

**Processo:** 1.0056.12.009415-8/003  
**Relator:** Des.(a) Sandra Fonseca  
**Relator do Acórdão:** Des.(a) Sandra Fonseca  
**Data do Julgamento:** 17/08/2021  
**Data da Publicação:** 23/08/2021

EMENTA: REMESSA NECESSÁRIA - APELAÇÃO CÍVEL - EDUCAÇÃO GRATUITA - TUTELA CONSTITUCIONAL - DISPONIBILIZAÇÃO DE VAGAS PARA CRIANÇAS SEM ACESSO À REDE PÚBLICA DE ENSINO - RESPEITO AO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E À LEI DE DIRETRIZES E BASES DA EDUCAÇÃO NACIONAL - NECESSIDADE DE GARANTIR O ACESSO EFETIVO E IMEDIATO À EDUCAÇÃO - RESPONSABILIDADE DO ENTE PÚBLICO MUNICIPAL - FIXAÇÃO DE MULTA DIÁRIA - POSSIBILIDADE - JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA DO COL. STJ - PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE - PRAZO PARA CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO - OBSERVÂNCIA AO RETORNO DAS ATIVIDADES PRESENCIAIS DAS CRECHES MUNICIPAIS EM RAZÃO DO VÍRUS COVID-19 - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1 - É dever do poder público garantir aos menores o acesso à educação, por se tratar de Direito Fundamental previsto na Constituição Federal.

2 - Constituí obrigação do ente municipal oferecer a educação infantil em creches e pré-escolas, e, com prioridade, o ensino fundamental, nos termos do V, do art. 11, da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional - Lei Federal nº 9.394/96 - e do inciso V, do art. 53 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

3 - O ordenamento pátrio visa proporcionar a base do ensino futuro ao infante, além de possibilitar, nas camadas mais pobres da sociedade, o trabalho dos pais, de forma a garantir o sustento das famílias.

4 - A atribuição de incumbência básica e fundamental, albergada no texto constitucional e segundo as próprias normas regulamentares administrativas, ao Poder Executivo, não configura desrespeito ao princípio da separação dos poderes, havendo legitimidade de controle e de intervenção pelo Judiciário em tema de implementação de políticas públicas quando configurada hipótese de abuso governamental, que implica em negativa de vigência de direito individual tutelado pela Constituição da República.

5 - Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça revela-se cabível a fixação de multa diária em face da Fazenda Pública, como meio coercitivo ao cumprimento de ordem judicial.

6 - Diante do atual pandemia em razão do vírus Covid-19, o prazo para cumprimento do decisum deve ser fixado considerando o retorno efetivo às aulas no Município.

7 - No que se refere à penalidade cominatória em caso de descumprimento da obrigação, cabível a minoração do valor, em observância aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

8 - Reforma parcial da sentença.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0056.12.009415-8/003 - COMARCA DE BARBACENA - APELANTE(S): MUNICÍPIO BARBACENA - APELADO(A)(S): DEFENSORIA PÚBLICA ESTADO MINAS GERAIS

## ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a 6ª CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, EM REMESSA NECESSÁRIA, CONHECIDA DE OFÍCIO, REFORMAR PARCIALMENTE A SENTENÇA, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

DESA. SANDRA FONSECA  
RELATORA

DESA. SANDRA FONSECA (RELATORA)

## VOTO

Cuida-se de remessa necessária e recurso de apelação interposto pelo MUNICÍPIO DE BARBACENA contra a r. sentença proferida pelo MM. Juiz da Vara da Infância e Juventude de que, nos autos da Ação Civil Pública ajuizada pela DEFENSORIA DO ESTADO DE MINAS GERAIS, julgou procedente o pedido, condenado o município à disponibilização de vagas às crianças e aos adolescentes que aguardam na fila de espera para se matricular em instituições de ensino.

Determinou que o Município diligencie em todas as escolas municipais aferindo a quantidade e identidade dos alunos que aguardam vaga e, para o ano de 2021, sob pena de multa mensal no importe de

R\$1.000,00 (mil reais) por vaga não disponibilizada limitada ao montante de R\$ 3.000.000,00 (três milhões de reais). Ao final, condenou o município a pagar honorários no importe de 10% sobre o valor da causa.

Nas razões recursais, no doc. nº 10, o apelante defende a desnecessidade de garantir o ensino para crianças abaixo de 04 anos, bem como assevera que não cabe ao judiciário interferir na repartição de competência relacionada à educação.

Disserta sobre o princípio da reserva do possível e destaca a necessidade de isolamento social em virtude da COVID.

Por fim, requer a redução da multa fixada.

Contrarrazões apresentadas, doc nº 12.

Parecer da d. Procuradoria Geral de Justiça, doc nº 17, opinando pela confirmação da sentença.

Conheço da remessa necessária, de ofício, por se tratar de sentença ilíquida e do recurso de apelação, eis que presentes os requisitos legais.

## REMESSA NECESSÁRIA

Na Comarca de Barbacena, ao pedido formulado pelo Ministério Público em sede de ação civil pública, para o fim de disponibilizar vagas no ensino infantil fundamental, nos estabelecimentos escolares estaduais, aos menores que aguardam na fila de espera, o juízo a quo prolatou sentença assegurando as vagas aos alunos.

Decorre do sistema republicano a liberdade de o agente público escolher entre um gasto ou outro, ou mesmo em não fazer gasto algum.

Nessa seara, por se tratar do modo de administrar do agente, o Judiciário não tem mesmo que impeli-lo a praticar qualquer ato, porquanto se trata de política pública e se insere na categoria dos atos administrativos discricionários.

Sucedem que a própria Constituição Federal pode entender que determinada obrigação, na qual se ressalta o interesse social, deve ser retirada do campo da discricionariedade do agente, e, assim, tornando o ato vinculado.

Por isso, é preciso diferenciar da mera política pública governamental da obrigação que a própria Constituição Federal destacou como sendo vinculada e não mais discricionária do agente público.

Deve-se observar que a discricionariedade supõe a existência, de escolhas igualmente possíveis ao Administrador, isto é, a irrelevância jurídica de uma opção em detrimento de outra.

Nesse raciocínio, a prestação educacional, em se tratando de ensino infantil e fundamental, consagrada na Constituição da República não se insere no âmbito da atuação discricionária da Administração Pública, porquanto a Lei não oferece alternativas igualmente válidas, mas impõe dever, respaldado nas garantias fundamentais que constituem a base da República e do Estado Democrático de Direito.

Estabelece o Texto Federal, verbis:

"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 - ensino fundamental, obrigatório e gratuito, assegurada, inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiveram acesso na idade própria;

II - progressiva universalização do ensino médio gratuito;

(...)

IV - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade.

§ 1º - O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.

§ 2º - O não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente.

§ 3º - Compete ao Poder Público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela frequência à escola."

Como se vê, a Constituição da República não oferece alternativas viáveis, ou seja, inexistem possibilidades de opção pela prestação ou não dos serviços indispensáveis à educação básica das crianças e adolescentes do Município de Barbacena.

Trata-se, pois, de atividade vinculada, que deve ser exercida de lege ferenda, razão pela qual o controle que se faz, in casu, é de legalidade.

Ao comentar a eficácia da norma constitucional que estabelece o dever do Estado de fornecer o acesso à educação, esclarece José Afonso da Silva:

"(..) 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 educação e ensino, hão de ser interpretadas em função daquela declaração e no sentido de sua plena e efetiva realização. A Constituição mesmo já considerou que o

acesso ao ensino fundamental, obrigatório e gratuito, é direito público subjetivo; equivale reconhecer que é direito plenamente eficaz e de aplicabilidade imediata, isto é, direito exigível judicialmente, se não for prestado espontaneamente". (in Curso de Direito Constitucional Positivo, 21ª ed.)

Quanto à obrigação do Município fornecer as vagas pretendidas, segundo o inciso V, do art. 11, da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional - Lei Federal nº 9.394/96, incumbe ao município a oferecer a educação infantil em creches e pré-escolas, e, com prioridade, o ensino fundamental, vejamos:

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.

O inciso V, do art. 53 do Estatuto da Criança e do Adolescente também dispõe:

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-se-lhes:

(...)

V - acesso à escola pública e gratuita, próxima de sua residência, garantindo-se vagas no mesmo estabelecimento a irmãos que frequentem a mesma etapa ou ciclo de ensino da educação básica.

Assim, a determinação ao ente público municipal para disponibilizar vagas às crianças e adolescentes que aguardam matrícula, encontra-se prevista em lei e não ofende o princípio da separação dos poderes, porquanto cabe ao Judiciário zelar pelo fiel cumprimento da lei, sendo certo que o Administrador não pode se furtar do seu dever ao argumento de que a disponibilização de vagas na educação pública constitui escolha discricionária que lhe é creditada, eis que o mandato constitucional é juridicamente vinculante.

Via de consequência, a consagração legal do dever do ente público permite a intervenção judicial, a fim de se efetivar a garantia fundamental à educação básica dos jovens munícipes.

A propósito, sedimentou o Supremo Tribunal Federal:

**E M E N T A:** RECURSO EXTRAORDINÁRIO - CRIANÇA DE ATÉ CINCO ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV, NA REDAÇÃO DADA PELA EC Nº 53/2006) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO (CF, ART. 211, § 2º) - O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO - A FÓRMULA DA RESERVA DO POSSÍVEL NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS: IMPOSSIBILIDADE DE SUA INVOCAÇÃO PARA LEGITIMAR O INJUSTO INADIMPLEMENTO DE DEVERES ESTATAIS DE PRESTAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE IMPOSTOS AO PODER PÚBLICO - SUCUMBÊNCIA RECURSAL - (CPC, ART. 85, § 11) - NÃO DECRETAÇÃO, NO CASO, ANTE A AUSÊNCIA DE CONDENAÇÃO EM VERBA HONORÁRIA NA ORIGEM - AGRAVO INTERNO IMPROVIDO . (RE 1101106 AgR, Relator: Celso De Mello, Segunda Turma, julgado em 22/06/2018, Processo Eletrônico Dje-161 Divulg 08-08-2018 Public 09-08-2018).

Esse Eg. Tribunal de Justiça assim já decidiu:

**EMENTA:** REEXAME NECESSÁRIO. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MATRÍCULA EM UMEI (UNIDADES MUNICIPAIS DE EDUCAÇÃO INFANTIL) PRÓXIMA À RESIDÊNCIA DOS MENORES. ART. 54, INCISO IV, DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ART. 205, 208, IV, e 227 DA CR/88. ABERTURA DE NOVAS TURMAS. POSSIBILIDADE. RESERVA DO POSSÍVEL. INAPLICABILIDADE. PERÍODO INTEGRAL. OBRIGATORIEDADE. SENTENÇA CONFIRMADA. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO.

Confirma-se a sentença que determinou a matrícula dos infantes mediante a abertura de novas turmas nas Unidades Municipais de Educação Infantil, em consonância com as disposições do art. 54, inciso IV, da Lei 8.069/90 e do art. 205 da CR/88, para que as crianças tenham garantido o direito fundamental de acesso à educação infantil.

Diante das particularidades do caso concreto, associadas à noção de dignidade da pessoa humana, a chamada "cláusula da reserva do possível", em toda sua abstrata extensão, não pode servir de óbice à restrição do direito à educação.

O Município de Belo Horizonte deve assegurar a disponibilização de vagas para as crianças de zero a seis anos de idade em creche e pré-escola em período integral, haja vista a expressa previsão legal constante no artigo 157, parágrafo 1º, inciso II, de sua Lei Orgânica. (TJMG - Ap Cível/Rem Necessária 1.0024.13.293347-4/002, Relator(a): Des.(a) Armando Freire , 1ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 18/04/2017, publicação da súmula em 27/04/2017).

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - ACESSO À EDUCAÇÃO - MENOR - LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO - VAGA EM UMEI - UNIDADE MUNICIPAL DE EDUCAÇÃO INFANTIL - DISPONIBILIZAÇÃO NO TERRITÓRIO DO MUNICÍPIO - DIREITO CONSTITUCIONAL FUNDAMENTAL DE ACESSO À EDUCAÇÃO E CULTURA - AUSÊNCIA DE INTERFERÊNCIA DO JUDICIÁRIO NA DISCRICIONARIEDADE DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS.

1. A legitimidade do Ministério Público foi inserida no art. 129, III da Constituição Federal/88 e art. 201, V do ECA, incluindo nas funções ministeriais a defesa dos interesses difusos ou coletivos e individuais da criança e do adolescente; 2. A Constituição Federal/88 garante a todos o direito à educação, atribuindo à família, à sociedade e ao Estado, "com absoluta prioridade", a garantia ao direito à vida digna, com acesso à educação, à cultura e lazer à criança, ao adolescente e ao jovem; 3. É obrigação constitucional do Estado em criar as condições para a implementação do acesso das crianças de até 05 anos a creches e pré-escolas, não podendo abster-se de cumprir o dever de implantar políticas públicas, sob pena de ineficácia do direito social à educação; 4. A garantia da vaga assegura a matrícula em creche em instituição de ensino situada no território do Município; 5 - A atuação do Poder Judiciário para garantir o acesso à educação e cultura, direito fundamental assegurado constitucionalmente não constitui intervenção indevida do Poder Judiciário na atividade administrativa. (TJMG - Apelação Cível 1.0024.14.269270-6/001, Relator(a): Des.(a) Renato Dresch, 4ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 16/06/2016, publicação da súmula em 21/06/2016)

Nessa linha, as limitações formais e orçamentárias, ainda que relevantes, não têm o condão de restringir ou aniquilar a integralidade do direito ao acesso universal à educação pela população, sendo certo que a cláusula da reserva do possível, para que seja de viável aplicação, depende de prova inequívoca da incapacidade econômica do ente federado, o que não é o caso dos autos.

No que concerne à fixação de penalidade cominatória em face do ente público, verifica-se que o col. Superior Tribunal de Justiça, em jurisprudência torrencial, pacificou o entendimento acerca da possibilidade de fixação das astreintes, como se pode ver do seguinte julgado:

PROCESSUAL CIVIL. FIXAÇÃO DE ASTREINTES CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. POSSIBILIDADE. 1. É cabível, mesmo contra a Fazenda Pública, a cominação de multa diária (astreintes) como meio executivo para cumprimento de obrigação de fazer ou entregar coisa (arts. 461 e 461-A do CPC).

2. In casu, o Tribunal de origem registrou que a União somente cumpriu a decisão depois de decorrido um ano da determinação judicial, que consistiu na implementação do pagamento de pensão especial de ex-combatente. Fixou, assim, multa diária em seu desfavor. Não há como o STJ analisar a razoabilidade do prazo estabelecido para o cumprimento da obrigação, pois ensejaria reexame fático, inviável nesta instância extraordinária de acordo com a Súmula 7/STJ.

3. Agravo Regimental não provido. (STJ, AgRg nos EDcl no AREsp 161949/PB. Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Órgão Julgador: Segunda Turma, Data do Julgamento 16/08/2012, Data da Publicação/Fonte DJe 24/08/2012).

No mesmo sentido: AgRg no REsp 1124949/RS; AgRg no REsp 1311567/PB; AgRg no AREsp 7873/SC; AgRg no AREsp 23782/RS; AgRg no REsp 1273092/PE; AgRg no AREsp 7869/RS.

Por fim, diante da pandemia em razão do vírus Covid-19, no que se refere à penalidade cominatória em caso de descumprimento da obrigação, deve se considerar o prazo de 15 (quinze) dias, a partir do retorno às atividades presenciais das creches e escolas municipais de Barbacena.

Com relação ao valor da multa, deve ser reduzido para R\$ 500,00 (quinhentos reais), por vaga limitada ao importe de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), em razão dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

#### CONCLUSÃO

Com esses fundamentos, EM REMESSA NECESSÁRIA, CONHECIDA DE OFÍCIO, REFORMO PARCIALMENTE A SENTENÇA, para determinar o prazo de 15 (quinze) dias para o cumprimento da obrigação, a partir do retorno às atividades presenciais das creches e escolas municipais, e para reduzir o valor fixado pelo juízo de primeiro grau, multa de R\$ 500,00 (quinhentos reais) por vaga, limitada ao importe de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais). PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO

Custas pelo apelante, isento na forma da lei.

Majoro a verba honorária para 12% sobre o valor da causa.

É como voto.

DES. CORRÊA JUNIOR - De acordo com o(a) Relator(a).

DESA. YEDA ATHIAS - De acordo com o(a) Relator(a).



# Tribunal de Justiça de Minas Gerais

SÚMULA: "EM REMESSA NECESSÁRIA, CONHECIDA DE OFÍCIO, REFORMARAM PARCIALMENTE A SENTENÇA. PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO."