

Conceição do Castelo, ES, 22 de fevereiro de 2022.

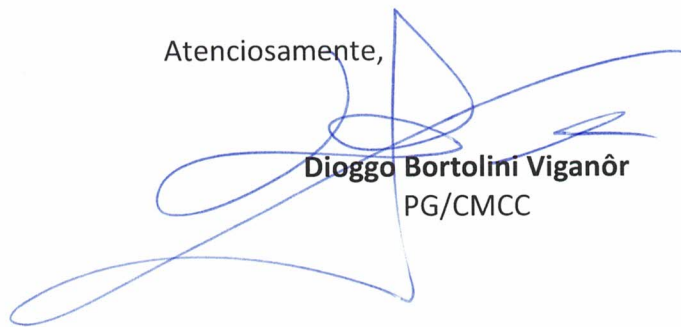
Memorando nº 003/2022 – PG/CMCC

À: Exmo. Sr. Presidente da Câmara Municipal
de Conceição do Castelo – ES.

Senhor Presidente:

Vimos à presença de Vossa Excelência apresentar Parecer Jurídico em anexo, referente ao Projeto de Lei nº 002/2022, de Autoria do Vereador, Wesley Satlher da Costa, que dispõe sobre vaga de creche.

Atenciosamente,


Dioggo Bortolini Viganôr
PG/CMCC

RECEDEMOS
Em 22/02/22




PARECER JURÍDICO nº 003/2022

Trata-se de Parecer Jurídico sobre Projeto de Lei nº 002/2022, que dispõe sobre a vaga em creche para crianças cujo a mãe foi vítima de violência doméstica de natureza física, moral ou psicológica.

Inicialmente, há que se observar que a Constituição Federal, em seu art. 205, determina ser a educação dever de todos. Dentro deste contexto, a Lei Maior explicita o dever estatal com a educação da seguinte forma: "Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria; II - progressiva universalização do ensino médio gratuito; III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino; IV - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade; V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um; VI - oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando; VII - atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde". Uma vez que o legislador constituinte assentou em que consiste o dever com educação, cuidou ele de repartir tais competências entre os entes da federação, incumbindo aos municípios atuarem, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (art. 211, § 2º, da Constituição Federal).

E no art. 212 fica estabelecida a percentagem de suas receitas que os municípios ficam obrigados a aplicar na manutenção e desenvolvimento do ensino. Assim sendo, o Município tem o dever constitucional de oferecer ensino fundamental a todas as crianças, bem como aos que a ele não tiveram acesso na idade própria (art. 208, c/c §§ 2º e 3º do art. 211, todos da Constituição Federal), aplicando um mínimo de seus recursos (art. 212, da Constituição Federal), ampliando seu sistema de ensino à educação infantil e às demais formas ou níveis de educação, devendo essa obrigação ser exercitada em instalações e com pessoal próprio.

Dentro do contexto apresentado, a Lei nº 9.394/1996 estabelece ser dever do Poder Público assegurar às crianças a partir de 4 anos de idade vaga na escola pública de educação infantil ou de ensino fundamental: "Art. 4º. O dever do Estado com educação escolar pública será efetivado mediante a garantia de: (...) X - vaga na escola pública de educação infantil ou de ensino fundamental mais próxima de sua residência a toda criança a partir do dia em que completar 4 (quatro) anos de idade." "Art. 34. A jornada escolar no ensino fundamental incluirá pelo menos quatro horas de trabalho efetivo em sala de aula, sendo progressivamente ampliado o período de permanência na escola. (...) § 2º O ensino fundamental será ministrado progressivamente em tempo integral, a critério dos sistemas de ensino." No mesmo toar, o art. 53, V do Estatuto da Criança e Adolescente - ECA (Lei nº 8.069/90): "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." Tecidas estas considerações, temos que o projeto de lei objeto da presente análise pretende priorizar a matrícula em instituições públicas de educação infantil do município à criança que cumprir um dos seguintes requisitos (art.1º, PL): I. Ser filho(a) de mãe adolescente com idade até 18 (dezoito) anos incompletos que estejam matriculadas em instituições de ensino regular, devidamente comprovado; II. Se o(s) guardião(ões) da criança esteja(m) trabalhando formal ou



informalmente, desde que comprovado; III. Se o(s) guardião(ões) da criança e/ou esta seja(m) pessoa(s) deficiente(s), residente(s) no Município.

Não obstante, uma vez assentado que toda criança, inclusive as que se encaixam nos requisitos do PL sob exame, possuem direito de que lhes sejam assegurada vaga na creche ou escola pública próximo de sua residência, forçoso é concluir que o projeto de lei referido fere o princípio da necessidade e não merece prosperar.

A propósito, confira-se a seguinte lição de Gilmar Ferreira Mendes (Teoria da Legislação e Controle de Constitucionalidade: Algumas Notas. Revista Jurídica Virtual da Presidência da República. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_01/Teoria.htm): "Embora a competência para editar normas, no tocante à matéria, quase não conheça limites (universalidade da atividade legislativa), a atividade legislativa é, e deve continuar sendo, uma atividade subsidiária. Significa dizer que o exercício da atividade legislativa está submetido ao princípio da necessidade, isto é, que a promulgação de leis supérfluas ou iterativas configura abuso do poder de legislar."

Ademais, ainda que a propositura não violasse o postulado da necessidade, há de se registrar que o Poder Executivo não necessita de autorização do Legislativo para a prática de atos de gestão que se encartam na reserva de administração.

Portanto, mostra-se absolutamente louvável a preocupação do parlamentar com a efetivação dos direitos e garantias das crianças, no entanto, a atuação municipal nessa área deve obedecer ao princípio da separação dos poderes e às regras de iniciativa.

Neste ponto, como salientado em precedentes deste Instituto, ao Prefeito compete a direção e a organização superior da Administração Pública, não cabendo ao Legislativo traçar política educacional de governo.

A matéria deve ser tratada no âmbito de uma política pública de educação e sequer necessita de lei para ser implementada.

Com efeito, como reiteradamente esclarecido, ações que concretizam atos inerentes à gestão administrativa, envolvendo etapas como direção, organização e execução de atos de governo, bem como as que criam atribuições para órgãos do Poder Executivo, não podem ser objeto de propositura deflagrada pelo Poder legislativo o que, em última análise viola o princípio da separação das funções do Poder.

Com espeque nas considerações até aqui exaradas, há de se concluir que todas as crianças possuem direito à vaga em creche e escola pública nas proximidades de suas residências, pois o direito à educação deve ser efetivo.

Corroborando a presente ilação, transcrevemos trecho do seguinte julgado do STF: "E M E N T A: CRIANÇA DE ATÉ CINCO ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - SENTENÇA QUE OBRIGA O MUNICÍPIO DE SÃO PAULO A MATRICULAR CRIANÇAS EM UNIDADES DE ENSINO INFANTIL PRÓXIMAS DE SUA RESIDÊNCIA OU DO ENDEREÇO DE TRABALHO DE SEUS RESPONSÁVEIS LEGAIS, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA POR CRIANÇA NÃO ATENDIDA - LEGITIMIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DAS "ASTREINTES" CONTRA O PODER PÚBLICO - DOUTRINA - JURISPRUDÊNCIA - OBRIGAÇÃO ESTATAL DE RESPEITAR OS DIREITOS DAS CRIANÇAS - 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

Av. José Grilo, nº 152, Centro. Conceição do Castelo, ES. CEP 29.370-000. Tel: (28) 3547-1310 – Fax: (28) 3547-1201. E-mail: plccastelo@cmcc.es.gov.br / Site: www.cmcc.es.gov.br.



Autenticar documento em <https://cmcc.splonline.com.br/autenticidade> com o identificador 310033003600360032003A00540052004100, Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001, que institui a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil.

EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM CASO DE OMISSÃO ESTATAL NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO - INOCORRÊNCIA DE TRANSGRESSÃO AO POSTULADO DA SEPARAÇÃO DE PODERES - PROTEÇÃO JUDICIAL DE DIREITOS SOCIAIS, ESCASSEZ DE RECURSOS E A QUESTÃO DAS "ESCOLHAS TRÁGICAS" - RESERVA DO POSSÍVEL, MÍNIMO EXISTENCIAL, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL - PRETENDIDA EXONERAÇÃO DO ENCARGO CONSTITUCIONAL POR EFEITO DE SUPERVENIÊNCIA DE NOVA REALIDADE FÁTICA - QUESTÃO QUE SEQUER FOI SUSCITADA NAS RAZÕES DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO -PRINCÍPIO "JURA NOVIT CURIA" - INVOCAÇÃO EM SEDE DE APELO EXTREMO - IMPOSSIBILIDADE - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. POLÍTICAS PÚBLICAS, OMISSÃO ESTATAL INJUSTIFICÁVEL E INTERVENÇÃO CONCRETIZADORA DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE EDUCAÇÃO INFANTIL: POSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL. - 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 até 5 (cinco) 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 impositivo, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. DESCUMPRIMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DEFINIDAS EM SEDE CONSTITUCIONAL: HIPÓTESE LEGITIMADORA DE INTERVENÇÃO JURISDICIONAL. - O Poder Público - quando se abstém de cumprir, total ou parcialmente, o dever de implementar políticas públicas definidas no próprio texto constitucional - transgredir, com esse comportamento negativo, a própria integridade da Lei Fundamental, estimulando, no âmbito do Estado, o preocupante fenômeno da erosão da consciência constitucional. Precedentes: ADI 1.484/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.. - A inércia estatal em adimplir as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição e configura, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado. É que nada se revela mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem ajustados à conveniência e aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos. - A intervenção do Poder Judiciário, em tema de implementação de políticas governamentais previstas e determinadas no texto constitucional, notadamente na área da educação infantil (RTJ 199/1219-1220), objetiva



neutralizar os efeitos lesivos e perversos, que, provocados pela omissão estatal, nada mais traduzem senão inaceitável insulto a direitos básicos que a própria Constituição da República assegura à generalidade das pessoas. Precedentes. A CONTROVÉRSIA PERTINENTE À "RESERVA DO POSSÍVEL" E A INTANGIBILIDADE DO MÍNIMO EXISTENCIAL: A QUESTÃO DAS "ESCOLHAS TRÁGICAS". - A destinação de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassos, faz instaurar situações de conflito, quer com a execução de políticas públicas definidas no texto constitucional, quer, também, com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição da República, daí resultando contextos de antagonismo que impõem, ao Estado, o encargo de superá-los mediante opções por determinados valores, em detrimento de outros igualmente relevantes, compelindo, o Poder Público, em face dessa relação dilemática, causada pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, a proceder a verdadeiras "escolhas trágicas", em decisão governamental cujo parâmetro, fundado na dignidade da pessoa humana, deverá ter em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial, em ordem a conferir real efetividade às normas programáticas positivadas na própria Lei Fundamental. Magistério da doutrina. - A cláusula da reserva do possível - que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição - encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. Doutrina. Precedentes. - A noção de "mínimo existencial", que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948 (Artigo XXV). A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTRAÇÃO E AO INADIMPLEMENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS. - O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. - A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstendo-se de frustrar - mediante supressão total ou parcial - os direitos sociais já concretizados. LEGITIMIDADE JURÍDICA DA IMPOSIÇÃO, AO PODER PÚBLICO, DAS "ASTREINTES". - Inexiste obstáculo jurídico processual à utilização, contra entidades de direito público, da multa cominatória prevista no § 5º do art. 461 do CPC. A "astreinte" - que se reveste de função coercitiva - tem por finalidade específica compelir, legitimamente, o devedor, mesmo que se cuide do Poder Público, a cumprir o preceito, tal como definido no ato sentencial. Doutrina. Jurisprudência."(ARE 639337 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-177 DIVULG 14-09-2011 PUBLIC 15-09-2011 EMENT VOL-02587-01 PP-00125).

Uma vez assentado que toda criança, inclusive aquelas crianças previstas no Projeto de Lei em análise, possuem direito de que lhes sejam assegurada vaga na creche, forçoso é concluir que o projeto de lei referido fere o princípio da necessidade e não merece prosperar.

Av. José Grilo, nº 152, Centro. Conceição do Castelo, ES. CEP 29.370-000. Tel: (28) 3547-1310 – Fax: (28) 3547-1201. E-mail: plccastelo@cmcc.es.gov.br / Site: www.cmcc.es.gov.br.



Autenticar documento em <https://cmcc.splonline.com.br/autenticidade>
com o identificador 310033003600360032003A00540052004100, Documento assinado digitalmente
conforme MP nº 2.200-2/2001, que institui a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-
Brasil.

A propósito, confira-se a seguinte lição de MENDES, Gilmar Ferreira. Teoria da Legislação e Controle de Constitucionalidade: Algumas Notas. Revista Jurídica Virtual da Presidência da República. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_01/Teoria.htm: "Embora a competência para editar normas, no tocante à matéria, quase não conheça limites (universalidade da atividade legislativa), a atividade legislativa é, e deve continuar sendo, uma atividade subsidiária. Significa dizer que o exercício da atividade legislativa está submetido ao princípio da necessidade, isto é, que a promulgação de leis supérfluas ou iterativas configura abuso do poder de legislar."

Não obstante, caso o Legislativo municipal venha a observar que o referido direito constitucional das crianças não está sendo observado no âmbito da municipalidade não só pode como deve utilizar o seu poder de fiscalização, podendo solicitar informações e perquirir junto ao Executivo quais as medidas serão tomadas para restauração do direito em tela.

Por derradeiro, em que pese a propositura em tela não guarde viabilidade jurídica, nada impede que o Poder Legislativo venha a se utilizar do seu poder-dever de fiscalizar para perquirir junto ao executivo se as crianças da rede municipal de ensino têm o seu direito de estudar.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, concluímos objetivamente a presente consulta no sentido da inviabilidade jurídica do Projeto de Lei apresentado, na forma das razões exaradas acima, motivo pelo qual não reúne condições para validamente prosperar.

Conceição do Castelo, ES, 22 de fevereiro de 2021.

DIOGGO BORTOLINI VIGANOR
PG/CMCC

