o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal).

Da mesma forma, não há discricionariedade do Estado, no tocante ao cumprimento de suas obrigações com direitos constitucionais da criança e do adolescente, assegurados com prioridade absoluta.

À Constituição todos devem obediência, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, assim como todos os demais membros da sociedade.

Na verdade, se a legislação impõe determinada obrigação ao poder público, esse não tem a liberdade de adimpli-la ou não. Há discricionariedade, é certo, mas apenas quanto à forma de satisfazer essa obrigação, mas isso de forma efetiva.

Assinatura manuscrita em tinta preta, localizada no canto inferior direito da página.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
CÂMARA ESPECIAL
APELAÇÃO Nº 990.10.122756-8

Voto nº 7.097

Estabelecer sistema de plantões, para as creches, equivaleria à prestação parcial das obrigações do Município, no atendimento à suas crianças.

Por tudo isso, comprovado nos autos, à saciedade que o Município de Jundiaí tem interrompido o atendimento do serviço de creches às suas crianças, era de rigor o acolhimento do pedido, como bem decidiu o ilustre magistrado.

Assim, respeitado o entendimento do Eminentíssimo Relator sorteado, **rejeito a matéria preliminar e nego provimento ao recurso interposto pelo Município de Jundiaí e ao reexame necessário**, para manter a sentença proferida.

Presidiu o julgamento o Desembargador Marco César e dele participaram os Desembargadores Eduardo Gouvêa (Relator sorteado vencido) e Encinas Manfré (3º Juiz).

MARIA OLÍVIA ALVES
Relatora Designada



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Apelação n.º 990.10.122756-8 – Jundiaí

**Apelantes: Reexame necessário e recurso voluntário da
Municipalidade de Jundiaí.**

Apelado: Defensoria Pública do Estado de São Paulo.

Voto n.º 8457

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

Cuida-se de reexame necessário e recurso voluntário interposto pela Municipalidade de Jundiaí (fls. 483/498) contra a r. decisão (fls. 475/479), proferida pelo Juízo da Infância e da Juventude da Comarca de Jundiaí, que em ação civil pública ajuizada pela Defensoria Pública deu pela procedência para determinar à apelante a manutenção contínua de atendimento nas creches e pré-escolas em todos os meses do ano, incluindo janeiro, julho e dezembro.

Apresentada contrarrazões (fls. 515/535), a r. sentença foi mantida (fl. 551), tendo a D. Procuradoria Geral de Justiça opinado em preliminar pela ilegitimidade de parte e no mérito pelo provimento do recurso (fls. 555/566).

É o relatório.

Ouso divergir, com a devida vênia, da opinião da maioria da turma julgadora, pois pelo meu voto nego provimento ao recurso, nos seguintes termos:

Preceitua o artigo 5º da Lei da Ação Civil Pública, com a redação dada pela Lei Federal n.º 11.448/07:

Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:

[...]



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

II - a Defensoria Pública;

Ao se interpretar o alargamento desta norma, deve ser considerada a finalidade institucional do legitimado. Conforme estabelece a Constituição Federal, no seu artigo 134:

Art. 134. A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV.)

A Defensoria Pública é instituição destinada a prestar assistência jurídica ao cidadão hipossuficiente e representá-lo judicialmente quando necessário. O que justifica a sua existência é justamente a necessidade do Estado de prestar assistência jurídica gratuita aos necessitados, uma garantia constitucional do cidadão, nos termos do artigo 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal:

LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;

Deve-se interpretar a norma do artigo 5º, da Lei da Ação Civil Pública, de acordo com a natureza jurídica do seu legitimado. Pedro Lenza afirma que:

“Parece adequado sustentar que a ação civil pública ajuizada pela Defensoria Pública deverá adequar-se à sua finalidade constitucional específica, qual seja a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV.” (LENZA, Pedro. Teoria Geral da Ação Civil Pública. 3ª edição. São Paulo: RT, 2008. P. 207)

Segundo Teori Albino Zavascki, para auferir-se a legitimidade ativa das pessoas de que trata o artigo 5º da Lei da



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Ação Civil Pública é necessário também avaliar se há interesse de agir:

“Não é assim tão ampla e incondicionada a legitimação da Defensoria Pública e das pessoas de direito público referidas na Lei da Ação Civil Pública (União, Estados e Municípios). É que a legitimação ativa deve ser associada, necessariamente ao interesse de agir. “Para propor ou contestar ação”, diz o art. 3.º do CPC, “é necessário ter interesse e legitimidade”. No caso do Ministério Público, o interesse na defesa de direitos difusos e coletivos se configura pela só circunstância de que ela representa o cumprimento de suas próprias funções institucionais. É diferente, entretanto, com os demais legitimados, cujas funções primordiais são outras e para as quais a atuação em defesa de direitos transindividuais constitui atividade acessória e eventual. Embora sem alusão expressa no texto normativo, há, em relação a eles, uma condição de legitimação implícita: não é qualquer ação civil pública que pode ser promovida por tais entes, mas apenas as que visem tutelar direitos transindividuais que, de alguma forma, estejam relacionados com interesses da demandante. Seja em razão de suas atividades, ou das suas competências, ou de seu patrimônio, ou de seus serviços, seja por qualquer outra razão, é indispensável que se possa identificar uma relação de pertinência entre o pedido formulado pela entidade autora da ação civil pública e seus próprios interesses e objetivos como instituição. Assim, quanto a legitimidade da Defensoria Pública, há a limitação natural

Assinatura manuscrita em tinta preta, localizada no canto inferior direito da página.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

decorrente de suas funções institucionais, que segundo o art. 134 da CF, são “ a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV”. Isso significa que as ações civis públicas suscetíveis de ser por ela proposta restringem-se àquelas em que os bens a serem tutelados digam respeito a interesse de pessoas reconhecidamente carentes de recursos financeiros.” (ZAVASCKI, Teori Albino. Processo Coletivo. 3ª Edição. São Paulo: RT, 2008. p. 77-78).

Na hipótese de atuação na tutela coletiva da Defensoria Pública, a legitimação ativa prevista legalmente deve ser aceita quando a defesa seja prestada a indivíduos determináveis e hipossuficientes, ainda que sejam direitos decorrentes de origem comum, tal como ocorre nos direitos individuais homogêneos, e mesmo que a tutela jurisdicional pleiteada possa beneficiar indivíduos indeterminados, pois este é um dos efeitos da sentença no processo coletivo.

Emerson Garcia, em seu artigo “Breves Apontamentos”, neste contexto prescreve:

“[...] A atuação da Defensoria Pública, assim, pressupõe o preenchimento de dois requisitos essenciais: que seja direcionada aos necessitados e que estes comprovem a insuficiência de recursos. A comprovação da carência de recursos, como se sabe, tem sido realizada com a só declaração do interessado (art. 4º, caput, da Lei 1.060/50), medida de todo adequada a uma sociedade civilizada e que valoriza a palavra do ser humano. Com isto, já se pode afirmar que a Defensoria Pública somente poderá atuar quando individualizados ou individualizáveis aos



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

*interessados, todos imperiosamente
necessitados [...]”*

É imperioso que nas ações civis públicas ajuizadas pela Defensoria Pública os interessados, ou ao menos parte deles, sejam determinados, até porque somente assim se pode auferir se são pessoas hipossuficientes de fato e se há o interesse de agir do órgão.

No caso da defesa de interesse de pessoas indeterminadas, que pode ate mesmo ser a coletividade, não possuiu a Defensoria Pública interesse de agir, já que esta atuação processual não é compatível com a sua finalidade institucional.

É bom frisar que a Defensoria Pública não possuiu dentre suas funções institucionais a defesa dos interesses sociais. Para a defesa de interesses indisponíveis e difusos, o legitimado que possuiu o interesse de agir é o Ministério Público. Segundo estabelecem os artigos 127 e 129, da Constituição Federal, o Ministério Público é instituição destinada à defesa do interesse social e dos direitos indisponíveis:

Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

[...]

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

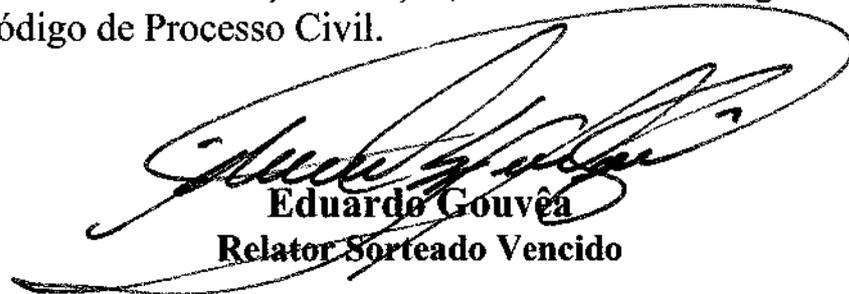


PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Neste caso, estamos diante de uma pretensão que versa sobre o direito indisponível de indivíduos indeterminados, daí os legitimados que possuem o interesse de agir são o Ministério Público, notadamente, e as associações civis, desde que presentes os requisitos de pré-constituição e da pertinência temática.

Portanto, apesar do direito das crianças ao funcionamento ininterrupto de creches e estabelecimentos de pré-escola, em razão do seu caráter assistencial, a Defensoria Pública não possui o interesse de agir em nome da coletividade, cuja função, nos termos da Constituição Federal, cabe ao Ministério Público.

Posto isto, dou provimento aos recursos *ex officio* e voluntário, devendo ser o processo extinto sem julgamento do mérito, por falta de condição da ação, nos termos do artigo 267, inciso VI, do Código de Processo Civil.


Eduardo Gouvêa
Relator Sorteado Vencido