

RECURSO ESPECIAL Nº 474.361 - SP (2002/0137138-0)

Relator : Ministro Herman Benjamin

Recorrente : Município de São Paulo

Procurador : Wander Carvalho Garcia e outro(s)

Recorrido : Ministério Público do Estado de São Paulo

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DISPONIBILIZAÇÃO DE VAGA PARA CRIANÇAS EM CRECHE MUNICIPAL. ALEGAÇÃO DE INSUFICIÊNCIA ORÇAMENTÁRIA. FATO IMPEDITIVO DO DIREITO DO AUTOR. ÔNUS DA PROVA. ART. 333, II, DO CPC. PRECEDENTES DO STJ.

1. Nos termos do art. 333 do Código de Processo Civil, cabe ao autor demonstrar a veracidade dos fatos constitutivos de seu direito (inciso I) e ao réu invocar circunstância capaz de alterar ou eliminar as conseqüências jurídicas do fato aduzido pelo demandante (inciso II).

2. Apresentada defesa indireta, na qual se sustenta fato impeditivo do direito da parte autora, a regra se inverte, pois, ao aduzir fato impeditivo, o réu implicitamente admite como verdadeira a afirmação básica da petição inicial, que, posteriormente, veio a sofrer as conseqüências do evento superveniente. Por conseguinte, as alegações trazidas pelo autor tornam-se incontroversas, dispensando, por isso, a respectiva prova.

3. O direito de ingresso e permanência de crianças com até seis anos em creches e pré-escolas encontra respaldo no art. 208 da Constituição Federal. Por seu turno, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação, em seu art. 11, V, bem como o ECA, em seu art. 54, IV, atribui ao Ente Público o dever de assegurar o atendimento de crianças de zero a seis anos de idade em creches e pré-escolas.

4. Em se tratando de causa impeditiva do direito do autor, concernente à oferta de vagas para crianças com até três anos e onze meses em creches mantidas pela municipalidade, incumbe ao recorrente provar a suposta insuficiência orçamentária para tal finalidade, nos termos do art. 333, II, do CPC. Precedentes do STJ.

5. Recurso Especial não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: “A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a), com a ressalva do ponto de vista da Sra. Ministra Eliana Calmon.” Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Eliana Calmon, Castro Meira e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 04 de junho de 2009(data do julgamento).

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN: Trata-se de Ação Civil Pública ajuizada contra o Município de São Paulo com o objetivo de assegurar às crianças de até três anos e onze meses o direito de freqüentar creche mantida pela municipalidade.

O Juízo de primeira instância julgou improcedente o pedido sob o fundamento de que compete ao Poder Executivo a tarefa de eleger, “dentro dos limites de autonomia e discricionariedade permitidos em lei (...) as áreas de atuação” (fl. 195).

Em apelação, o Ministério Público argumentou que “inexiste discricionariedade administrativa do Poder Público no sentido de promover ou não a educação infantil na sua rede oficial de ensino. Pelo contrário, deve a Administração Pública fornecer ensino infantil de modo a suprir a demanda” (fl. 209).

O Tribunal *a quo* deu provimento ao recurso, à consideração de que o Município tem obrigação de assegurar o atendimento dos menores de zero a seis anos de idade em creches e pré-escolas.

Assentou ainda que competia ao Município fazer prova sobre a suposta limitação orçamentária, ante o disposto no art. 333, II, do CPC, que atribui ao réu o ônus da prova quanto ao fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

O recorrente interpôs Embargos de Declaração defendendo omissão em relação aos arts. 7º, XXV, 208, II, 211, § 4º, da Constituição Federal e ao art. 11, V, da Lei 9.394/1996, os quais foram rejeitados (fls. 268-269).

Irresignado, o Município de São Paulo interpõe o presente Recurso Especial, com fundamento no art. 105, III, “a”, da Constituição da República. Aduz, em apertada síntese, que o aresto hostilizado, ao inverter o ônus da prova, ofendeu o art. 333, I, do CPC. Sustenta que cabia ao autor o ônus de provar que não se esgotaram todas as verbas municipais na área de educação.

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal, na função de *custos legis*, opinou pelo não provimento do Apelo em parecer que recebeu a seguinte ementa (fl. 313):

1. Processual Civil. Recurso Especial. Ação Civil Pública. Inversão do ônus da prova. Art. 333, II e parágrafo único, II, do CPC.

2. Tempestividade. Embargos Declaratórios interrompem o prazo para interposição de Recurso especial. Art. 538, do CPC.

3. Obrigatoriedade da aplicação da receita proveniente de impostos, incluída a proveniente de transferência, manutenção e desenvolvimento de ensino. Art. 212, da CF/88.

4. Limitações orçamentárias. Ônus da prova incumbe ao Recorrente. Art. 333, II, e parágrafo único, II, do CPC c/c arts. 47, 49, caput, 56, § 3º, 57, caput, 58 e 65, da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000).

6. Parecer do MPF, preliminarmente, pelo conhecimento do Recurso Especial. No mérito pelo improvimento.

As contra-razões foram apresentadas (fls. 293-297).

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): O inconformismo não merece prosperar.

Inicialmente, saliento não ter havido discordância quanto ao dever do Município assegurar o acesso das crianças em creches mantidas pela municipalidade, tampouco se questiona a legitimidade do Ministério Público ou a inadequação da via eleita.

Assim, atendo-me à questão acerca do ônus da prova da insuficiência orçamentária.

De acordo com o art. 333 do Código de Processo Civil, cabe ao autor demonstrar a veracidade dos fatos constitutivos de seu direito (inciso I), e ao réu invocar acontecimento capaz de alterar ou eliminar as conseqüências jurídicas do fato invocado pela parte autora (inciso II).

Contudo, se porventura o réu apresenta defesa indireta, invocando fato impeditivo do direito do autor, a regra geral se inverte, pois, ao aduzir fato impeditivo, modificativo, ou extintivo do direito do demandante, o réu implicitamente admite como verídico o fato básico da petição inicial, que, posteriormente, veio a sofrer as conseqüências do evento superveniente levantado em contestação.

Conseqüentemente, o fato constitutivo do direito torna-se incontroverso, dispensando por isso a respectiva prova, consoante disposto no art. 334, II, do CPC.

No caso *sub judice*, o Ministério Público do Estado de São Paulo postula que o Município recorrente seja condenado a assegurar o direito de ingresso e permanência de menores de até três anos e onze meses de idade em creches mantidas pela Municipalidade.

É cediço que o direito em questão encontra respaldo no art. 208 da Constituição Federal, que dispõe:

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;

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; grifei.

Ao comentar esse dispositivo, Ingo Sarlet assevera que são impertinentes os argumentos relativos à reserva do possível e à incompetência dos tribunais para examinar o direito ao ensino público gratuito, pois “as regras sobre as competências na esfera do ensino, a origem e destinação das verbas, bem como as prioridades e metas da política de ensino, já estão inequivocamente contidas na própria Constituição”. Transcrevo trecho da lição do mencionado autor (*A eficácia dos direitos fundamentais*, 6ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, pp. 354-355, grifei):

Até mesmo a habitual ponderação relativa à ausência de recursos (limite fático da reserva do possível), assim como a ausência de competência dos tribunais para decidir sobre destinação de recursos públicos, parecem-nos inaplicáveis à hipótese (ensino público fundamental gratuito). Além de colocar - e não sem razão - os particulares diante de uma situação em que não lhes resta alternativa, importa reconhecer que o próprio Constituinte tratou de garantir a destinação de recursos para viabilizar a realização do dever do Estado com a educação, de modo especial com o ensino fundamental. Note-se que, de acordo com o art. 212 da Constituição, a União não poderá aplicar menos de 18%, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, menos de 25% da receita resultante dos impostos, na manutenção e desenvolvimento do ensino. O montante da verba orçamentária

mínima (o legislador poderá estabelecer valores superiores), seguramente representando a maior fatia do orçamento público, demonstra a importância atribuída à educação. No § 3º do mesmo artigo, encontra-se, por sua vez, regra que prioriza a distribuição dos recursos para o ensino obrigatório (fundamental). (...) Tudo isso demonstra inequivocamente a impertinência, no que diz com um direito subjetivo ao ensino fundamental público gratuito, também dos argumentos relativos à reserva do possível e da incompetência dos tribunais para decidir sobre a matéria. As regras sobre as competências na esfera do ensino, a origem e destinação das verbas, bem como as prioridades e metas da política de ensino, já estão inequivocamente contidas na própria Constituição.

Com apoio na argumentação desenvolvida, parecem-nos viáveis, ao menos em princípio, as alternativas sugeridas por Luís R. Barroso, que, *na hipótese de não ser possível o reconhecimento de um direito de acesso ao ensino fundamental público gratuito, no caso de inexistentes ou comprovadamente insuficientes os recursos materiais disponíveis (escolas, salas de aula, vagas, professores, etc.), considera possível a condenação do poder público, numa demanda de natureza cominatória, a uma obrigação de fazer, por exemplo, a construção de uma escola, ou mesmo a matrícula em escola particular às expensas do poder público, restando, ainda, a insatisfatória possibilidade de exigir-se do Estado o pagamento de uma indenização pela omissão, que, no entanto - como bem reconhece o autor - não tem o condão de substituir adequadamente a falta de estudo.*

O Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, em seu art. 54, IV, também atribui ao Estado, na acepção de Poder Público, a obrigação de assegurar o atendimento de crianças de zero a seis anos de idade em creche e pré-escolas:

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;

No mesmo sentido, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei 9.349/1996), em seu art. 11, V, dispõe que incumbe aos Municípios a oferta de educação infantil em creches e pré-escolas, com vistas à formação básica do cidadão, *verbis*:

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.

Ou seja, é incontroversa a responsabilidade do Município de oferecer vagas em creches e pré-escolas para menores com até seis anos de idade.

Destaco que a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, em Ação Civil Pública ajuizada com a mesma finalidade, entendeu ser juridicamente viável o pedido, bem como ser do Município réu o ônus de fazer prova sobre a inexistência de recursos orçamentários para tal finalidade. Confirma-se a ementa do julgado:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA ARTIGOS 54 E 208 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. MATRÍCULA E FREQUÊNCIA DE MENORES DE ZERO A SEIS ANOS EM CRECHE DA REDE PÚBLICA MUNICIPAL.

1. O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90) e a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei n. 9.394/96, art. 4º, IV) asseguram o atendimento de crianças de zero a seis anos em creches e pré-escolas da rede pública.

2. Compete à Administração Pública propiciar às crianças de zero a seis anos acesso ao atendimento público educacional e a frequência em creches, de forma que, estando jungida ao princípio da legalidade, é seu dever assegurar que tais serviços sejam prestados mediante rede própria.

3. "Consagrado por um lado o dever do Estado, revela-se, pelo outro ângulo, o direito subjetivo da criança. Conseqüentemente, 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" (REsp n. 575.280-SP, relator para o acórdão Ministro Luiz Fux, DJ de 25.10.2004).

4. *A consideração de superlotação nas creches e de descumprimento da Lei Orçamentária Municipal deve ser comprovada pelo Município para que seja possível ao órgão julgador proferir decisão equilibrada na busca da conciliação entre o dever de prestar do ente público, suas reais possibilidades e as necessidades, sempre crescentes, da população na demanda por vagas no ensino pré-escolar.*

5. *No caso específico dos autos, não obstante tenha a municipalidade alegado falta de vagas e aplicação in totum dos recursos orçamentários destinados ao ensino fundamental, nada provou; a questão manteve-se no campo das possibilidades. Por certo que, em se tratando de*

caso concreto no qual estão envolvidas apenas duas crianças, não haverá superlotação de nenhuma creche.

6. Recurso especial provido.

(REsp 510.598/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 17.04.2007, DJ 13.02.2008 p. 148, grifei)

Saliento que o STF, ao apreciar a questão, em processo que envolvia a criação de vagas em creches no Município de Santo André, reafirmou a obrigação do Estado de assegurar o cumprimento do disposto no art. 208, IV, da Constituição. Transcrevo a ementa:

CRECHE E PRÉ-ESCOLA - OBRIGAÇÃO DO ESTADO.

Cumpra ao Estado - gênero - proporcionar a creche e a pré-escola às crianças de zero a cinco anos de idade, observando a norma cogente do artigo 208, inciso IV, da Constituição Federal, com a redação decorrente da Emenda Constitucional nº 53/2006.

(RE-AgR 384201/SP, Relator Min. MARCO AURÉLIO, j. 26.4.2007, Primeira Turma, DJe-072 - Agravante: Município de Santo André; Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo)

Dessa forma, o direito perseguido na presente demanda, assim como os meios para a sua efetivação, encontram-se legal e constitucionalmente garantidos.

Assim sendo, em se tratando de causa impeditiva do direito do autor, incumbia ao recorrente fazer prova acerca da suposta insuficiência orçamentária para tal finalidade, consoante previsto no art. 333, II, do CPC.

Por tudo isso, nego provimento ao Recurso Especial.

É como voto.