

ESTADO DO MARANHÃO
PODER JUDICIÁRIO
COMARCA DA ILHA DE SÃO LUÍS
VARA DE INTERESSES DIFUSOS E COLETIVOS

[ACPCIV 0813377-56.2017.8.10.0001](#)

Classe judicial: AÇÃO CIVIL PÚBLICA CÍVEL (65)

Assunto: Educação Pré-escolar (10062)

Última distribuição: 25 abr 2017

Órgão julgador: Vara de Interesses Difusos e Coletivos de São Luís

AUTOR: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO MARANHÃO

RÉU: MUNICÍPIO DE SÃO LUÍS

SENTENÇA

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO MARANHÃO ajuizou ação civil pública em face do MUNICÍPIO DE SÃO LUÍS requerendo a condenação do réu nos seguintes termos (transcrição literal):

“d) Que seja confirmada a medida liminar e julgada procedente a presente ação, a fim de que seja condenado o Município de São Luís em prazo assinalado judicialmente à obrigação de fazer, consistente na construção das 25 (vinte e cinco) creches anunciadas no início de 2014, com a devida reserva orçamentária, até o final do exercício 2017, bem como execute planejamento para aplicação das verbas até então destinadas aos convênios com creches comunitárias e/ou filantrópicas, na construção e aparelhamento da Rede Oficial de Educação Infantil, como proposta paralela às verbas provenientes do FNDE, para funcionamento do ano letivo de 2018 já nas instituições oficiais de ensino, dotando-as de infraestrutura adequada para suprir satisfatoriamente as necessidades do alunado na faixa etária a ser atendida;

e) Que sejam respeitadas na construção das creches todas as normas técnicas essenciais para o seu pleno funcionamento, principalmente às específicas de acessibilidade às pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida, nos termos da Lei Federal nº 10.098, de 19 de dezembro de 2000, Decreto Federal nº 5.296, de 02/12/2000, e normas da ABNT;



f) Determinar o distrato dos eventuais contratos de aluguéis firmados entre o ente Municipal e particulares, remanejamento dos alunos, profissionais da educação e todos os pertences das creches para prédios novos e próprios, assim que inaugurados;”.

Quanto aos fatos que fundamentam os pedidos, o Ministério Público alega que instaurou Inquérito Civil nº 007/2015 para apurar a demora na construção de 25 creches anunciada pelo Município de São Luís no ano de 2014, em parceria com o Governo Federal, por meio do Programa Nacional de Reestruturação e Aquisição de Equipamentos para a Rede Escolar Pública de Educação Infantil (PROINFÂNCIA).

Prossegue alegando ter sido previsto o repasse do valor de R\$ 3.541.489,54 ao Município de São Luís, mas no Portal da Transparência do Município não haveria a indicação precisa dos valores aplicados no PROINFÂNCIA nos exercícios 2015, 2016 e 2017.

Segundo informações prestadas pela SEMED no âmbito do Inquérito Civil, por meio do Ofício nº 160/2016 – GAB/SEMED, as 25 creches seriam construídas em dois blocos de tipologia, da seguinte forma:

“a) 10 (dez) MODELOS TIPO 1, para atenderem um quantitativo de 188 crianças, nos Endereços: Rua do Quis, Bairro Parque dos Nobres; Rua Mearim, Bairro da Ribeira II; Travessa Fé em Deus, Bairro Nova República Poirão; Avenida Goiás, Chácara Brasil; Avenida Leste, Cidade Operária; Rua da Floresta, Recanto Verde; Avenida Principal, Residencial Paraíso; Rua do Codozinho, São Cristovão; UFMA, em frente ao Colégio Universitário; e Rua Delcy Batista, Conjunto Bequimão;

b) 15 (QUINZE) CRECHES MODELO TIPO 2, para atenderem um total de 94 crianças, com as seguintes localizações: Estrada do Quebra Pote, Santa Helena; Rua Projetada, Vila Conceição, Coroadinho; Avenida dos Portugueses, Vila Bacanga; Rua do Ribeirão, Vila Sarney, Maracanã; Rua Boa Vista, Bairro Alexandra Tavares; Rua da União, Residencial 2000; Rua G, Residencial Santo Antônio, BR 135, Km 09; Rua 13, Cohab IV; Estrada do Arraial, Arraial; Rua Epitácio Cafeteira, Caracueira; Rua da Paz, Itapera; Rua Betel, Vila Romário, Rua do Sítio, Vila Brasil, Rua 03, São Raimundo, Rua Principal, Residencial Luís Bacelar;”

Sustenta o MP que, das 25 creches anunciadas, apenas 3 tiveram obras realizadas, mas, ainda assim, não foram concluídas e entregues até a presente data. São elas as da Chácara Brasil, Cidade Operária e São Raimundo.

Em breve síntese, estes são os fatos narrados na Inicial.

Na contestação, o Município de São Luís juntou informações prestadas pela SEMED no sentido de que as demais 22 creches não foram construídas em razão da ausência de repasse de recursos pelo FNDE ou em razão da necessidade de realização de serviços de terraplanagem.

Ademais, alegou que a forma e local de aplicação dos recursos financeiros pertence à esfera de atuação discricionária do gestor público, cabendo a ele a escolha de áreas prioritárias segundo critérios de conveniência e oportunidade.



O Município de São Luís, petição ID 11583602, requereu a juntada de ofício do Secretário da SEMED, datado de 23/04/2018, no qual se informa que a inauguração das creches da Chácara Brasil e da Cidade Operária estaria programada para o mês de junho de 2018. Quanto à creche do São Raimundo, a SEMED informou que teria havido abandono de obra por parte da empresa responsável e que um novo processo licitatório já estaria em andamento para contratação de outra empresa.

No que se refere às demais creches, a SEMED informou que estariam em fase de publicação de editais de licitação e que, de acordo com o Plano Plurianual, três novas creches teriam suas obras iniciadas até julho de 2018; as demais seriam rateadas entre os anos de 2019 e 2020.

As partes apresentaram alegações finais.

2. FUNDAMENTAÇÃO

Os pedidos formulados pelo Ministério Público se fundamentam juridicamente em dispositivos da Constituição Federal e de outras leis infraconstitucionais, o que autoriza o acolhimento da pretensão.

A educação é considerado direito social e, para sua garantia, exige-se do Poder Público prestações positivas (CF, art. 6º), que incluem, naturalmente, que os ambientes escolares sejam dotados de todas as condições necessárias para o desenvolvimento do aprendizado.

O artigo 7º, da Constituição Federal, em seu inciso XXV, prevê como direito do trabalhador urbano e rural, além de outros, “assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 (cinco) anos de idade em creches e pré-escolas”. Para efetivação desse direito, a CF, no art. 208, impôs ao Estado o dever de garantir “IV - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade”.

Tratando-se da educação de crianças e adolescentes, esse direito deve ser atendido com absoluta prioridade, conforme previsto no art. 227 da CRFB/88:

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.

Nesse sentido, o art. 4º do ECA, parágrafo único, previu o seguinte:

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

Segundo Wilson Donizeti Liberati, “por *absoluta prioridade* entende-se que, na área administrativa, enquanto não existirem creches, escolas, postos de saúde, atendimento preventivo e emergencial às gestantes, dignas moradias e trabalho, não



deveriam asfaltar ruas, construir praças, sambódromos, monumentos artísticos etc., porque a vida, a saúde, o lar, a prevenção de doenças são mais importantes que as obras de concreto que ficam para demonstrar o poder do governante.”¹.

O direito fundamental à boa administração pública, previsto no artigo 41 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, e que permeia também toda a Constituição Federal, impõe uma “administração eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas”².

No sentido do foi até aqui delineado, transcrevo o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça, no qual foi debatida a negativa do direito de acesso a creches fundamentada na teoria da reserva do possível:

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. ACESSO À CRECHE AOS MENORES DE ZERO A SEIS ANOS. DIREITO SUBJETIVO. RESERVA DO POSSÍVEL. TEORIZAÇÃO E CABIMENTO. IMPOSSIBILIDADE DE ARGUIÇÃO COMO TESE ABSTRATA DE DEFESA. ESCASSEZ DE RECURSOS COMO O RESULTADO DE UMA DECISÃO POLÍTICA. PRIORIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. CONTEÚDO DO MÍNIMO EXISTENCIAL. ESSENCIALIDADE DO DIREITO À EDUCAÇÃO. PRECEDENTES DO STF E STJ.

1. A tese da reserva do possível assenta-se em ideia de que, desde os romanos, está incorporada na tradição ocidental, no sentido de que a obrigação impossível não pode ser exigida (*Impossibilium nulla obligatio est* - Celso, D. 50, 17, 185). Por tal motivo, a insuficiência de recursos orçamentários não pode ser considerada uma mera falácia.

2. Todavia, observa-se que a dimensão fática da reserva do possível é questão intrinsecamente vinculada ao problema da escassez. Esta pode ser compreendida como "sinônimo" de desigualdade. Bens escassos são bens que não podem ser usufruídos por todos e, justamente por isso, devem ser distribuídos segundo regras que pressupõe o direito igual ao bem e a impossibilidade do uso igual e simultâneo.

3. Esse estado de escassez, muitas vezes, é resultado de um processo de escolha, de uma decisão. Quando não há recursos suficientes para prover todas as necessidades, a decisão do administrador de investir em determinada área implica escassez de recursos para outra que não foi contemplada. A título de exemplo, o gasto com festividades ou propagandas governamentais pode ser traduzido na ausência de dinheiro para a prestação de uma educação de qualidade.

4. É por esse motivo que, em um primeiro momento, a reserva do possível não pode ser oposta à efetivação dos Direitos Fundamentais, já que, quanto a estes, não cabe ao administrador público preterir-los em suas escolhas. Nem mesmo a vontade da maioria pode tratar tais direitos como secundários. Isso porque a democracia não se restringe na vontade da maioria. O princípio do majoritário é apenas um instrumento no processo democrático, mas este não se resume àquele. Democracia é, além da vontade da maioria, a realização dos direitos fundamentais. Só haverá democracia real onde houver liberdade de expressão, pluralismo político, acesso à informação, à educação, inviolabilidade da intimidade, o respeito às minorias e às ideias minoritárias etc. Tais valores não podem ser malferidos, ainda que seja a vontade da maioria. Caso contrário, se estará usando da "democracia" para extinguir a Democracia.



5. Com isso, observa-se que a realização dos Direitos Fundamentais não é opção do governante, não é resultado de um juízo discricionário nem pode ser encarada como tema que depende unicamente da vontade política. Aqueles direitos que estão intimamente ligados à dignidade humana não podem ser limitados em razão da escassez quando esta é fruto das escolhas do administrador.

Não é por outra razão que se afirma que a reserva do possível não é oponível à realização do mínimo existencial.

6. O mínimo existencial não se resume ao mínimo vital, ou seja, o mínimo para se viver. O conteúdo daquilo que seja o mínimo existencial abrange também as condições socioculturais, que, para além da questão da mera sobrevivência, asseguram ao indivíduo um mínimo de inserção na "vida" social.

7. Sendo assim, não fica difícil perceber que, dentre os direitos considerados prioritários, encontra-se o direito à educação. O que distingue o homem dos demais seres vivos não é a sua condição de animal social, mas sim de ser um animal político. É a sua capacidade de relacionar-se com os demais e, por meio da ação e do discurso, programar a vida em sociedade.

8. A consciência de que é da essência do ser humano, inclusive sendo o seu traço característico, o relacionamento com os demais em um espaço público - onde todos são, in abstracto, iguais, e cuja diferenciação se dá mais em razão da capacidade para a ação e o discurso do que em virtude de atributos biológicos - é que torna a educação um valor ímpar. No espaço público, em que se travam as relações comerciais, profissionais, trabalhistas, bem como onde se exerce a cidadania, a ausência de educação, de conhecimento, em regra, relega o indivíduo a posições subalternas, o torna dependente das forças físicas para continuar a sobreviver e, ainda assim, em condições precárias.

9. Eis a razão pela qual o art. 227 da CF e o art. 4º da Lei 8.069/90 dispõem que a educação deve ser tratada pelo Estado com absoluta prioridade. No mesmo sentido, o art. 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente prescreve que é dever do Estado assegurar às crianças de zero a seis anos de idade o atendimento em creche e pré-escola. Portanto, o pleito do Ministério Público encontra respaldo legal e jurisprudencial. Precedentes: REsp 511.645/SP, Rel.

Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 18.8.2009, DJe 27.8.2009; RE 410.715 AgR / SP - Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 22.11.2005, DJ 3.2.2006, p. 76.

10. Porém, é preciso fazer uma ressalva no sentido de que, mesmo com a alocação dos recursos no atendimento do mínimo existencial, persista a carência orçamentária para atender a todas as demandas.

Nesse caso, a escassez não seria fruto da escolha de atividades não prioritárias, mas sim da real insuficiência orçamentária. Em situações limítrofes como essa, não há como o Poder Judiciário imiscuir-se nos planos governamentais, pois estes, dentro do que é possível, estão de acordo com a Constituição, não havendo omissão injustificável.

11. Todavia, a real insuficiência de recursos deve ser demonstrada pelo Poder Público, não sendo admitido que a tese seja utilizada como uma desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, principalmente os de cunho social. No caso dos autos, não houve essa demonstração. Precedente: REsp 764.085/PR, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 1º.12.2009, DJe 10.12.2009.



Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 790.767/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/12/2015, DJe 14/12/2015)

Assim, não há que se falar no caso em *discricionariedade administrativa*. Adiscricionariedade não pode servir de fundamento para a violação de direitos fundamentais devido a omissão imotivada ou o retardo na tomada de medidas prioritárias. A garantia do direito fundamental à educação não é uma opção da Administração e seu descumprimento não pode ser justificado pelo exercício da discricionariedade. Não há discricionariedade nesse caso. Há o dever de agir por parte do Poder Público.

A alegação não demonstrada genérica de inexistência de recursos é insuficiente. O administrador não tem a opção de destinar ou não os recursos necessários para garantia do mínimo de estrutura para efetividade do direito à educação. São ilegítimas escolhas administrativas em detrimento do direito à educação.

Desse modo, face aos princípios constitucionais envolvidos, não se justifica o alheamento do Poder Judiciário à questão posta em julgamento, pois a excepcionalidade da situação narrada autoriza o julgador a determinar a realização de políticas públicas sem que isso represente afronta ao princípio da separação de poderes.

Quanto ao prazo para cumprimento da obrigação, não podemos descuidar da possibilidade material do ente público. É evidente que a necessidade de remanejamento e alocação de recursos, tempo para realização dos processos licitatórios, execução das obras e aquisição de equipamentos servem para entender o atraso do Estado no cumprimento de alguns misteres constitucionais por algum tempo, mas jamais justificaria a negação de direitos amparados pela Constituição indefinidamente.

Assim, está esclarecida a necessidade de conceder um prazo razoável para o cumprimento da obrigação, sem, contudo, significar um “salvo-conduto” para negar efetividade ao direito. É o que preceitua o artigo 22 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Desse modo, reputo como razoável o prazo de 1 ano e 3 meses para cumprimento da obrigação, prazo esse apontado no Ofício do Secretário da Educação juntado sob id 11583615.

DELIBERAÇÃO

Ante o exposto, com fundamento no art. 487, I, do CPC, ACOLHO, em parte, os pedidos formulados pelo Ministério Público e, por conseguinte, DETERMINO ao MUNICÍPIO DE SÃO LUÍS que, no prazo de 1 ano e 3 meses contados da publicação desta sentença, cumpra obrigação de fazer consistente na construção e entrega das 25 (vinte e cinco) creches anunciadas no início de 2014, de acordo com as normas técnicas aplicáveis, sobretudo as relacionadas à acessibilidade, nos termos da Lei Federal nº 10.098, de 19 de dezembro de 2000, Decreto Federal nº 5.296, de 02/12/2000, e normas da ABNT.

Para fins de cumprimento desta decisão, DETERMINO, ainda, ao Município de São Luís que, mensalmente, encaminhe a este Juízo relatório atualizado sobre o andamento das obras, processos licitatórios e demais atos relacionados ao atendimento desta demanda.

INTIME-SE o Secretário Municipal de Educação, advertindo-o do disposto no artigo 77 do CPC:



*Art. 77: Além de outros previstos neste Código, são deveres **das partes**, de seus procuradores e de **todos aqueles que de qualquer forma participem do processo**:*

IV – cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais, de natureza provisória ou final, e não criar embaraços à sua efetivação;

§ 2º A violação ao disposto nos incisos IV e VI constitui ato atentatório à dignidade da justiça, devendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa de até vinte por cento do valor da causa, de acordo com a gravidade da conduta.

PUBLIQUEM. INTIMEM.

Sem custas e honorários advocatícios (LACP, art. 18).

São Luís, 04/09/2019.

DOUGLAS DE MELO MARTINS

Juiz Titular da Vara de Interesses Difusos e Coletivos

1 LIBERATI, Wilson Donizeti. Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

2 FREITAS, Juarez, 2009, p. 99.

