

Trata-se de projeto de lei ordinária que “*Dispõe sobre a abertura de creches municipais de maneira ininterrupta, e dá outras providências*”, de autoria do nobre Vereador José Antonio Caldini Crespo.

O *Art. 1º* do projeto estabelece a obrigatoriedade de “*funcionamento das creches mantidas direta ou indiretamente pela Prefeitura Municipal de Sorocaba de maneira ininterrupta, o ano todo, inclusive nos períodos de férias e/ou de recesso escolar*”, a exceção dos sábados, domingos e feriados; o *Art. 2º* refere cláusula financeira, e o *Art. 3º* cláusula de vigência da Lei, a partir de sua publicação.

A matéria sobre regulação e funcionamento de creches municipais pelo Município constitui *prestação de serviços públicos essenciais à população infantil*, e, inobstante os elevados propósitos do parlamentar, autor do projeto, constitui prerrogativa exclusiva do sr. Prefeito Municipal, pois diz respeito à *organização, direção e execução de serviços públicos pela Administração*, do que se infere a iniciativa exclusiva do Chefe do Poder Executivo a respeito do assunto, conforme ora expõe.

A Constituição Federal impõe ao Estado, em sentido amplo, quanto à educação e ensino, a observância dos princípios enunciados no Art. 206, incs. I a IV.¹

A *educação infantil*, como primeira etapa da educação básica, é direito assegurado pela Constituição da República, assim como o *ensino fundamental*, estatuinto o Art. 208, incs. I e IV, a respeito do assunto, o seguinte:

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

¹ 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.

I – ensino fundamental obrigatório e gratuito...

(...)

IV – educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade; (inc. IV com redação dada pela EC nº 53, de 19 de dezembro de 2006);

(...)

De acordo com o disposto no Art. 29 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional), a *finalidade* da educação infantil é o desenvolvimento integral da criança, compreendidos os aspectos físico, psicológico, intelectual e social; em contrapartida o ordenamento jurídico impõe ao Estado o respectivo dever, cabendo aos *Municípios* a atuação *prioritária* no âmbito da *educação infantil e fundamental*, nos termos do § 2º do Art. 211 da CF.²

Estabelece ainda a citada Lei nº 9.394, de 1996, no seu Art. 11, que:

“Art. 11. Os Municípios incumbir-se-ão de:

I – (...)

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.”

Já a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que “Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, e dá outras providências”, determina no seu art. 53 o quanto segue:

“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:

I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;

II - direito de ser respeitado por seus educadores;

III - direito de contestar critérios avaliativos, podendo recorrer às instâncias escolares superiores;

IV - direito de organização e participação em entidades estudantis;

V - acesso à escola pública e gratuita próxima de sua residência.”

Do exame do ordenamento jurídico de regência, infere-se o *dever do Município* de possibilitar o exercício do *direito fundamental da criança e do adolescente à educação*, mediante a oferta de matrícula em estabelecimento de ensino mantido pelo Poder Público, em

²CF: “Art. 211. (...)

§ 2º Os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil”.

local próximo da residência do educando, muitas vezes carente, a quem a Constituição da República assegura integral proteção e amparo, no âmbito da *assistência social*, de acordo com o Art. 203 da Lei Maior.³

Com respeito às atribuições específicas do Chefe do Executivo, estabelece o Art. 47 da Constituição do Estado de São Paulo, aplicável por simetria no âmbito do Município, o seguinte:

“Art. 47. Compete privativamente ao Governador , além de outras atribuições previstas nesta Constituição:

I - ...

II – exercer, com o auxílio dos Secretários de Estado, a direção superior da administração estadual;”

A LOMS, no seu Art. 61, dispõe que: “Compete privativamente ao Prefeito: ...II – exercer a direção superior da Administração Pública Municipal; ...VIII – dispor sobre a organização e o funcionamento da Administração Municipal, na forma da lei” (*competências materiais/administrativas*). E de acordo com o Art. 38 do mesmo estatuto: “Compete privativamente ao Prefeito Municipal a iniciativa das leis que versem sobre: ...IV- criação, estruturação e atribuições dos órgãos da Administração direta do Município” (*competência legislativa*).

Não se nega à Câmara Municipal o direito de editar *normas gerais*, de interesse local, mas no exercício desse mister o Poder Legislativo não pode editar *regras concretas de administração*, determinando providências a serem cumpridas pelo sr. Prefeito Municipal, ao qual se subordinam as Secretarias de Governo, dentre elas a Secretaria de Educação, responsável pela implementação e forma de funcionamento das creches no Município, sob pena de ofensa ao princípio do respeito da independência e harmonia dos Poderes.

A Constituição Federal, de observância obrigatória por todos os entes federados (*princípio da simetria*) , determina no seu Art. 61, § 1º, inc. II, alíneas *b*) e *e*), que são da iniciativa privativa do Presidente da República *as leis* que disponham sobre “*serviços públicos*”; e também compete-lhe privativamente (Art. 84, inc. II -) “exercer, com o auxílio dos Ministros de Estado, a direção superior da administração federal; ” e (Art. 84, VI-) “dispor, mediante decreto, sobre: a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesas nem criação ou extinção de órgãos públicos”;

Busca a proposição sob exame compelir o Poder Executivo a implementar política pública referente à *forma de funcionamento de creches*, direito fundamental da população infantil, reconhecido pelo Poder Judiciário, conforme previsão no ordenamento jurídico

³ Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

I – a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;

II – o amparo às crianças e adolescentes carentes;”

constitucional e infraconstitucional existe, a exemplo da decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo noticiada na justificativa do projeto, que *compeliu o Município de Jundiaí, SP, a manter a prestação do serviço de ensino infantil de forma continuada, sem interrupção, durante o período de férias escolares.*⁴

Na hipótese da determinação judicial específica direcionada àquele Município, a Desembargadora Relatora asseverou, no que concerne à observância do princípio da separação de Poderes, que, conforme excerto: “...Por outro lado, o princípio da separação dos Poderes, portanto, e ao contrário do que sustenta o recorrente, acolhe a intervenção do Poder Judiciário para fazer valer os comandos constitucionais e infraconstitucionais, quando eles não são observados pelos outros poderes. E deve ser aplicado em harmonia com o princípio da legalidade (artigo 37, caput) e também com o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal). Da mesma forma, não há discricionariedade do Estado, no tocante ao cumprimento de suas obrigações com direitos constitucionais da criança e do adolescente, assegurados com prioridade absoluta... (fls.8 do VOTO nº 7.097)”

Ao caso sob análise se adequam as considerações do r. Acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, quando do julgamento de Adin em matéria similar, conforme excerto seguinte⁵:

“(...) Com efeito, sob premissas basilares repartem-se as funções do Estado. Uma é a função de administrar. Outra é a de legislar. Dessa dicotomia, por força do princípio da separação de poderes – verdadeira cláusula pétrea entre nós – criaram-se o Poder Executivo e o Poder Legislativo, nas quando esferas federativas da República do Brasil, sendo ao primeiro, incumbida a função típica de administrar e ao segundo, em par com a função típica de fiscalizar os atos do poder público, a de legislar. No âmbito do Estado federado de São Paulo, essa separação de funções está formalizada no artigo 5º de sua Constituição.

Assim, quando para administrar se faz necessária lei precedente, por vezes o legislador constituinte originário retira o diploma legislativo correspondente do arco da iniciativa legal e o restringe à iniciativa reservada do chefe do Poder Executivo, disposição essa encontrada na Constituição da República, especificamente no artigo 62, parágrafo 1º, II, e, quando trata da criação, estruturação e atribuições dos Ministérios e órgãos da administração pública.

A matéria é atinente ao processo legislativo e convergem doutrina e jurisprudência, esta do Supremo Tribunal Federal e deste Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, para a afirmação de que as regras referentes ao procedimento de elaboração de leis, fixadas na Carta Magna, são de observância obrigatória para todos os entes federados.

Ora, na medida em que a lei aqui combatida cria uma obrigação para o Poder Executivo, está a mesma interferindo nas atribuições de caráter administrativo de órgão público

⁴ APELAÇÃO Nº 990.10.122756-8,, sendo apelante o Município de Jundiaí e apelado a Defensoria Pública do Estado de São Paulo, conforme Acórdão negando provimento ao recurso, de acordo com o VOTO Nº 7.097 da Desembargadora Relatora Designada MARIA OLÍVIA ALVES, em 8 /11/10.

municipal e, por isso, vedada a iniciativa legislativa ao Poder Legislativo Municipal por um seu vereador (...)

Inviável, outrossim, que a Câmara Municipal crie despesas para o Executivo sem previsão de recursos para tanto, pois contraria o quanto dispõe o artigo 25, da Constituição Paulista (...)."

Desse modo, verifica-se que o projeto, ao regular o funcionamento da educação infantil municipal, para a pertinente normatização refere *matéria tipicamente administrativa relacionada ao serviço público*, de atribuição e iniciativa reservada do Chefe do Executivo, mesmo porque, além de interferir nas atribuições da Secretaria Municipal, também gera despesas, comprometendo recursos cuja gestão é da competência do Chefe daquele Poder.

Conclui-se pela ocorrência de vício de iniciativa da proposição, por afronta ao princípio da separação de poderes, afigurando-se a inconstitucionalidade formal.

É o parecer.

Sorocaba, 09 de março de 2011.

Claudinei José Gusmão Tardelli
Assessor Jurídico

De acordo:

Marcia Pegorelli Antunes
Secretária Jurídica

⁵ AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 990.10.138093-5, Comarca São Paulo, Requerente Prefeito do Município de Catanduva e Requerido Presidente da Câmara Municipal de Catanduva, Relator Desembargador Walter de Almeida Guilherme, conf. VOTO nº 12.335, v.v., julgaram procedente a ação, em 11/8/10.