



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DÉCIMA NONA CÂMARA CÍVEL

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0001095-36.2018.8.19.0000

AGRAVANTE: MUNICÍPIO DE RIO DAS OSTRAS

AGRAVADO: JOÃO PEDRO DA COSTA BITENCOURT rep/p/s/mãe CARLA ARAÚJO ROCHA BITENCOURT

Relator: Des. JUAREZ FERNANDES FOLHES

AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA DE URGÊNCIA. DECISÃO DO JUÍZO A QUO QUE DEFERIU PARCIALMENTE A TUTELA DE URGÊNCIA PARA QUE O MUNICÍPIO DE RIO DAS OSTRAS ASSEGURASSE A MATRÍCULA DO MENOR EM CRECHE PRÓXIMA À RESIDENCIA. INCONFORMISMO DO MUNICÍPIO. NÃO PROVIMENTO DO AGRAVO.

Agravo de Instrumento interposto pelo Município de Rio das Ostras contra decisão proferida pelo Juízo da Vara de Família, Infância e Juventude da Comarca de Rio das Ostras que deferiu parcialmente liminar determinando a matrícula da criança em creche municipal próxima da residência. Direito fundamental. Proteção Integral. Prioridade absoluta. Presença dos pressupostos do art. 300 do CPC/2015. Ausência de afronta aos princípios da isonomia e da separação dos Poderes.

Quanto ao valor da multa diária no valor de R\$ 200,00 (duzentos reais) para a hipótese de descumprimento da decisão, não se verifica, a princípio, qualquer desproporcionalidade, tendo em vista a urgência que o caso requer.

Outrossim, verifico às fls. 54 (índice 000054 – anexo 1) que já foi efetuada a matrícula do menor na Creche Municipal Dona Senhorinha, de forma que a multa não incidirá.

Não há que se falar em violação ao princípio da separação dos Poderes, tampouco invasão na esfera da discricionariedade da Administração Pública, sendo certo que o Poder Judiciário, ao impor a satisfação dos direitos fundamentais, não exerce senão o controle judicial dos atos e omissões administrativas. O que se busca aqui é apenas o cumprimento efetivo da lei e de garantias constitucionais. Decisão que se mantém. Súmula 59 deste Tribunal de Justiça.

NEGATIVA DE PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO.

Visto, relatado e discutido o Agravo de Instrumento nº 0001095-36.2018.8.19.0000, ACORDAM os Desembargadores da Décima Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em **NEGAR PROVIMENTO ao agravo, nos termos do voto do Desembargador Relator, como segue:**

RELATÓRIO

Inicialmente cabe esclarecer que a decisão ora agravada foi proferida em 14/11/2017, **portanto na vigência do Novo Código de Processo Civil.**

Trata-se de agravo de Instrumento, interposto pelo **MUNICÍPIO DE RIO DAS OSTRAS**, contra decisão proferida pelo Juízo da Vara de Família Infância da Juventude da Comarca de Rio das Ostras, nos autos da ação de obrigação de fazer c/c pedido de tutela de urgência proposta por **JOÃO PEDRO DA ROCHA BITENCOURT rep/p/s/mãe CARLA ARAÚJO ROCHA BITENCOURT**, proferida nos seguintes termos (índice 000001 – fls. 1 – anexo 1):

“1. Defiro o benefício da gratuidade de Justiça.”

“2. Trata-se de ação de obrigação de fazer c/c pedido de tutela provisória de urgência requerida por JOÃO PEDRO DA ROCHA BITENCOURT, regularmente representado por sua genitora CARLA ARAÚJO ROCHA BITENCOURT, em face do MUNICÍPIO DE RIO DAS OSTRAS, que tem por objetivo garantir o direito fundamental de acesso à educação infantil, através da matrícula da parte autora em creche integrante da rede pública ou conveniada, em especial as situadas próximas à residência de sua família, no Bairro Jardim Campomar nesta cidade, no prazo de 10 (dez) dias, sob pena de multa diária em valor não inferior a R\$ 1.000,00 (mil reais), por descumprimento da decisão e custeio de mensalidades em creche particular.”

“É o breve relatório. Decido.”

“3. Inicialmente, vale ressaltar que o direito à educação é incontestável, de acordo com o que preceitua o artigo 5º da Constituição Federal.”

“4. Com efeito, o art. 208, IV, da CF/88, também prevê que o dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças de até 05 (cinco) anos de idade.”

“5. O Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 54, IV), em consonância com a Constituição da República, dispõe ser dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente o atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a cinco anos de idade, conforme alteração introduzida pela Lei nº 13.306, de 04/07/2016.”

“6. No mesmo sentido, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (nº 9.394/96) prevê em seu artigo 4º, II, que o dever do Estado com educação escolar pública será efetivado mediante a garantia de atendimento gratuito em creches e pré-escolas às crianças de zero a seis anos de idade. O art. 11, V, do mesmo dispositivo legal, dispõe que os Municípios incumbir-se-ão de 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.”

“7. Imprescindível, portanto, que o autor seja matriculado em creche/escola próxima à sua residência. Assim é porque o direito à educação é direito social de todo cidadão e é dever constitucional do Estado proporcionar meios e condições para que todos tenham acesso à mesma.” “(...)”

“8. Destarte, verificada a competência do réu em prover o direito à educação em favor da autora, DEFIRO PARCIALMENTE A TUTELA DE URGÊNCIA PARA DETERMINAR QUE o MUNICÍPIO DE RIO DAS OSTRAS proceda à matrícula de JOÃO PEDRO DA ROCHA BITENCOURT em estabelecimento de ensino (creche) próximo à sua residência, na rede pública, no prazo de 10 (dez) dias, sob pena de pagamento de multa diária no valor de R\$ 200,00, “ut” art. 497 do CPC.”

“9. Após a matrícula da criança na rede pública, surgindo eventual impedimento à educação pela distância ou outro fator, a Defensoria Pública deverá trazer a informação aos autos, discriminando a distância, a eventual inexistência de transporte público e outras razões, a fim de subsidiar nova deliberação do Juízo para garantir o direito constitucional.” (...)

O Município agravante alega, em síntese: 1) que a tutela de urgência foi deferida determinando a matrícula do Agravado em creche próxima à sua residência; 2) em que pese o devido cumprimento da decisão, esta não merece prosperar em respeito aos princípios da isonomia e impessoalidade; 3) os procedimentos de inscrição e seleção para preenchimento de vagas em creches foram divulgados nos termos da resolução SME nº 14, de 26 de outubro de 2016; 4) que a representante do menor não o submeteu ao processo de matrícula para o ano letivo de 2017; 5) que há risco de efeito sistêmico da decisão ora agravada, o que compromete a organização das políticas municipais de educação, violando o princípio da isonomia; 6) que a multa cominada por dia de atraso não revela “interesse”, sendo que o Juízo possui outros mecanismos de fazer cumprir a decisão, além de estar acima do usual.

Ao final requer:

“...seja conhecido o presente recurso e dado provimento para reformar a decisão recorrida. Caso assim não entendam, que seja revogada a multa imposta.”

Decisão deste Relator indeferindo o pedido de concessão efeito suspensivo (índice 000019).

Parecer do Ministério Público pelo conhecimento e desprovemento do recurso. (índice 000059).

É o relatório. Passo ao voto.

De início, menciono que uma das grandes discussões travadas na doutrina antes mesmo da entrada em vigor da Lei 13.105/15, **o novo CPC**, está ligada ao disposto em seu artigo 1.015 que, em redação inovadora, estabeleceu o rol de decisões que serão sujeitas ao agravo de instrumento.

No caso em tela a decisão que defere ou indefere pedido de tutela cautelar se insere no rol do artigo 1.015, I do CPC/2015, que dispõe no seguinte teor:

***“Artigo 1015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre:
I – Tutelas provisórias;”***

Trata-se de agravo de Instrumento, interposto pelo **MUNICÍPIO DE RIO DAS OSTRAS**, contra decisão proferida pelo Juízo de Família, Infância da Juventude da comarca de Rio das Ostras, nos autos da ação de obrigação de fazer c/c pedido de tutela de urgência proposta por **JOÃO PEDRO DA COSTA BITENCOURT rep/p/s/mãe CARLA ARAÚJO ROCHA BITENCOURT**, que deferiu a tutela antecipada para determinar que o réu providencie a imediata matrícula do autor em creche, no prazo de 10 dias, sob pena de multa diária de R\$ 200,00 (duzentos reais).

Pois bem. Não assiste razão ao Município ora Agravante.

Preconiza o artigo 300 do CPC/2015 que tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, medida esta que tem por finalidade garantir a efetividade do processo, dispondo o §3º do mesmo artigo que a medida não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.

Nessa esteira, a concessão de tutela provisória, sem prévia audiência da parte contrária, constitui medida excepcional que somente deve ser concedida quando inequívoca a presença de todos os requisitos do dispositivo legal mencionado, como sucede no caso.

Isto porque, restou comprovado que o menor impúbere JOÃO PEDRO, nascido em 20/10/2015, (fls. 32, índice 000010, do anexo 1) e sua família, residem no Município de Rio das Ostras (fls. 30, índice 000010, do anexo 1) e são assistidos pela Defensoria pública, de forma que são hipossuficientes (fls. 23/26, índice 000010, do anexo 01).

Além disso, restou incontroverso, porque não refutado pelo Município a afirmação da Defensoria de que a representante legal do agravante tentou, sem êxito, obter uma vaga este em creche municipal. (fls. 25 – índice 000010 – anexo 1), de forma que presente o *fumus boni iuris*.

Por outro lado, presente também o *periculum in mora*, diante da possível violação do direito do menor ao acesso à educação fundamental que é protegido tanto pela Constituição, em seus artigos 205, 208, inciso IV, e 227, quanto pelo o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8069/90), que dispõem sobre a proteção integral à criança e ao adolescente.

A Lei de Diretrizes e Bases de da Educação (Lei nº 9.394/96), também assegura o atendimento de crianças de zero a seis anos em creches e pré-escolas da rede pública.

A educação é direito fundamental assegurado pela Constituição da República e não pode ser restringido, sob fundamentos burocráticos.

Sobre o direito à educação, dispõe a Constituição Federal:

“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:

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)

No mesmo sentido:

ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA. EDUCAÇÃO INFANTIL. DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV). COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO. DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE A

MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º). RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO. - 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 de zero a seis 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, 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. 16. Recurso Recurso especial não conhecido. (STJ - REsp: 753565 MS 2005/0086585-2). Relator: Ministro LUIZ FUX, Data de Julgamento: 27/03/2007, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 28/05/2007 p. 290)

Deve, ainda, ser levado em consideração que, em se tratando de direito fundamental, não pode o direito ser negado, com base na exigência de filas e de pré-cadastramento e de suposta violação ao princípio da isonomia, se é pacífico que não são oferecidas vagas em número suficiente para absorver a demanda.

Outrossim, não há que se falar em violação ao princípio da separação dos poderes, uma vez que o Judiciário não está se imiscuindo na atividade administrativa, mas sim exercendo atividade própria de controle da legalidade de ato administrativo que se mostra eivado de ilegalidade por negar à criança o acesso à educação.

Noutra vertente, o art. 54, inciso IV, do Estatuto da Criança e do Adolescente, repetindo o texto constitucional, assevera que: “É dever do Estado assegurar à criança (...) atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade”, reconhecendo tal acesso como direito público subjetivo (§ 1º).

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (nº 9.394/96), por sua vez, prevê em seu art. 4º, IV, que o dever do Estado com a educação escolar pública será efetivado mediante a garantia de atendimento gratuito em creches e pré-escolas às crianças de zero a seis anos de idade.

Visando regulamentar a matéria, o art. 11, inciso V, do mesmo dispositivo legal, dispõe que os Municípios incumbir-se-ão de 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.

Destarte, sendo a educação um direito social, previsto constitucionalmente, e que deve ser assegurado com absoluta prioridade em relação às crianças e adolescentes, incumbe ao Poder Público a responsabilidade de garantir a estes o acesso às escolas ou creches.

*AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. MUNICÍPIO DE RIO DAS OSTRAS. DECISÃO QUE DEFERIU A TUTELA DE URGÊNCIA, PARA DETERMINAR A MATRÍCULA DA AUTORA EM CRECHE INTEGRANTE DA REDE PÚBLICA OU CONVENIADA DO MUNICÍPIO, PRÓXIMA À SUA RESIDÊNCIA, NO PRAZO DE 5 DIAS, SOB PENA DE MULTA COMINATÓRIA DIÁRIA DE R\$500,00. **PRESENÇA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DO ART. 300 DO NCP, HAJA VISTA A NECESSIDADE DA AUTORA, DE 3 ANOS DE IDADE, VER-SE MATRICULADA EM CRECHE MUNICIPAL, COM VISTA A GARANTIR SEU DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 205 E 208, IV, DA CRFB/88; ART. 54, I E II DO ECA E ART. 11, V, DA LEI Nº 9.394/96. VALOR DAS ASTREINTES RAZOAVELMENTE FIXADO DIANTE DA URGÊNCIA DO CASO, REFLETIDA NA NECESSIDADE DA MATRÍCULA DA MENOR. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.** (APELAÇÃO CÍVEL Nº 0044823-64.2017.8.19.0000 - Des. MARCIA FERREIRA ALVARENGA - Julgamento: 18/10/2017 - DÉCIMA SÉTIMA CÂMARA CÍVEL)*

*AGRAVO DE INSTRUMENTO. Ação de obrigação de fazer. Matrícula em creche municipal de Rio das Ostras. **Deferimento liminar. Justificada a concessão da medida para garantir o exercício do direito fundamental à educação. Arts. 208, inciso IV e 227 da CRFB/88. Princípio da Proteção Integral à Criança e ao Adolescente amparado pelo ECA. Garantia ao pleno desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social do menor. Precedentes jurisprudenciais desta corte. Decisão mantida.** RECURSO QUE TEM O PROVIMENTO NEGADO NOS TERMOS DO ART. 932, INCISO IV ALÍNEA "b" DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. (APELAÇÃO CÍVEL Nº 0056496-54.2017.8.19.0000 - Des. PEDRO SARAIVA DE ANDRADE LEMOS - Julgamento: 04/10/2017 - DÉCIMA CÂMARA CÍVEL)*

*AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO. PRETENSÃO DE MATRÍCULA EM CRECHE PÚBLICA MUNICIPAL. MUNICÍPIO DE RIO DAS OSTRAS. **ANTECIPAÇÃO DA TUTELA. MATRÍCULA DA PARTE AUTORA EM CRECHE PÚBLICA OU CONVENIADA, PRÓXIMA À SUA RESIDÊNCIA. JUÍZO DE VEROSSIMILHANÇA FAVORÁVEL À PARTE AUTORA. DIREITO À EDUCAÇÃO INFANTIL CONSTITUI DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL, QUE DEVE SER ASSEGURADO PELO ENTE PÚBLICO MUNICIPAL, GARANTINDO-SE O ATENDIMENTO EM CRECHE OU PRÉ- ESCOLA ÀS CRIANÇAS DE ZERO A SEIS ANOS DE IDADE, COM ABSOLUTA PRIORIDADE, SOB PENA DE AFRONTA AO TEXTO CONSTITUCIONAL. FUNDAMENTO LEGAL CONTIDO NOS ARTIGOS 205 E 208, IV DA CF, NA LEI DE DIRETRIZES E BASES DA EDUCAÇÃO E NO ESTATUTO DA CRIANÇA DO ADOLESCENTE. SÚMULA 59 DO TJRJ. DESPROVIMENTO DO AGRAVO***

INSTRUMENTO INTERPOSTO PELO MUNICÍPIO RÉU. (APELAÇÃO CÍVEL Nº 0008152-42.2017.8.19.0000 - Des. SERGIO RICARDO DE ARRUDA FERNANDES - Julgamento: 09/05/2017 - PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL)

Quanto ao valor da multa diária para a hipótese de descumprimento da decisão, não se verifica, a princípio, qualquer desproporcionalidade, tendo em vista a urgência que o caso requer.

Outrossim, verifico às fls. 54 (índice 000054 – anexo 1) que já foi efetuada a matrícula do menor na Creche Municipal Dona Senhorinha, de forma que a multa não incidirá.

Além disso, cabe ressaltar que o valor da multa deve ser alto o suficiente para que o devedor desista de seu intento de não cumprir a obrigação específica, de modo que uma multa fixada em valor irrisório não é capaz de cumprir sua finalidade inibitória.

Assim sendo, verifica-se que a decisão agravada não é teratológica, contrária à lei ou à evidente prova dos autos, sendo o caso de aplicação do enunciado nº 59 da Súmula de Jurisprudência desta Corte, com nova redação, *verbis*:

“Somente se reforma a decisão concessiva ou não, da tutela de urgência, cautelar ou antecipatória, se teratológica, contrária à lei, notadamente no que diz respeito à probabilidade do direito invocado, ou à prova dos autos.” (Ref. Processo administrativo, nº 0021798-56.2016.8.19.0000 – Julgamento em 03/07/2017, Relator: Desembargador Camilo Ribeiro Ruliére. Votação por maioria.)

Assim considerando, VOTO em conhecer e NEGAR PROVIMENTO ao agravo de instrumento.

Rio de Janeiro, 10 de abril de 2018.

JUAREZ FERNANDES FOLHES
Desembargador Relator