

- A possibilidade jurídica do pedido consiste na existência, em abstrato, dentro da ordem jurídica, de tutela jurisdicional para a pretensão deduzida.

- É juridicamente possível a impetração, pelo Ministério Público, de mandado de segurança com o objetivo de obrigar a direção de creche municipal a matricular menor.

- O direito à educação é garantia constitucional da criança e do adolescente, sendo dever do Estado disponibilizar creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade.

- A insuficiência de vagas para atendimento da demanda relativamente a creches municipais, em princípio, fere lesão a direito líquido e certo à educação. Todavia, comprovado nos autos o empenho do Município em aumentar o número de vagas, resta afastada a desídia da Administração Pública e, conseqüentemente, a lesão alegada.

Apelação cível conhecida e provida para cassar a sentença e, no mérito, denegar a segurança.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0702.07.365694-5/001 - Comarca de Uberlândia - Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Apelado: Município de Uberlândia - Autoridade coatora: Secretário Municipal de Educação de Uberlândia - Relator: DES. CAETANO LEVI LOPES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO PARA CASSAR A SENTENÇA E DENEGAR A SEGURANÇA.

Belo Horizonte, 18 de março de 2008. - *Caetano Levi Lopes* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. CAETANO LEVI LOPES - Conheço do recurso, pois que presentes os requisitos de sua admissibilidade.

O apelante, na condição de substituto processual, aforou esta ação de mandado de segurança contra o apelado. Afirmou que, no dia 07.03.2007, foi informado pela genitora da menor Maêva Pereira Cortes, nascida em 15.12.2005, da inexistência de vaga para a sua filha na Creche Maria Pacheco Resende, no Município de Uberlândia. Afirmou que os pais da menor não têm condições financeiras para custear escola particular da

**Mandado de segurança - Educação -
Direito individual e indisponível da criança -
Garantia constitucional - Ministério Público -
Legitimidade ativa - Pedido -
Possibilidade jurídica - Creche - Vagas limitadas -
Matrícula negada - Município - Desídia -
Ausência de prova - Direito líquido e certo -
Lesão - Inexistência - Estatuto da
Criança e do Adolescente**

Ementa: Apelação cível. Ação de mandado de segurança. Educação. Direito individual indisponível da criança. Legitimidade ativa do representante do Ministério Público. Possibilidade jurídica do pedido. Existência. Indeferimento da petição inicial afastado. Creche. Vagas limitadas. Matrícula negada. Ausência de prova da desídia do Município. Inexistência de lesão ao direito líquido e certo. Recurso provido.

- O Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, Lei nº 8.069, de 1990, contemplou a viabilidade de ações públicas e privadas de responsabilidade por ofensa a direitos individuais ou coletivos da criança e do adolescente (art. 208 c/c o parágrafo único), legitimando, dentre outros, o Ministério Público (art. 210, I).

filha e que a Defensoria Pública daquele Município está em greve. Acrescentou que foi informado pelos pais que a menor se encontra devidamente inscrita na lista de espera de chamada para matrícula da referida escola, que foram cumpridas todas as exigências legais e que as autoridades municipais não estão obedecendo à ordem de chamada da inscrição. Entende que tal circunstância é lesiva ao direito constitucional da menor de ingressar na escola pública municipal e iniciar seus estudos. O impetrado, além de matéria processual, confirmou a negativa, alegando insuficiência de verbas e falta de estrutura para o oferecimento dos serviços de educação infantil. Pela r. sentença de f. 89/91, a petição inicial foi indeferida por ilegitimidade ativa *ad causam* e impossibilidade jurídica do pedido.

Cumpra verificar se as referidas condições de ação estariam presentes.

Sabe-se que a legitimação do Ministério Público sempre constitui matéria controvertida na doutrina e jurisprudência pátrias. É que a Constituição da República, de 1988, em seu art. 129, tornou mais amplas as funções institucionais do *Parquet*, e as normas infraconstitucionais passaram a prever novas hipóteses de cabimento, daí por que aumentaram as indagações, questionamentos e interpretações.

O art. 127 da Constituição da República, de 1988, dispõe que ao Ministério Público incumbe, dentre outros, a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Por outro lado, sabe-se que as ações por ofensa aos direitos assegurados à criança e ao adolescente, referentes ao não-oferecimento ou oferta irregular de ensino obrigatório, regem-se pela Lei nº 8.069, de 1990, a teor do disposto em seu art. 208. Eis o comentário na obra coletiva coordenada por Munir Cury, *Estatuto da criança e do adolescente comentado*:

Pelo novo Estatuto, regem-se pelas disposições da Lei 8.069/90 as ações de responsabilidade por ofensa aos direitos assegurados à criança e ao adolescente, referentes ao não-oferecimento ou oferta irregular: do ensino obrigatório; de atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência; de atendimento em creche e pré-escola; de ensino noturno; de programas suplementares de oferta material didático-escolar, transporte e assistência à saúde; de serviço de assistência social; de acesso às ações e serviços de saúde; de escolarização e profissionalização dos adolescentes privados de liberdade (cf. art. 208) (6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 670).

E esta mesma norma infraconstitucional, através de seu art. 201, IX, confere legitimidade ativa ao Ministério Público para a impetração do *mandamus*:

Art. 201. Compete ao Ministério Público: [...] IX - impetrar mandado de segurança, de injunção e *habeas corpus*, em qualquer juízo, instância ou tribunal, na defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis afetos à criança e ao adolescente.

Existem julgados do eg. Superior Tribunal de Justiça entendendo existir legitimidade ativa extraordinária do Ministério Público para impetrar mandado de segurança em caso de defesa de direitos indisponíveis do menor, dentre eles, a educação:

Mandado de segurança. Estabelecimento de ensino. Recusa no fornecimento de histórico escolar de aluno. Interesse individual indisponível. Legitimidade para a impetração do Ministério Público. Arts. 127 e 227 da CF, 53, *caput*, e 201, inc. IX, da Lei nº 8.069, de 13.07.1990. Está o Ministério Público legitimado a impetrar mandado de segurança sempre que periclitem os direitos indisponíveis de menores, entre os quais se inclui o direito à educação, indispensável ao pleno desenvolvimento da criança e do adolescente. Recurso especial conhecido e provido (Ac. no REsp nº 51.408/RS, Quarta Turma, Rel. Ministro Barros Monteiro, j. em 26.08.2006, DJ de 18.11.1996, p. 44.898, in www.stj.gov.br).

Administrativo. Constitucional. Mandado de segurança. *Legitimatío ad causam* do *Parquet*. Art. 127 da CF/88. Arts. 7º, 200 e 201 da Lei nº 8.069, de 1990. Direito à creche extensivo aos menores de zero a seis anos. Norma constitucional reproduzida no art. 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Norma definidora de direitos não programática. Exigibilidade em juízo. Interesse transindividual atinente às crianças situadas nessa faixa etária. Cabimento e procedência (Ac. no REsp nº 736.524/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 21.03.2006, DJU de 03.04.2006, p. 256, in www.stj.gov.br).

Administrativo. Ensino infantil. Creche para menores. Mandado de segurança. Legitimidade do Ministério Público.

1. Tem o Ministério Público legitimidade para, via mandamental, requerer o cumprimento de políticas sociais.

2. Hipótese em que a pretensão não pode ser seguida pela específica determinação.

Recurso improvido (Ac. no REsp nº 503028/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, j. em 20.04.2004, DJU de 16.08.2004, p. 210, in www.stj.gov.br).

O apelante impetrou mandado de segurança cujo objetivo era obrigar a direção da Creche Maria Pacheco Resende a matricular a menor Maêva Pereira Cortes. E a educação, como já mencionado alhures, é direito indisponível. Logo, o Ministério Público tem, sim, legitimidade para impetrar o presente *mandamus*.

Quanto à possibilidade jurídica do pedido, refere-se ela à existência, *in abstracto*, de tutela jurisdicional para a pretensão da parte ativa. Nesse sentido, eis a lição de Humberto Theodoro Júnior:

Pela possibilidade jurídica, indica-se a exigência de que deve existir, abstratamente, dentro do ordenamento jurídico, um tipo de providência como a que se pede através da ação. Esse requisito, de tal sorte, consiste na prévia verificação que incumbe ao juiz fazer sobre a viabilidade jurídica da pretensão deduzida pela parte em face do direito positivo em vigor. O exame realiza-se, assim, abstrata e idealmente, diante do ordenamento jurídico (*Curso*

de direito processual civil. 38. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. 1, p. 50).

No mesmo sentido, eis o entendimento do eg. Superior Tribunal de Justiça, no seguinte aresto:

Rescisória. Decisão atacada que decretou a carência de ação. Hipótese em que se afirmou que o autor não fazia jus ao pretendido. Matéria de mérito e não atinente às condições da ação (impossibilidade jurídica do pedido). Sentença, portanto, rescindível. Recurso especial procedente. Processamento e julgamento determinados. Inteligência do art. 485 do CPC. Declarações de votos vencedores e vencido. Ementa oficial: Processo civil. Apreciação do mérito. Inocorrência da afirmada carência. Recurso provido para ensejar o processamento da rescisória.

1. Por possibilidade jurídica do pedido entende-se a admissibilidade da pretensão perante o ordenamento jurídico, ou seja, previsão ou ausência de vedação, no Direito vigente, do que se postula na causa.

2. A circunstância de o julgado ter proclamado a carência de ação é irrelevante para o cabimento da rescisória (CPC, art. 485) se na realidade houve pronunciamento de mérito (Ac. no REsp nº 1.678, GO, Quarta Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo; j. em 13.02.1990, in RT 652/183).

Ora, estabelecida a legitimidade ativa do recorrente para a impetração e tendo a pretensão amparo legal, força é concluir, também, que a possibilidade jurídica para o pedido se encontra presente independentemente de vir a ser concedida ou não a segurança.

Assim, presentes as condições da ação, não pode subsistir a sentença que indeferiu a petição inicial e decretou a extinção do processo sem resolução do mérito.

Com fundamento no art. 515, § 3º, do CPC, passo a julgar o mérito.

O recorrente, com a petição inicial, acostou vários documentos. Destaco o termo de requerimento de f. 11/12, consignando a precariedade financeira dos pais da menor e sua classificação na lista de espera para matrícula, bem como o de f. 13/14, requisição de matrícula em creche expedida pelo Conselho Tutelar do Município de Uberlândia dirigida ao Secretário Municipal de Educação do mesmo município e respectiva resposta negando a existência de vagas. Igual destaque merece, ainda, o documento de f. 20, Ofício nº 395/2007 - SME/IE, expedido pela Secretaria de Educação e dirigido ao Ministério Público, informando a impossibilidade de efetivação da matrícula da menor por falta de vagas, a necessidade de a família se inscrever em lista de espera, a existência de centenas de outras crianças na mesma situação e o empenho da administração no sentido de minimizar o problema.

O recorrido, com as informações, trouxe aos autos os documentos de f. 43/87. Destaco o relatório de vagas, inscrições e demanda reprimida para 2007, de f. 46, bem como o relatório de obras do exercício de 2007, para a educação infantil, f. 47/51. Estes os fatos.

Em relação ao direito, conforme é de geral ciência, são pressupostos específicos do mandado de segurança, além dos processuais e das condições da ação, a existência de direito líquido e certo lesado ou ameaçado de lesão, sem os quais o interesse de agir não se configuraria.

O direito, quando existente, é sempre líquido e certo, os fatos é que podem ser imprecisos e incertos, motivo pelo qual exigem comprovação de plano. Sobre o tema esclarece Celso Agrícola Barbi: "Líquido está no texto como reforço de expressão, mais na acepção vulgar de escoimado de dúvidas, o que equivale a 'certo', do que no sentido correlato da obrigação correspondente" (*Do mandado de segurança*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 53).

Suprimindo, assim, mais um elemento da discussão, resta sozinha a expressão "direito certo" para ser definida. E, a nosso ver, ninguém lhe deu melhor demonstração do que Costa Manso, no trecho citado no nº 72. Daí a conclusão que, desde que sejam incontestáveis os fatos, resolverá o juiz a questão de direito, por mais intrincada que se apresente. E, se concluir que a regra jurídica, incidindo sobre aqueles fatos, configura um direito da parte, haverá "direito líquido e certo".

Como se vê, o conceito de direito líquido e certo é tipicamente processual, pois atende ao modo de ser de um direito subjetivo no processo: a circunstância de um determinado direito subjetivo realmente existir não lhe dá a caracterização de liquidez e certeza; esta só lhe é atribuída se os fatos em que se fundar puderem ser provados de forma incontestável, certa, no processo. E isso normalmente só se dá quando a prova for documental, pois esta é adequada a uma demonstração imediata e segura dos fatos.

Assim, a prova assume excepcional relevo, uma vez que a definição de direito líquido e certo repousa na indiscutibilidade dos fatos e, conseqüentemente, na questão probatória.

Aqui, a prova documental é suficiente para convencer acerca do pedido de matrícula e da negativa de vaga.

Resta, então, verificar a extensão da obrigação do apelado com a educação infantil.

Dispõe o art. 208 da Constituição da República de 1988:

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: [...]

IV - atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade;

Repetindo a garantia constitucional transcrita, a Lei nº 8.069, de 1990, Estatuto da Criança e do Adolescente, no art. 54, IV, garantiu também o direito da criança à educação com o acesso à creche e ao pré-escolar para os menores entre zero e seis anos de idade:

Art. 54. É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente: [...]

IV - atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade;

De igual forma o art. 4º, IV, da Lei nº 9.394, de 1996, Diretrizes e Bases da Educação:

Art. 4º. O dever do Estado com educação escolar pública será efetivado mediante a garantia de: [...]
IV - atendimento gratuito em creches e pré-escolas às crianças de zero a seis anos de idade;

Logo, estabelecido nas normas legais o direito da criança à frequência em creche, incumbe ao Estado, através da sua rede própria, cumprir este dever.

Ressalvo, por oportuno, que consagrado o direito pelas normas constitucionais e infraconstitucionais, impõe-se ao Poder Judiciário torná-lo realidade, ainda que isso implique obrigação de fazer com repercussão na esfera orçamentária, sem que isso represente ofensa ao princípio da harmonia dos poderes.

Todavia, entendo ser necessário maior cuidado para impor ao Poder Público a obrigação de fazer que implique criação de despesa. E isso porque é preciso entender que os recursos municipais são insuficientes para atender a todos os deveres e demandas do município. Além disso, não se pode perder de vista que aos ordenadores de gastos públicos é imposto o dever de atender ao disposto na Lei de Responsabilidade Fiscal, por isso a necessária moderação.

Ora, não resta dúvida quanto à obrigação do apelado e o direito da menor ao acesso à creche. Entretanto, tal obrigação, por si só, é insuficiente para caracterizar a lesão ao direito líquido e certo da criança. É necessária a prova de que a referida obrigação está sendo descumprida por desídia ou negligência do apelado. E essa prova não veio.

O recorrente também não trouxe aos autos a prova de que a ordem de espera na lista de matrícula foi descumprida ou inobservada pelas autoridades administrativas, hipótese que poderia levar à presunção de lesão ao direito da menor. Tampouco foi demonstrada a existência de condições financeiras do Município para realizar a obrigação, ônus do apelante. Ao contrário. Observo que o apelado trouxe aos autos o documento de f. 46, relatório de vagas, inscrições e demanda reprimida para 2007, demonstrando o excesso de inscrições em relação ao número de vagas oferecidas pelo Município. E o relatório de acompanhamento de obras, f. 47/51, comprova a existência de obras de expansão das creches e a construção de outras novas. Logo, não restou demonstrada a lesão do direito líquido e certo da menor capaz de gerar a concessão da segurança pleiteada.

Com esses fundamentos, dou provimento ao recurso para cassar a sentença e, prosseguindo no exame do mérito, julgo improcedente a pretensão inicial e denego a segurança.

Sem custas.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores RONEY OLIVEIRA e BRANDÃO TEIXEIRA.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARA CASSAR A SENTENÇA E DENEGAR A SEGURANÇA.

• • •