

Consulta Processual/TJES**Não vale como certidão.**

Processo : **0002921-02.2016.8.08.0024** Petição Inicial : **201600114152**
Ação : **Ação Civil Pública** Natureza : **Fazenda Estadual**
Vara: **VITÓRIA - 3ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL, MUNICIPAL, REGISTROS PÚBLICOS, MEIO AMBIENTE E SAÚDE**

Situação : **Tramitando**
Data de Ajuizamento: **01/02/2016**

DistribuiçãoData : **01/02/2016 12:56**Motivo : **Distribuição por sorteio****Partes do Processo****Requerente**

MINISTERIO PUBLICO DO ESTADO DO ESPIRITO SANTO
999998/ES - INEXISTENTE

Requerido

ESTADO DO ESPIRITO SANTO

Juiz: ANDRE GUSTI MOTTA**Decisão**

ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
VITÓRIA - 3ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL, MUNICIPAL, REGISTROS PÚBLICOS, MEIO AMBIENTE E SAÚDE

DECISÃO/MANDADO**AÇÃO :** Ação Civil Pública**Processo nº:** 0002921-02.2016.8.08.0024**Requerente:** MINISTERIO PUBLICO DO ESTADO DO ESPIRITO SANTO**Requerido:** ESTADO DO ESPIRITO SANTO

Cuidam os presentes autos de AÇÃO CIVIL PÚBLICA ajuizada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL em face do ESTADO DO ESPÍRITO SANTO.

Na exordial de fls. 02/62, o requerente, em resumo, sustenta: a) que o Estado ora requerido, por meio de sua Secretaria de Educação, adotou o encerramento das atividades de diversas Escolas Estaduais; b) que tal conduta trouxe severos prejuízos à comunidade atendida pelas

comentadas unidades de ensino; c) que a conduta adotada pelo requerido foi efetivada à revelia da comunidade interessada na manutenção das atividades de educação; d) que o encerramento das atividades se deu em desconformidade ao estabelecido nas normas de regência, notadamente na Resolução nº 3777/2014 do Conselho Estadual de Educação; e) que a conduta perpetrada pelo requerido também afronta as normas e diretrizes estabelecidas na Constituição Federal.

Em sede de antecipação da tutela, requer que o Estado do Espírito Santo: 1) realize a reabertura das pré-matrículas e matrículas no sítio eletrônico da SEDU – Sistema de Gestão Escolar pelo período de 07 (sete) dias úteis, devendo constar o nome de todas as Escolas que foram retiradas e todos os níveis de ensino ofertados; 2) disponibilize em favor das unidades de ensino tratadas nestes autos todo o corpo técnico necessário para seu pleno funcionamento, bem como os materiais imprescindíveis para tanto; 3) realize a contratação, em caráter temporário, de professores para o preenchimento das disciplinas estabelecidas na grade curricular dos ensinos ministrados pelas escolas estaduais delineadas na exordial.

Com a inicial vieram os documentos dispostos em 03 (três) volumes em apenso, notadamente o Inquérito Civil MPES nº 2015.0034.7269-57.

Através de despacho, este magistrado designou audiência para tentativa de uma composição, para o dia 05 de fevereiro de 2016, às 14:00h, determinando a intimação do Estado do Espírito Santo e da Promotora de Justiça, signatária da petição inicial, inclusive através de oficial de justiça de plantão. Ressalto que a ação foi protocolada na segunda-feira, dia 01 de fevereiro de 2016.

Em 04 de fevereiro de 2016 (fls. 73), frustrando a tentativa deste magistrado de obter uma solução mais democrática da lide, com a oitiva do Estado do Espírito Santo e com a possibilidade deste contribuir com a decisão judicial a ser tomada, veio aos autos petição, da Procuradoria do Estado, pugnando pelo cancelamento da audiência anteriormente designada, sob o argumento de que sua intimação no prazo de 48h anteriores à audiência seria insuficiente, segundo aduz, para “providenciar qualquer documentação ou elementos para levar na audiência de conciliação, o que esvazia, por conseguinte, a própria finalidade do ato”.

Assim, atendendo ao pedido do Estado, embora a audiência conciliatória, absolutamente de urgência, foi marcada com o único intuito de preservar o próprio Estado do Espírito Santo (considerando que a petição inicial do Ministério Público foi protocolada no dia 01/02/2016), suspendo a realização do ato judicial.

É o relatório.

Decido, apenas com os documentos juntados pelo Ministério Público.

Antes de me manifestar sobre o pedido liminar, de extrema urgência, cabe a este magistrados tecer algumas considerações acerca da possível incompetência da vara da fazenda pública estadual para apreciar a matéria trazida pela ilustre representante do

parquet na ação civil pública. Isto porque, prima facie, considerando que é possível a violação de dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente, em especial do artigo 98, poder-se-ia haver invasão da competência materuak da vara da Infância e Juventude.

A este respeito, nossa jurisprudência mais abalizada ainda não é unânime:

PROCESSO CIVIL - ADMINISTRATIVO - MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO DE DIRETOR DE ESCOLA PÚBLICA DE ENSINO FUNDAMENTAL - COMPETÊNCIA - VARA DE FAZENDA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL. 1.A COMPETÊNCIA PARA PROCESSAR E JULGAR MANDADO DE SEGURANÇA É FIXADA EM RAZÃO DA AUTORIDADE COATORA E NÃO A MATÉRIA DISCUTIDA NO PROCESSO. 2.COMPETE A VARA DE FAZENDA PÚBLICA PROCESSAR E JULGAR MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO CONTRA ATO PRATICADO POR AGENTE DA ADMINISTRAÇÃO INDIRETA DO DISTRITO FEDERAL, NO CASO, DIRETOR DE ESCOLA PÚBLICA DO ENSINO FUNDAMENTAL. (LEI DE ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA 26 III). 3. DEU-SE PROVIMENTO AO APELO DO DISTRITO FEDERAL DECLARAR A INCOMPETÊNCIA DA VARA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE PARA PROCESSAR E JULGAR O MANDADO DE SEGURANÇA, DECLARAR NULOS OS ATOS PRATICADOS E DETERMINAR A REMESSA DOS AUTOS PARA UMA DAS VARAS DE FAZENDA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL. (TJ-DF - Apelacao Civel : APC 20110130039294 DF 0003922-58.2011.8.07.0013).

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. VARA DE FAZENDA PÚBLICA E VARA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA FUNDADA EM INTERESSES INDIVIDUAIS DIFUSOS OU COLETIVOS. OBRIGAÇÃO DE FAZER. SITUAÇÃO DE RISCO CONFIGURADA. 1. Segundo entendimento pacificado por esta egrégia Corte, a atração da competência da Vara da Infância e da Juventude só se torna possível quando restarem configuradas quaisquer das hipóteses de ameaça ou violação aos direitos da criança e do adolescente previstas no art. 98, do ECA. 2. Emerge do art. 30, inciso IV, da Lei de Organização Judiciária local, que é da competência do Juiz da Vara da Infância e da Juventude conhecer das ações civis fundadas em interesses individuais difusos ou coletivos afetos à criança e ao adolescente, cabendo destacar que a competência dessa Vara Especializada a que se refere o referido artigo, pressupõe a ocorrência do risco delineado no art. 98, do ECA. 3. Declarado competente o Juízo suscitado, da Vara da Infância e da Juventude do Distrito Federal. Conflito de competência 20140020109183 CCP.

Todavia, mesmo havendo dúvida acerca da competência desta vara da fazenda estadual, para processar e julgar a demanda, mas havendo pedido de tutela antecipada e considerando a natureza do direito envolvido (direito à Educação), e a urgência da sua análise (tendo em vista que o ano letivo se iniciará depois do carnaval) entendo ser necessária a sua apreciação.

A possibilidade de apreciação de medida urgente, mesmo por Juiz incompetente, é embasada em entendimentos do C. STJ e do E. TJES, conforme se vê nos seguintes trechos

de julgados:

“(…) 2. O art. 113, § 2º, do CPC, não tem carga normativa suficiente para infirmar as razões alinhavadas pelo aresto recorrido, que reconheceu a incompetência absoluta do juízo, mas manteve o deferimento de liminar em face da urgência até manifestação do juiz competente. Incidência da Súmula 284/STF. 3. O dispositivo não trata, e também não impossibilita o juiz, ainda que absolutamente incompetente, de deferir medidas de urgência. A norma em destaque, por força dos princípios da economia processual, da instrumentalidade das formas e do aproveitamento dos atos processuais, somente determina que, reconhecendo-se a incompetência do juízo, os atos decisórios serão nulos, devendo ser aproveitado todo e qualquer ato de conteúdo não decisório, evitando-se com isso a necessidade de repetição. Precedente: AgResp 1.022.375/PR, de minha relatoria, DJe 01º.07.11. (...)” (REsp 1273068/ES, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/09/2011, DJe 13/09/2011 – negrito nosso).

“(…) 5) Há sedimentado repertório jurisprudencial e respeitados entendimentos doutrinários na linha de que, quando se tratar de tutela de urgência, é possível que o magistrado incompetente conceda medida liminar e, em seguida, remeta os autos ao Juízo competente (CPC, art. 113, § 2º), a fim de salvaguardar o direito material subjacente. (...)” (TJES, Classe: Agravo de Instrumento, 50139000389, Relator : ELIANA JUNQUEIRA MUNHOS FERREIRA, Órgão julgador: QUARTA CÂMARA CÍVEL , Data de Julgamento: 24/02/2014, Data da Publicação no Diário: 13/03/2014).

Passo, portanto, a apreciar o pedido de antecipação de tutela formulado pelo EES, relegando para momento posterior a análise da competência dessa vara para continuar a processar o feito.

Dispõe o artigo 12 da Lei nº 7347/85 que, proposta a ação civil pública, poderá o juiz conceder mandado liminar, com ou sem justificção. De outra banda, não há desconsiderar que o artigo 19 da referida Lei remete à aplicação subsidiária do CPC, naquilo em que não contrarie seus dispositivos.

Aplicando-se, pois, subsidiariamente o artigo 273 do Código de Processo Civil, tem-se que a medida antecipatória poderá ser concedida quando houver prova inequívoca, convencimento da verossimilhança das alegações, fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação ou, ainda, quando ficar caracterizado abuso de direito de defesa ou de manifesto propósito protelatório do réu.

Cumpre destacar entendimento adotado por Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery, em sua obra, às fls. 546 “(...) o juiz tem o livre convencimento motivado (CPC 131): a) convencendo-se da presença dos requisitos legais, deve o juiz conceder a antecipação de tutela: b) caso as provas não o convençam dessa circunstância, deve negar a medida. O que o sistema não admite é o fato do juiz, convencendo-se de que é necessária a medida e do preenchimento dos pressupostos legais, ainda assim negue-a.”

Após análise perfunctória, típica dessa fase processual, entendo que o autor ministerial

possui direito a concessão da tutela antecipada, vez que se encontram presentes os requisitos necessários para tanto.

Ab initio, vale mencionar que a educação é um direito social, conforme preceitua o artigo 6º da Constituição Federal de 1988, sendo também reconhecido como um dos direitos humanos de 2º dimensão.

Ademais, o Capítulo III da Carta Magna, ao tratar da educação, da cultura e do desporto, assim é inaugurado:

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. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

- I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;
 - II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber;
 - III - pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino;
 - IV - gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais;
 - V - valorização dos profissionais da educação escolar, garantidos, na forma da lei, planos de carreira, com ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, aos das redes públicas;
 - VI - gestão democrática do ensino público, na forma da lei;
 - VII - garantia de padrão de qualidade.
 - VIII - piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública, nos termos de lei federal.
- (...)

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 didáticoescolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.

§ 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.

Art. 211. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão em regime de colaboração seus sistemas de ensino.

§ 3º Os Estados e o Distrito Federal atuarão prioritariamente no ensino fundamental e médio. (grifei)

Ainda aqui caberia mencionar outras tantas normas, federais e estaduais, acerca do tema ora enfrentado. Nesse sentido, artigos 53, 54 e 58 da Lei nº 8069/90 (ECA)¹; artigos 1º, 2º, 3º, 4º e 5º da Lei nº 9394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional)² e artigo 2º e meta n. 03 da Lei Estadual nº 10382/15 (Plano Estadual de Educação), dentre outras.

Assim, por se tratar de direito público subjetivo (artigo 208, § 1º da CF/88), os mestres Gilmar Ferreira Mandes e Paulo Gustavo Gonet Branco³ asseveram que “afigura-se inequívoco também o caráter de direito subjetivo conferido pelo constituinte a essas situações jurídicas, não havendo dúvida quanto à possibilidade de judicialização em caso de prestação de serviço deficiente ou incompleto.”

Continuam lecionando no seguinte sentido:

Consagra-se que o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo, que o não oferecimento de ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importará responsabilidade da autoridade competente e que cabe ao Poder Público recensear os educandos no ensino fundamental, fazendo-lhe a chamada e zelar, junto aos pais, ou responsáveis, pela frequência à escola. (grifei)

Desta maneira é que, em cognição superficial, típica da presente fase processual, tenho como irregulares as condutas perpetradas pelo Estado ora requerido, notadamente no encerramento das unidades de ensino discriminadas na exordial.

Em análise preambular dos documentos que acompanham a exordial, todos integrantes do Inquérito Civil MPES nº 2015.0034.7269-57, observo que o encerramento das atividades das escolas estaduais não respeitou o trâmite legal estipulado pela norma de regência, a saber, a Resolução nº 3777/2014 do Conselho Estadual de Educação, bem como colide frontalmente com as normas constitucionais e infraconstitucionais já colacionadas nesta decisão.

Às fls. 141 e seguintes do volume I em apenso, constam diversas informações acerca de práticas adotadas pelo Estado do Espírito Santo com o objetivo, ao que tudo indica, de forçar a redução de alunos em unidades educacionais sob sua responsabilidade, tais como a junção de turmas, superlotação em salas de aula, diminuição de vagas disponíveis em diversas escolas, falta de estrutura mínima para o regular funcionamento das unidades e suspensão de contratos com professores da rede pública estadual, dentre outras.

Em resposta aos diversos ofícios exarados pelo órgão Ministerial ora requerente, na qual indagava acerca da necessária observância da Resolução nº 3777/2014 para o fechamento das comentadas escolas estaduais, o requerido tão somente informou a ausência de servidor

responsável para responder pelo Conselho de Educação, conforme fls. 165 e 167 do apenso I. Ademais, noutra oportunidade (fls. 189), o Secretário Estadual, de forma genérica, informou a observância da comentada Resolução, não carreando documentos comprobatórios de suas alegações.

Como exemplo, a Ata do Conselho da EEEF Maria Ericina Santos, colacionada às fls. 245 do Inquérito Civil (apenso II) demonstra a surpresa, consternação e indignação do Conselho de Escola com a medida adotada pelo Estado do Espírito Santo. Senão vejamos:

Aos 13 dias do mês de Novembro de 2015, reuniu-se nesta Unidade de Ensino, o Conselho de Escola (...) para comunicar sobre o encerramento das atividades da Escola Maria Ericina para o ano de 2016. Todos consternados com a medida adotada pela SER/SEDU que comunicou através da Diretora Simone tal fato. A ação realmente se deu no dia 12/11/2015 através de um telefonema da SER-Carapina para não fazermos rematrículas dos alunos nesta escola e sim rematriculá-los no Major Alfredo Rabaioli. Discutimos as possibilidades de continuidade da escola que já tinham sido faladas anteriormente com a Superintendente tais como: Escola Viva de Ens Fundamental; Ensino Médio voltado para o ENEM; Cursos Técnicos e outros e nada era aceitável. Perguntas surgiram na reunião, tais quais: Quem decidiu? Como os alunos irão para o Major Rabaiolli com os problemas de bairros que não se cruzam (tráfego); Por qual motivo a escola vai fechar? O que será o prédio? Vai continuar a funcionar? E a Igreja Santa Clara que utiliza o espaço da escola para missas e reuniões? E a comunidade no entorno? Ficará órfã? Perguntas que a própria Diretora não soube responder. Parecia que já estava decidido e que pelo histórico da Instituição já era uma vontade da SEDU no governo passado. A justificativa da ação se deu pelo fato da escola contar com poucos alunos no turno vespertino e noturno. É fato informar também que não houve até o presente momento um comunicado oficial por parte da SEDU. Fato também que não houve até o presente momento um apoio da SEDU na comunicação (..) (grifei)

Como visto, o fechamento da Escola acima identificada se deu em completa revelia do corpo escolar, bem como da comunidade beneficiada pela instituição de ensino. Situação esta completamente descabida à luz das normas constitucionais aqui já colacionadas, bem como da Resolução nº 3777/2014 do Conselho Estadual de Educação, conforme segue:

Art. 40 O encerramento das atividades de ensino da instituição credenciada decorrerá por:

I – decisão voluntária da entidade mantenedora; ou

II – determinação da autoridade competente.

§ 1º O encerramento de atividades decorrente da decisão voluntária da mantenedora só poderá ser efetivado após o pronunciamento do CEE, por meio de resolução.

Art. 41 A comunicação sobre a decisão pelo encerramento voluntário deverá ser protocolada na SRE à qual a instituição está vinculada, no prazo mínimo de noventa dias anteriores à conclusão do período letivo em andamento, e será instruída com os seguintes documentos:

I - exposição de motivos dirigida ao Secretário Estadual de Educação;

II - parecer do conselho de escola, no caso de instituição pública;

III - indicação do destino dos estudantes, com a garantia de continuidade dos estudos;

- IV - declaração da regularidade da escrituração e dos arquivos escolares, no que se refere a atas dos resultados finais, diários de classe e livros de ponto.
- V - comprovante de entrega na SRE ou cópias de todas as atas de resultados finais;
- VI - ata da reunião com a comunidade escolar, em que se comunica a decisão, incluindo-se a repercussão da medida; e
- VII - providências quanto ao remanejamento de pessoal, em caso de instituição pública.

Não obstante a aparente afronta aos preceitos normativos, conforme ora sustentando, o encerramento das atividades das unidades de ensino pelo requerido gerou grande repercussão social, conforme observado pelos documentos de fls. 25/162 do anexo I, onde constam várias reportagens jornalísticas, abaixo-assinados formulados pela comunidade prejudicada pelo fechamento das escolas, dentre outros documentos que apontam para a total irresignação da população.

Os depoimentos prestados por professores, estudantes e seus familiares, todos no âmbito do Ministério Público Estadual (fls. 289/324), corroboram a aparente ausência de plano estratégico pelo requerido, notadamente acerca do remanejamento de todos os estudantes para outras Escolas Públicas, sendo altas as chances destes se evadirem do sistema de ensino estadual em virtude das condutas perpetradas pelo Estado do Espírito Santo.

Ressaltando o caráter essencial da educação e sua prioridade diante das políticas públicas adotadas pelo Estado, o colendo Tribunal da Cidadania assim tem se manifestado:

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 preterí-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).

ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. ART. 127 DA CF/88. ART. 7. DA LEI N.º 8.069/90. DIREITO AO ENSINO FUNDAMENTAL AOS MENORES DE SEIS ANOS "INCOMPLETOS". 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. 1. O direito à educação, insculpido na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente, é direito indisponível, em função do bem comum, maior a proteger, derivado da própria força impositiva dos preceitos de ordem pública que regulam a matéria. 2. O direito constitucional ao ensino fundamental aos menores de seis anos incompletos é consagrado em norma constitucional reproduzida no art. 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8.069/90): "Art. 54. É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente: (...) V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um; (omissis)" 3. In casu, como anotado no aresto recorrido "a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional prever, em seu art. 87, § 3º, inciso I, que a matrícula no ensino fundamental está condicionada a que a criança tenha 7 (sete) anos de idade, ou facultativamente, a partir dos seis anos, a Constituição Federal, em seu art. 208, inciso V, dispõe que o acesso aos diversos níveis de educação depende da capacidade de cada um, sem explicitar qualquer critério restritivo, relativo a idade. O dispositivo constitucional acima mencionado, está insito no art. 54, inciso V, do Estatuto da Criança e do Adolescente, sendo dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente o acesso à educação, considerada direito fundamental. Destarte, havendo nos autos (fls. 88 a 296), comprovação de capacidade das crianças residentes em Ivinhema e Novo Horizonte do Sul, através de laudos de avaliação psicopedagógica, considerando-as aptas para serem matriculadas no ensino infantil e fundamental, tenho que dever ser-lhes assegurado o direito constitucional à educação (...)" 4. Conclui-se, assim, que o decisum impugnado assegurou um dos consectários do direito à educação, fundado nas provas, concluindo que a capacidade de aprendizagem da criança deve ser analisada de forma individual, não genérica, porque tal condição não se afere única e exclusivamente pela idade cronológica, o que conduz ao não conhecimento do recurso nos termos da Súmula 7 do STJ, verbis: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja Recurso Especial". 5. Releva notar que uma Constituição Federal é fruto da vontade política nacional, erigida mediante consulta das expectativas e das possibilidades do que se vai consagrar, por isso que cogentes e eficazes suas promessas, sob pena de restarem vãs e frias enquanto letras mortas no papel. Ressoa inconcebível que direitos consagrados em normas menores como Circulares, Portarias, Medidas Provisórias, Leis Ordinárias tenham eficácia imediata e os direitos consagrados constitucionalmente, inspirados nos mais altos valores éticos e morais da nação sejam relegados a segundo plano. Prometendo o Estado o direito à creche, cumpre adimpli-lo, porquanto a vontade política e constitucional, para utilizarmos a expressão de Konrad Hesse, foi no sentido da erradicação da miséria intelectual que assola o país. O direito à creche é consagrado em regra com normatividade mais do que suficiente,

porquanto se define pelo dever, indicando o sujeito passivo, in casu, o Estado. 6. Consagrado por um lado o dever do Estado, revela-se, pelo outro ângulo, o direito subjetivo da criança. Consectariamente, em função do princípio da inafastabilidade da jurisdição consagrado constitucionalmente, a todo direito corresponde uma ação que o assegura, sendo certo que todas as crianças nas condições estipuladas pela lei encartam-se na esfera desse direito e podem exigi-lo em juízo. A homogeneidade e transindividualidade do direito em foco enseja a propositura da ação civil pública. 7. A determinação judicial desse dever pelo Estado, não encerra suposta ingerência do judiciário na esfera da administração. Deveras, não há discricionariedade do administrador frente aos direitos consagrados, quiçá constitucionalmente. Nesse campo a atividade é vinculada sem admissão de qualquer exegese que vise afastar a garantia pétrea. 8. Um país cujo preâmbulo constitucional promete a disseminação das desigualdades e a proteção à dignidade humana, alçadas ao mesmo patamar da defesa da Federação e da República, não pode relegar o direito à educação das crianças a um plano diverso daquele que o coloca, como uma das mais belas e justas garantias constitucionais. 9. Afastada a tese descabida da discricionariedade, a única dúvida que se poderia suscitar resvalaria na natureza da norma ora sob enfoque, se programática ou definidora de direitos. Muito embora a matéria seja, somente nesse particular, constitucional, porém sem importância revela-se essa categorização, tendo em vista a explicitude do ECA, inequívoca se revela a normatividade suficiente à promessa constitucional, a ensejar a acionabilidade do direito consagrado no preceito educacional. 10. As meras diretrizes traçadas pelas políticas públicas não são ainda direitos senão promessas de lege ferenda, encartando-se na esfera insindicável pelo Poder Judiciário, qual a da oportunidade de sua implementação. 11. Diversa é a hipótese segundo a qual a Constituição Federal consagra um direito e a norma infraconstitucional o explicita, impondo-se ao judiciário torná-lo realidade, ainda que para isso, resulte obrigação de fazer, com repercussão na esfera orçamentária. 12. Ressoa evidente que toda imposição jurisdicional à Fazenda Pública implica em dispêndio e atuar, sem que isso infrinja a harmonia dos poderes, porquanto no regime democrático e no estado de direito o Estado soberano submete-se à própria justiça que instituiu. Afastada, assim, a ingerência entre os poderes, o judiciário, alegado o malferimento da lei, nada mais fez do que cumpri-la ao determinar a realização prática da promessa constitucional. 13. Ad argumentandum tantum, o direito do menor à frequência de escola, insta o Estado a desincumbir-se do mesmo através da sua rede própria. Deveras, matricular um menor de seis anos no início do ano e deixar de fazê-lo com relação aquele que completaria a referida idade em um mês, por exemplo, significa o mesmo que tentar legalizar a mais violenta afronta ao princípio da isonomia, pilar não só da sociedade democrática anunciada pela Carta Magna, mercê de ferir de morte a cláusula de defesa da dignidade humana. 14. O Estado não tem o dever de inserir a criança numa escola particular, porquanto as relações privadas subsumem-se a burocracias sequer previstas na Constituição. O que o Estado soberano promete por si ou por seus delegatários é cumprir o dever de educação mediante o oferecimento de creche para crianças de zero a seis anos. Visando ao cumprimento de seus desígnios, o Estado tem domínio iminente sobre bens, podendo valer-se da propriedade privada, etc. O que não ressoa lícito é repassar o seu encargo para o particular, quer incluindo o menor numa 'fila de espera', quer sugerindo uma medida que tangencia a legalidade, porquanto a inserção numa creche particular somente poderia ser realizada sob o pálio da licitação ou delegação legalizada, acaso a entidade fosse uma longa manu do Estado ou anuísse, voluntariamente,

fazer-lhe as vezes. Precedente jurisprudencial do STJ: RESP 575.280/SP, desta relatoria p/ acórdão, publicado no DJ de 25.10.2004. 15. O Supremo Tribunal Federal, no exame de hipótese análoga, nos autos do RE 436.996-6/SP, Relator Ministro Celso de Mello, publicado no DJ de 07.11.2005, decidiu verbis: "CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE. 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 AO 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 impõe 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 mandatório, 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 especial não conhecido. (REsp 753.565/MS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/03/2007, DJ 28/05/2007, p. 290).

Por derradeiro, cumpre registrar que diante das situações fáticas expostas na exordial, a presente decisão não tem por escopo causar ingerência nas políticas públicas adotadas pelo ente estatal, mas sim de resguardar a efetivação do direito fundamental da educação, notadamente sob o prisma do denominado “mínimo existencial”, uma vez que não pode o administrador público preterir-los em suas escolhas.

O fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, por seu turno, é claramente percebido haja vista que o encerramento das unidades de ensino descritas na exordial poderá causar severos prejuízos aos estudantes, notadamente em razão do início do ano letivo.

Diante do exposto, com respaldo no artigo 12 da Lei 7347/85 c/c artigos artigo 273 c/c 461 do CPC, **DEFIRO** o pedido de antecipação dos efeitos da tutela e, por conseguinte, determino que o Estado do Espírito Santo:

- 1) realize, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, a reabertura das pré-matrículas e matrículas no sítio eletrônico da SEDU – Sistema de Gestão Escolar pelo período de 07 (sete) dias úteis, devendo constar o nome de todas as Escolas que foram retiradas e todos os níveis de ensino ofertados, conforme consta às fls. 326 do Inquérito Civil MPES 2015.0034.7269-57;**
- 2) disponibilize em favor das unidades de ensino mencionadas às fls. 326 do Inquérito Civil MPES 2015.0034.7269-57 todo o corpo técnico necessário para seu pleno funcionamento, bem como os materiais e insumos imprescindíveis para tanto e;**
- 3) em caso de não existirem professores disponíveis na rede de ensino e/ou candidatos regularmente aprovados em concurso público; realize a contratação, em caráter temporário, de professores para o preenchimento das disciplinas estabelecidas na grade curricular dos ensinios ministrados pelas escolas estaduais delineadas às fls. 326 do Inquérito Civil MPES 2015.0034.7269-57.**

Em caso de descumprimento da presente decisão, fixo multa diária no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), até o limite provisório de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais).

Cite-se e intime-se o Estado requerido para, querendo, apresentar defesa, no prazo disposto no artigo 297 c/c artigos 298 e 188 do CPC, com as advertências do artigo 285 do mesmo Código.

Intime-se ainda o Secretário Estadual de Educação para ciência e cumprimento do aqui decidido.

Intime-se o Ministério Público Estadual.

Sirva-se a presente decisão como mandado.

Diligencie-se pelo oficial de justiça plantonista.

Após, retorne os autos conclusos para análise da questão referente à competência.

Vitória, 04/02/2016.

ANDRE GUAISTI MOTTA
JUIZ(A) DE DIREITO

Dispositivo

Diante do exposto, com respaldo no artigo 12 da Lei 7347/85 c/c artigos artigo 273 c/c 461 do CPC, DEFIRO o pedido de antecipação dos efeitos da tutela e, por conseguinte, determino que o Estado do Espírito Santo:

- 1) realize, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, a reabertura das pré-matrículas e matrículas no sítio eletrônico da SEDU – Sistema de Gestão Escolar pelo período de 07 (sete) dias úteis, devendo constar o nome de todas as Escolas que foram retiradas e todos os níveis de ensino ofertados, conforme consta às fls. 326 do Inquérito Civil MPES 2015.0034.7269-57;
- 2) disponibilize em favor das unidades de ensino mencionadas às fls. 326 do Inquérito Civil MPES 2015.0034.7269-57 todo o corpo técnico necessário para seu pleno funcionamento, bem como os materiais e insumos imprescindíveis para tanto e;
- 3) em caso de não existirem professores disponíveis na rede de ensino e/ou candidatos regularmente aprovados em concurso público; realize a contratação, em caráter temporário, de professores para o preenchimento das disciplinas estabelecidas na grade curricular dos ensinos ministrados pelas escolas estaduais delineadas às fls. 326 do Inquérito Civil MPES 2015.0034.7269-57.

Em caso de descumprimento da presente decisão, fixo multa diária no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), até o limite provisório de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais).

Cite-se e intime-se o Estado requerido para, querendo, apresentar defesa, no prazo disposto no artigo 297 c/c artigos 298 e 188 do CPC, com as advertências do artigo 285 do mesmo Código.

Intime-se ainda o Secretário Estadual de Educação para ciência e cumprimento do aqui decidido.

Intime-se o Ministério Público Estadual.

Sirva-se a presente decisão como mandado.

Diligencie-se pelo oficial de justiça plantonista.

Após, retorne os autos conclusos para análise da questão referente à competência.