



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2021.0000391908

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Direta de Inconstitucionalidade nº 2196035-98.2020.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor DIRETÓRIO ESTADUAL DO PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE - PSOL, são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO e MESA DA CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "POR MAIORIA DE VOTOS, JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE EM PARTE. ACÓRDÃO COM O EXMO. SR. DES. MÁRCIO BÁRTOLI. VENCIDOS OS EXMOS. SRS. DES. JACOB VALENTE (COM DECLARAÇÃO), ADEMIR BENEDITO, TORRES DE CARVALHO E CAMPOS PETRONI. IMPEDIDO O EXMO. SR. DES. ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MÁRCIO BARTOLI, vencedor, JACOB VALENTE, vencido, PINHEIRO FRANCO (Presidente), JAMES SIANO, CLAUDIO GODOY, SOARES LEVADA, MOREIRA VIEGAS, COSTABILE E SOLIMENE, TORRES DE CARVALHO, ARTUR MARQUES, CAMPOS PETRONI, LUIS SOARES DE MELLO, RICARDO ANAFE, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, MOACIR PERES, EVARISTO DOS SANTOS, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, FERRAZ DE ARRUDA, ADEMIR BENEDITO, ALEX ZILENOVSKI E CRISTINA ZUCCHI.

São Paulo, 19 de maio de 2021

MÁRCIO BARTOLI
RELATOR DESIGNADO
Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Ação Direta de Inconstitucionalidade nº

2196035-98.2020.8.26.0000

São Paulo

Requerente: Diretório Estadual do Partido
Socialismo e Liberdade – PSOL-SP

Requeridos: Prefeito e Presidente da Câmara
Municipal de São Paulo

43.649

Ação direta de inconstitucionalidade. Questionamento dos arts. 6º a 11 e 17 a 26, todos da Lei 17.437/20, do Município de São Paulo. Dispositivos que tratam dos programas municipais “Mais Educação Infantil”, “Auxílio Uniforme Escolar” e “Material Escolar”.

Afronta ao art. 25 da CE. Não configuração. A ausência de indicação ou o apontamento genérico das fontes de custeio de determinado diploma normativo não acarretam sua inconstitucionalidade. Possível falar-se, apenas, em mera inexecutabilidade no mesmo exercício de sua promulgação. Entendimento pacífico deste Colegiado e do STF. Válido ressaltar, ainda, que, conforme informações prestadas nos autos, a norma em que inseridos os dispositivos combatidos contou com previsão orçamentária, não gerando, além disso, a criação de novas despesas. No mesmo sentido, não se constata violação aos arts. 1º e 3º, da EC Federal nº 106/20.

Impossibilidade de utilização da Lei de Responsabilidade Fiscal como parâmetro para o exame de validade de atos normativos em sede de controle concentrado de constitucionalidade exercido por Tribunal de Justiça Estadual. Apenas as regras da Constituição Paulista e aquelas de reprodução obrigatória pelos Estados contidas na Constituição Federal se revelam idôneas para essa finalidade. Precedentes.

Violação ao art. 117, da CE. Inocorrência. Lei que prevê o credenciamento de instituições do setor privado, para participação no “Programa Mais Educação Infantil”, mediante chamamento público. Medida de seleção específica e na qual



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

devem permanecer resguardados os princípios basilares que direcionam a atuação estatal em sua interação com o setor privado. Inteligência da Lei Federal 13.019/14. Doutrina.

Inconstitucionalidade do §3º, do art. 7º, do diploma objurgado. Dispositivo a estabelecer que, caso não ocorra o credenciamento de número suficiente de entidades educacionais, sem fins lucrativos e que preencham os demais requisitos constitucionais, será autorizado o chamamento público direcionado a outras instituições. Consequente possibilidade do repasse de recursos públicos a entidades educacionais privadas com finalidade lucrativa. Inadmissibilidade. Ainda que subsidiária, a medida se apresenta nitidamente incompatível com o texto do art. 237, caput, da CE, aplicado em conjunto com o art. 213, caput, I e II, e §1º, da CF. Hipótese excepcional, relacionada aos ensinos fundamental e médio, não configurada. Impossibilidade de interpretação ampliativa de seus termos, especialmente diante da obrigação constitucional concernente ao investimento prioritário na expansão da rede pública de ensino.

Arts. 10 e 11. Preceitos que abordam os casos em que “o benefício do Programa Mais Educação Infantil será cancelado”. Necessidade de interpretação conforme a Constituição, de modo a se garantir o regular exercício do direito ao acesso e à permanência na escola pelos alunos nas hipóteses legais de desligamento do programa. Eliminação de qualquer possibilidade de exclusão da criança do âmbito de atendimento da rede municipal de ensino, seja diretamente pelo Poder Público ou através de instituição privada regularmente credenciada. Precedentes do STF e deste Colegiado. Doutrina. Pedido julgado parcialmente procedente.

1. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido liminar, ajuizada pelo Diretório Estadual do Partido Socialismo e Liberdade (PSOL-SP), impugnando os artigos 6º a 11 e 17 a 26, todos da Lei 17.437, de 12 de agosto de 2020, do Município de São Paulo, que “[E]stabelece medidas para a organização das unidades educacionais no Município de São Paulo; prorroga os mandatos do



Conselho Municipal de Assistência Social e do Conselho de Habitação.” Afirma o requerente que a legislação combatida é incompatível com os artigos 25, 117 e 237, todos da Constituição Estadual. Destaca, a propósito, que o programa “**Mais Educação Infantil**” prevê o repasse direto de recursos públicos ao setor privado, em burla à obrigatoriedade de licitação, promovendo verdadeiro movimento “*privatização da educação infantil na Capital*”. Ressalta, em especial, o teor do artigo 7º, §3º, da norma objurgada, a prever o repasse de numerário público a entidades privadas com finalidade lucrativa. Afirma, ademais, que os outros benefícios instituídos na legislação tratam de programas de auxílio financeiro relacionados ao fornecimento de uniforme e material escolar aos estudantes, gerando, contudo, despesas públicas em desconformidade com as disposições da Lei Complementar 101/00, do artigo 25, da Constituição Estadual, e dos artigos 1º e 3º, ambo da Emenda à Constituição Federal nº 106/20. Pleiteia a procedência do pedido, decretando-se a inconstitucionalidade dos preceitos impugnados (fls.01/33).

2. Adotado, quanto aos demais termos do processamento do feito, o relatório constante do voto do E. Relator,



Des. Jacob Valente, **peço licença para divergir parcialmente da posição defendida por Sua Excelência, e, por esta declaração de voto, julgar o pedido da presente ação direta procedente em parte, de modo a invalidar o §3º do artigo 7º, e conferir interpretação conforme a Constituição aos artigos 10 e 11, todos da lei combatida.**

3. Registro, de início, convergência quanto ao entendimento do E. Relator, no que diz respeito à inexistência de violação ao artigo 25, da Constituição Estadual, e à Emenda Constitucional n° 106/2020.

Na linha do entendimento pacificado por este Colegiado, programas de auxílio e políticas públicas instituídos por meio de normas como a ora examinada não padecem mesmo de inconstitucionalidade somente por gerarem despesas com suas correspondentes execuções, sendo possível, no máximo, cogitar-se de sua inexecutabilidade no mesmo exercício financeiro em que promulgada a lei que os prevê.

De mais a mais, não se vislumbra qualquer afronta aos termos dos artigos 1º e 3º, ambos da Emenda à Constituição Federal n° 106/2020. Além de os programas “**Mais**



Educação Infantil”, “**Auxílio Uniforme**” e “**Auxílio Material Escolar**” se relacionarem a demandas que (i), embora certamente agravadas, não estão restritas ao atual contexto pandêmico, (ii) a eventual ausência de previsão específica de recursos, como visto, não acarreta a inconstitucionalidade do ato normativo que os insere no ordenamento jurídico.

Assim decide este **Órgão Especial** sobre a matéria: “*Ação Direta de Inconstitucionalidade, com pedido liminar de suspensão dos efeitos da Lei Municipal nº 4.264/2019. Lei municipal, de iniciativa parlamentar, que "dispõe sobre a concessão de incentivos às pequenas indústrias para desenvolvimento do município e dá outras providências". Inconstitucionalidade formal. Vício de iniciativa. Procedência parcial da ação, para reconhecer a inconstitucionalidade da lei no tocante à criação de Comissão Especial composta, inclusive, por representante do Poder Público. Violação aos artigos 5º, caput, e 24, §2º, 2, ambos da Constituição Estadual. Inconstitucionalidade Material. Inocorrência. Conteúdo normativo que não se confunde com ato concreto de administração. Não verificada ofensa à separação dos Poderes por aduzida usurpação de atividades relacionadas à organização e*



*funcionamento da administração ou ao seu planejamento e direção. Norma geral que disciplina matéria de competência legislativa concorrente do Município, instituindo incentivos ao estabelecimento de indústrias na cidade. **Afronta ao artigo 25 da Constituição Paulista. Não ocorrência. A ausência de indicação ou a indicação genérica das fontes de custeio de determinado diploma normativo não gera sua inconstitucionalidade, mas, apenas, mera inexecutabilidade no mesmo exercício de sua promulgação. Precedentes deste Colegiado e do STF. Ofensa ao artigo 113 do ADCT da Constituição Federal. Norma aplicável unicamente à União. Inconstitucionalidade. Inocorrência. Precedentes.*** (Direta de Inconstitucionalidade 2026791-74.2020.8.26.0000; minha relatoria; Órgão Especial; Data do Julgamento: 03/03/2021).

Igualmente: “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei nº 4.265, de 23-12-2019, do Município de Mirassol, que 'declara Patrimônio Cultural Material do Município de Mirassol, o prédio Sede Social do Clube Municipal de Mirassol' - Declaração de bem material como bem de interesse cultural. Preliminar. 1 – Análise de ofensa a dispositivos da Lei



*Orgânica do Município. Inadmissibilidade. Ausência de parametricidade. Mérito. 2 – Violação ao princípio da separação dos poderes. Inocorrência. Legitimidade ativa concorrente entre o Poder Legislativo e o Poder Executivo para iniciar processo legislativo, quando se tratar de matéria de defesa do patrimônio histórico, arqueológico, artístico e turístico. Inteligência dos arts. 23, III, 24, VII e 216 da CF/88 e art. 261 da CE/89. Inexistência de atos impositivos ao Poder Executivo. 3 – **Criação de despesas com eventual ausência de receitas acarreta, no máximo, a inexecutabilidade da norma no mesmo exercício em que foi promulgada.** 4 – **Precedentes do Órgão Especial.** Ação improcedente.” (Direta de Inconstitucionalidade 2030606-79.2020.8.26.0000; Relator: Carlos Bueno; Órgão Especial; Data do Julgamento: 03/03/2021).*

Importante assinalar, de qualquer forma, que, nos termos das informações prestadas pelo Prefeito e Presidente da Câmara dos Vereadores do Município de São Paulo, segundo anotações do setor técnico competente, a norma questionada contou com previsão orçamentária para o exercício financeiro de 2020, não acarretando, ainda, a criação de novas despesas.



Asseverou-se, além disso, que, para o corrente ano, haveria previsão específica na proposta orçamentária, ainda em elaboração quando da remessa dos informes (fls.455/456 e 487/492).

4. Destaco, ainda, não ser devida a utilização da Lei de Responsabilidade Fiscal como parâmetro para o exame de validade de atos normativos em sede de controle concentrado de constitucionalidade exercido por Tribunal de Justiça Estadual. Apenas as regras da Constituição Paulista e aquelas de reprodução obrigatória pelos Estados constantes da Constituição Federal se revelam idôneas para essa finalidade, sendo certo, portanto, que as alegações do requerente neste particular sequer comportam exame¹.

5. Por fim, cumpre ressaltar a inexistência de violação aos termos do artigo 117, da Constituição Estadual, no caso em apreço. Da análise da lei impugnada, depreende-se que o credenciamento de instituições privadas de ensino para participação do “**Programa Mais Educação Infantil**”, será

¹ Nesse sentido, cumpre rememorar o quanto decidido pelo STF, em sede de repercussão geral: RE 650898, Relator: Min. Marco Aurélio, Relator p/ Acórdão: Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 01/02/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-187 DIVULG 23-08-2017 PUBLIC 24-08-2017.



realizado mediante **chamamento público**, procedimento propriamente “*destinado a selecionar **organização da sociedade civil para firmar parceria por meio de termo de colaboração ou de fomento, no qual se garanta a observância dos princípios da isonomia, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos***”, nos termos da definição expressa contida na Lei Federal 13.019/14.

Não há que se falar, portanto, em violação à obrigatoriedade de licitação na espécie, porquanto o legislador municipal adotou medida de seleção específica e correlata, na qual permanecem resguardados os princípios basilares a direcionar a atuação estatal, especialmente no que concerne à sua interação com o setor privado.

Conforme esclarece a doutrina de **José dos Santos Carvalho Filho** a respeito do instituto: “*[D]e acordo com a Lei nº 13.019/2014, a escolha da OSC para a celebração de parcerias não fica, em linha de princípio, ao alvedrio da Administração. Ao contrário, o Estatuto exige a realização de*



procedimento seletivo para a escolha daquele que, em tese, se qualifique como o melhor parceiro privado. Esse procedimento é o que a lei denomina de chamamento público. Sobre ele, convém fazer algumas anotações. Primeiramente, quanto à sua natureza, o chamamento público espelha procedimento seletivo, que o inclui como modalidade específica de licitação, e isso porque o certame visa escolher o melhor interessado para celebrar a parceria. Diferentemente do modelo estabelecido na Lei nº 8.666/1993, a Administração persegue a seleção do participante, não para um contrato administrativo em sentido estrito, mas, sim, para ajustar um negócio cooperativo, nos moldes do convênio e corporificado pela parceria. O chamamento público, como espécie de licitação, deve observar os princípios da isonomia, legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório, julgamento objetivo e de outros princípios correlatos (art. 2º, XII), com destaque para o da competitividade (art. 24, § 2º). Em relação a este, existem duas exceções: 1ª) pode o certame limitar-se a entidades sediadas numa determinada entidade federativa; 2ª) pode ser prevista delimitação do território onde se executarão as atividades e os projetos (art. 24,

§ 2º, I e II).²”

6. Apesar de tais ponderações, ousou divergir do E. Relator no que diz respeito ao exame da compatibilidade do §3º, do artigo 7º, da Lei 17.437/2020, com o ordenamento constitucional vigente. É caso, a meu ver, de invalidação do preceito em questão.

Convém transcrever a integralidade do artigo em que o parágrafo em referência foi inserido, com o fim de melhor elucidar os fundamentos que conduzem à conclusão por sua inconstitucionalidade.

“Art. 7º O Poder Executivo fica autorizado a efetuar o chamamento público para o credenciamento de instituições de ensino que atendam aos seguintes requisitos:

I – não tenham fins lucrativos, sejam comunitárias, confessionais ou filantrópicas, atendendo às condições do art. 213 da Constituição Federal;

II – realizem o atendimento de crianças de 4 (quatro) a 5 (cinco) anos de idade;

III – estejam localizadas no Município de São Paulo;

² Manual de direito administrativo. Ebook. – 32. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2018. Página 452.



IV – tenham interesse em firmar contrato com a Secretaria Municipal de Educação para o atendimento às crianças beneficiárias do Programa Mais Educação Infantil.

§ 1º O chamamento público será promovido pela Secretaria Municipal de Educação.

§ 2º Para participar do chamamento público a instituição de ensino deverá apresentar a comprovação de sua regularidade jurídica, fiscal e trabalhista e ser regularmente autorizada a funcionar como escola de educação infantil, conforme normas do Conselho Municipal de Educação.

§ 3º Caso o número de instituições de ensino credenciadas na forma do caput deste artigo seja insuficiente para atender à demanda, fica o Poder Executivo autorizado, a seu critério, a efetuar chamamento público para credenciamento de escolas que não se enquadrem no previsto no inciso I do caput deste artigo.

§ 4º As despesas decorrentes da execução do Programa Mais Educação Infantil com as instituições de ensino referidas no parágrafo anterior não serão consideradas como de manutenção e desenvolvimento do processo de ensino-



aprendizagem, conforme disposto no art. 2º da Lei nº 13.245, de 26 de dezembro de 2001.” (fls.48/49, textual).

O parágrafo destacado prevê, expressamente, que, caso não ocorra o credenciamento de número suficiente de entidades educacionais, sem fins lucrativos, que preencham os demais requisitos constantes do artigo 213, da Constituição Federal, para o atendimento dos alunos, será autorizado o chamamento público direcionado a outras escolas privadas, não enquadradas na exigência constitucional. **Em outros termos, e de forma direta, estabelece a possibilidade de repasse de recursos públicos a entidades educacionais privadas com finalidade lucrativa.**

A medida, ainda que subsidiária e não inserta no cálculo dos recursos empregados em manutenção e desenvolvimento do processo de ensino e aprendizagem, se apresenta **nitidamente incompatível** com o texto do artigo 237, *caput*, da Constituição Estadual, aplicado em conjunto com o artigo 213, *caput*, incisos I e II, e §1º, da Constituição Federal.

Confira-se, a propósito, a redação do dispositivo da Carta Federal ao qual, a despeito da argumentação

contrária veiculada pelo Prefeito Municipal, a Constituição Paulista faz inequívoca remissão³:

“Art. 213. Os recursos públicos serão destinados às escolas públicas, podendo ser dirigidos a escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, definidas em lei, que:

I – comprovem finalidade não-lucrativa e apliquem seus excedentes financeiros em educação;

II – assegurem a destinação de seu patrimônio a outra escola comunitária, filantrópica ou confessional, ou ao Poder Público, no caso de encerramento de suas atividades.

§ 1º Os recursos de que trata este artigo poderão ser destinados a bolsas de estudo para o ensino fundamental e médio, na forma da lei, para os que demonstrarem insuficiência de recursos, quando houver falta de vagas e cursos regulares da rede pública na localidade da residência do educando, ficando o Poder Público obrigado a investir prioritariamente na expansão de sua rede na localidade.”

³ Artigo 237, CE – “A educação, ministrada com base nos princípios estabelecidos no artigo 205 e seguintes da Constituição Federal e inspirada nos princípios de liberdade e solidariedade humana, tem por fim: (...)”.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

De uma simples leitura do preceito combatido diante da normativa constitucional aplicável, o vício de inconstitucionalidade se mostra evidente, à medida que expressamente descabido o repasse de recursos públicos, ao menos no campo da educação infantil, a entidades detentoras de finalidade lucrativa.

Não se ignora a excepcionalidade das situações capazes de dar ensejo à incidência do dispositivo impugnado, contudo, ainda assim, eventual escassez de instituições educacionais credenciadas para o exercício de atividade – a ser prioritariamente exercida pelo ente estatal – **não autoriza** o frontal descumprimento da norma constitucional restritiva.

Como ressaltado pela **Procuradoria-Geral de Justiça** em parecer: “[O] § 3º, do art. 7º, do ato normativo impugnado, ao autorizar o chamamento público de escolas particulares e com fins lucrativos, desatende ao disposto no artigo 213 da Constituição Federal, que limita a destinação de recursos públicos a escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas que não tenham fins lucrativos, salvo na hipótese de bolsas de estudo



para o ensino fundamental e médio, cumpridas as exigências do § 1º. Basilar regra interpretativa indica que a exceção constitucional deve ser interpretada restritivamente, não se autorizando, assim, sua aplicação extensiva para se permitir a transferência de recursos afetados ao ensino infantil às escolas privadas com fins lucrativos.” (fls.533/534, textual).

Em acréscimo, pertinentes os esclarecimentos de **Ana Paula de Barcellos** sobre a temática, “[A] particularidade das instituições do terceiro setor é que elas não têm fins lucrativos e nesse ponto elas se distinguem das empresas em geral e de certo modo também das cooperativas que, embora não tenham fins lucrativos em si, têm por objetivo promover a atividade econômica dos cooperados, de modo que eles tenham lucro com o seu trabalho. De outra parte, elas frequentemente se ocupam de atividades relacionadas com a promoção e proteção de direitos fundamentais, aproximando-se nesse sentido da própria atuação atribuída aos Estados contemporâneos. É secular a tradição brasileira de instituições filantrópicas dedicadas à atenção da saúde, educação, assistência social, amparo a idosos, entre outros temas. Ao menos desde a década de 1990 discute-se no



*Brasil, e antes disso em outras partes do mundo, o crescimento do chamado terceiro setor e suas repercussões sociais e jurídicas, bem como a conveniência de uma regulamentação mais adequada para tais atividades. **A Constituição de 1988 desde sua redação original já mencionava a colaboração entre o Estado e entidades do terceiro setor, e o tema se tornou mais frequente em emendas constitucionais editadas posteriormente. Assim, por exemplo, a Constituição trata do assunto ao cuidar: (i) da saúde (entidades sem fins lucrativos e as filantrópicas podem atuar em colaboração com o SUS por meio de convênios ou contratos de direito público – art. 199, § 1º); (ii) da educação (escolas comunitárias, filantrópicas ou confessionais sem fins lucrativos poderão receber recursos públicos em determinadas hipóteses – art. 213 –, valendo o registro de que instituições educacionais sem fins lucrativos gozam de imunidade tributária – art. 150, VI, c); (iii) da assistência social (que será prestada de forma descentralizada, com a colaboração de entidades beneficentes e de assistência social – art. 204 –, sendo válida a nota de que instituições de assistência social sem fins lucrativos gozam da imunidade tributária do art. 150, VI, c, e***

entidades beneficentes de assistência social usufruem de imunidade em relação às contribuições sociais – art. 195, § 7º); (iv) do sistema nacional de cultura (que contará com a cooperação de agentes públicos e privados – art. 216-A, § 1º, IV); e (v) do sistema nacional de ciência, tecnologia e inovação (que será organizado em regime de colaboração entre entes públicos e privados – art. 219-B).⁴

É clara, dessa forma, a incompatibilidade entre referida previsão e os termos do artigo 213, da Constituição Federal, **sendo imperativa sua retirada do ordenamento jurídico municipal.**

7. Por fim, no que se refere aos artigos 10 e 11, ambos do diploma paulistano, verifica-se que ao disciplinar as hipóteses de cancelamento do benefício relativo ao “**Programa Mais Educação Infantil**”, além do óbvio (e desejável) caso de surgimento de vaga na rede municipal de ensino, o legislador estabeleceu critérios relacionados (i) ao não preenchimento dos requisitos para o atendimento do estudante no âmbito da política pública, (ii) à veracidade das declarações prestadas pelos responsáveis legais pela criança e (iii) à frequência escolar do

⁴ Curso de direito constitucional. – Rio de Janeiro: Forense, 2018, Páginas 514/515



aluno. Foi fixada, ainda, a obrigatoriedade de comunicação, pela instituição de ensino credenciada, à Diretoria de Ensino Regional competente acerca do cancelamento do benefício.

Os preceitos em comento apresentam a seguinte redação:

“Art. 10. O benefício do Programa Mais Educação Infantil será cancelado nos seguintes casos:

I - automaticamente, quando a criança for encaminhada para uma vaga na Rede Municipal de Ensino;

II - quando não forem atendidos os requisitos estabelecidos pela lei ou por normas regulamentadoras;

III - quando for constatada falsidade nas declarações dos responsáveis legais pela criança;

IV - quando houver faltas injustificadas da criança durante 15 (quinze) dias consecutivos ou quando seu percentual de ausência injustificada durante o ano letivo ultrapassar 25% (vinte e cinco por cento).

Art. 11. Constatadas as hipóteses previstas nos incisos II, III e IV do art. 10 desta Lei, a instituição de ensino que atende a criança deverá comunicar à Diretoria Regional de



Educação para o cancelamento de vaga no Programa Mais Educação Infantil.”

Embora os parâmetros de exclusão da criança do programa público não se mostrem, isoladamente, desarrazoados, é medida de rigor conferir-lhes interpretação conforme a Constituição Estadual, de modo a se assegurar que, em razão do eventual desligamento do aluno do “**Programa Mais Educação Infantil**” nas hipóteses legalmente previstas, seja observado o **direito à permanência escolar**, nos moldes do artigo 237, *caput*, da Constituição Paulista, c.c. artigo 206, I, da Constituição Federal.

Busca-se, por meio de referida técnica decisória, a **eliminação de qualquer possibilidade de exclusão da criança do âmbito de atendimento da rede municipal de ensino**, seja diretamente pelo Poder Público ou através de instituição privada regularmente credenciada, resguardando-se, **de modo prioritário**, o regular exercício do direito ao “**acesso e permanência na escola**”.

Especificamente sobre a matéria, ressalta a doutrina de **Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet**

Branco: “[D]entre os direitos sociais, o direito à educação tem assumido importância predominante para a concretização dos valores tutelados pela Constituição e, principalmente, para a construção de patamar mínimo de dignidade para os cidadãos. (...). Além da previsão geral do art. 6º e do art. 205 da Constituição, que consagra o direito à educação como direito de todos e dever do Estado, o texto constitucional detalhou seu âmbito de proteção, nos arts. 205 a 214. Nesse sentido, estabeleceu uma série de princípios norteadores da atividade do Estado com vistas a efetivar esse direito, tais como a igualdade de condições para o acesso e permanência na escola, o pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas e a autonomia universitária, gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais, gestão democrática do ensino público, garantia de padrão de qualidade de piso salarial profissional nacional para os professores da educação pública, nos termos da lei federal (CF, art. 206). Dispôs, ainda, que União, Estados, Distrito Federal e Municípios deverão organizar seus sistemas de ensino em regime de colaboração.”⁵

Na mesma direção, encontra-se a lição de Ingo

Wolfgang Sarlet, Luis Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero:

⁵ Curso de direito constitucional. 12. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2017. Página 589

“*[E]nquanto o art. 205 enuncia que a educação é um direito de todos e obrigação do Estado e da família, o art. 206, em seus diversos incisos, estabelece uma série de diretrizes que devem ser observadas pelo Estado e pela família na realização do direito à educação, dentre as quais destacamos a já citada gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais, assim como a garantia da igualdade de condições para o acesso e permanência na escola, que nada mais consagra do que o dever específico de garantir a igualdade de oportunidades nesta seara, norma que seguramente apresenta também uma dimensão impositiva de condutas ativas por parte do Estado, da sociedade e da família.*⁶”

Os mesmos autores complementam o raciocínio, com detalhada análise da jurisprudência do **Supremo Tribunal Federal** a respeito da temática: “*[D]entre os precedentes do STF que podem ser referidos em caráter ilustrativo, destaca-se, pelo seu pioneirismo, o RE 436.996/SP (DJ 26.10.1995): reconhece a existência de um dever constitucional do Poder Público (notadamente do Município) em assegurar o atendimento gratuito de crianças até seis anos de idade em nível de pré-escola, a partir*”

⁶ Curso de direito constitucional. 6. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017. Página 689.

*de uma compreensão ampla do direito à educação. Em sentido idêntico, v. RE 472.707/SP, DJ 04.04.2006; RE 467.255/SP, DJ 14.03.2006; e RE 410.715/SP, DJ 08.11.2005. **No que diz com o vínculo entre o direito à educação infantil e o mínimo existencial, v., em especial, o AgIn 564.035/SP (DJ 15.05.2007), que assegura o direito da criança de obter vaga em creche municipal, acentuando que 'a educação compõe o mínimo existencial, de atendimento estritamente obrigatório pelo Poder Público, dele não podendo se eximir qualquer das entidades que exercem as funções estatais. O mínimo existencial afirma o conjunto de direitos fundamentais sem os quais a dignidade da pessoa humana é confiscada. E não se há de admitir ser esse princípio mito jurídico ou ilusão da civilização, mas dado constitucional de cumprimento incontornável, que encarece o valor de humanidade que todo ser humano ostenta desde o nascimento e que se impõe ao respeito de todos' (rel. Min. Cármen Lúcia Antunes Rocha). No mesmo sentido, v., ainda, o AgRg-RE 592.937/SC (DJe 12.05.2009) e o RE 600.419 (DJe 182, de 03.09.2009).⁷***

8. Ainda no que se refere à garantia

⁷ Idem, página 851.



constitucional sob exame, vale frisar que, com respaldo em julgados do Supremo Tribunal Federal, este Órgão Especial já considerou inconstitucionais diplomas normativos que, embora à vista de circunstâncias fáticas diversas, violavam o direito ao acesso e permanência na escola e outros serviços públicos tidos como essenciais.

Veja-se, a título de exemplo, o seguinte precedente: *“DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei nº 2.981, de 9 de outubro de 2017, do Município de Embu das Artes, de iniciativa parlamentar, a qual “Dispõe sobre o cartão cidadão de Embu das Artes e dá outras providências”. Exigência de apresentação do “Cartão Cidadão” para acesso a serviços públicos oferecidos pela Edilidade, inclusive aqueles qualificados como “essenciais”. (...). MÉRITO: Ofensa ao princípio da universalidade, visto que a norma revogadora, em leitura negativa, acaba por autorizar os órgãos públicos municipais a recusarem-se à prestação de serviços de caráter essencial a quem não possua referido documento, vulnerando, assim, a característica constitucional da “universalidade de acesso”. Violação aos arts. 144, 217, 219, 222, 237, 238, 239, 240, 264, 265, 266 e 277, todos da CE/SP (bem*



como, por via reflexa, aos arts. 196, 203, 204, 205, 215, 217, 225 e 227, todos da CR/88). Precedentes deste Colegiado e do STF. Eficácia "ex tunc" da declaração de inconstitucionalidade que, por se tratar de caso de fraude processual, retroage à data de início de vigor da lei revogada (Lei nº 2.981, de 9 de outubro de 2017). AÇÃO PROCEDENTE, uma vez rejeitada a preliminar de carência de ação." (Direta de Inconstitucionalidade 2090265-87.2018.8.26.0000; Relator: Beretta da Silveira; Órgão Especial; Data do Julgamento: 13/02/2019).

9. Em suma, respeitado o posicionamento diverso e consignada minha concordância quanto aos demais termos do voto do E. Relator, entendo ser o caso de parcial procedência do pedido para (a) declarar a inconstitucionalidade do §3º, do artigo 7º, Lei Municipal 17.437, de 12 de agosto de 2020, em razão da nítida infringência aos termos do artigo 237, *caput*, da Constituição Paulista, c.c. artigo 213, inciso I e II, e §1º, da Constituição Federal, e (b) conferir interpretação conforme a Constituição aos artigos 10 e 11, também do diploma paulistano, de modo a estabelecer que qualquer forma de desligamento dos alunos em relação ao **“Programa Mais Educação Infantil”** deve



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

preservar, integralmente, o direito ao acesso e à permanência na escola, titularizado por referidos sujeitos e previsto expressamente no artigo 206, inciso I, da Constituição Federal.

10. Ante o exposto, por este voto, **julga-se parcialmente procedente o pedido da presente ação direta**, declarando-se a inconstitucionalidade do §3º, do artigo 7º, Lei 17.437, de 12 de agosto de 2020, do Município de São Paulo, por infringência ao artigo 237, *caput*, da Constituição Estadual, c.c. artigo 213, inciso I e II, e §1º, da Constituição Federal, e conferindo-se interpretação conforme a Constituição aos artigos 10 e 11, da mesma norma, de modo a estabelecer que qualquer forma de desligamento dos alunos do “**Programa Mais Educação Infantil**” deve preservar, na íntegra, o direito ao acesso e à permanência na escola, nos termos do artigo 206, inciso I, da Constituição Federal.

Márcio Bartoli

Relator Designado



Voto nº 32627

Direta de Inconstitucionalidade nº 2196035-98.2020.8.26.0000

Comarca: São Paulo

Autor: Diretório Estadual do Partido Socialismo e Liberdade - PSOL

Réus: Prefeito do Município de São Paulo e Mesa da Câmara Municipal de São Paulo

Interessados: Sindicato dos Especialistas de Educação do Ensino Público Municipal - SINESP e Município de São Paulo

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

Declaro voto por discordar da posição adotada pela douta maioria.

Trata-se de ação ajuizada pelo Diretório Estadual do Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) a pretender a declaração de inconstitucionalidade de vários dispositivos normativos da Lei nº 17.437, de 12 de agosto de 2020, do Município de São Paulo, que trata do programa 'Mais Educação Infantil', a partir de projeto de lei de iniciativa do Prefeito daquela municipalidade.

Diz o partido-autor que os artigos 6º, 7º, 8º, 9º, 10, 11, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25 e 26 da lei oburgada violam frontalmente os artigos 25, 117 e 237 da Constituição do Estado de São Paulo, além de atentar contra pressupostos da Constituição Federal nos campos da educação e licitação, eis que tratam sobre a organização das unidades educacionais para a retomada das aulas presenciais, com prorrogação dos mandatos do Conselho Municipal de Assistência Social e do Conselho de Habitação, criando um benefício mensal a ser pago por cada criança de 4 a 5 anos que for matriculada em vagas de instituição de ensino privado, resultando na sua indevida 'privatização' e na ausência de investimento na construção e manutenção dos prédios das escolas municipais. Assevera, ainda, que a matrícula subvencionada na instituição privada, caso ocorra o 'cancelamento'



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

da bolsa, poderá resultar em violação aos princípios da igualdade e garantia de padrão de qualidade previstos no artigo 206 da CF. Aduz, finalmente, que o estado de calamidade pública da pandemia do COVID-19, na forma da EC 106/2020 na CF/88, não autoriza regramentos em caráter 'permanente' como os estabelecidos no 'Programa Mais Educação Infantil' paulistano, como os auxílios para uniforme e material escolar.

O pedido de concessão de antecipação de tutela em caráter cautelar foi negado (fls. 405/409).

Após regular citação (fls. 507), o Procurador Geral do Estado não se manifestou (fls. 512).

O Prefeito Municipal, nas suas informações de fls. 441/457, sustenta a constitucionalidade integral da Lei nº 17.437/2020, porque é estabelecido no artigo 208, inciso V, da CF/88 o acesso à creche e pré-escola para todas as crianças até 5 anos de idade, sendo prerrogativa do Município atuar na educação infantil e ensino fundamental. Assevera que o programa 'Mais Educação Infantil' não tem por objetivo substituir qualquer política pública, mas garantir vaga pela rede credenciada quando esta não houver na rede pública, não havendo vedação constitucional para a celebração de parcerias e convênios.

A Câmara Municipal também ofertou suas informações (fls. 461/494), reproduzindo, em grande parte, os mesmos argumentos do Prefeito, acrescentando que não haverá criação ou aumento de despesas, atendendo o estabelecido no artigo 3º da Emenda Constitucional nº 106/2020, no que diz respeito à alegação de assunção de despesas em caráter permanente, pois o programa tem o objetivo de atenuar a calamidade pública decorrente do COVID-19.

A douta Procuradoria Geral de Justiça, no seu parecer de fls. 515/538, opina pela procedência parcial da ação, porque não obstante a ausência de inconstitucionalidade na celebração de parcerias e convênios, mediante chamamento público



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

e difuso para aumentar a oferta de vagas na educação infantil, observado que não há criação de nova despesa com material escolar e uniformas, mas seu redirecionamento, os recursos não podem ser direcionados para entidades com fins lucrativos, nos termos do preceito do artigo 213, § 1º, da Constituição Federal.

É o sucinto relatório.

**DO PROGRAMA PAULISTANO 'MAIS
EDUCAÇÃO INFANTIL'**

Leitura da inicial revela a intenção de declaração de inconstitucionalidade dos artigos 6º a 11 e 17 a 26 da Lei Municipal nº 17.437, de 12 de agosto de 2020, com o seguinte teor (fls. 47/55):

Artigo 6º - Fica o Poder Executivo autorizado a instituir o Programa Mais Educação Infantil consistente na concessão de benefício mensal pago individualmente por criança de 4 e 5 anos, diretamente a instituições de ensino previamente credenciadas.

§ 1º - A concessão do benefício de que trata o caput deste artigo tem caráter provisório e emergencial e cessará ao final do ano letivo, após a disponibilização de vaga nas unidades educacionais da Rede Municipal de Ensino.

§ 2º - O número de beneficiários do Programa não pode ser superior a 5% (cinco por cento) do número de alunos de 4 e 5 anos de idade matriculados na rede pública municipal, direta e parceira.

Artigo 7º - O Poder Executivo fica autorizado a efetuar o chamamento público para o credenciamento de instituições de ensino que atendam aos seguintes requisitos:

I - não tenham fins lucrativos, sejam



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

comunitárias, confessionais ou filantrópicas, atendendo às condições do art. 213 da Constituição Federal;

II - realizem o atendimento de crianças de 4 (quatro) a 5 (cinco) anos de idade;

III - estejam localizadas no Município de São Paulo;

IV - tenham interesse em firmar contrato com a Secretaria Municipal de Educação para o atendimento às crianças beneficiárias do Programa Mais Educação Infantil.

§ 1º - O chamamento público será promovido pela Secretaria Municipal de Educação.

§ 2º - Para participar do chamamento público a instituição de ensino deverá apresentar a comprovação de sua regularidade jurídica, fiscal e trabalhista e ser regularmente autorizada a funcionar como escola de educação infantil, conforme normas do Conselho Municipal de Educação.

§ 3º - Caso o número de instituições de ensino credenciadas na forma do caput deste artigo seja insuficiente para atender à demanda, fica o Poder Executivo autorizado, a seu critério, a efetuar chamamento público para credenciamento de escolas que não se enquadrem no previsto no inciso I do caput deste artigo.

§ 4º - As despesas decorrentes da execução do Programa Mais Educação Infantil com as instituições de ensino referidas no parágrafo anterior não serão consideradas como de manutenção e desenvolvimento do processo de ensino-aprendizagem, conforme disposto no art. 2º da Lei nº 13.245, de 26 de dezembro de 2001.

Artigo 8º - O benefício do Programa Mais Educação Infantil será pago à instituição de ensino credenciada de



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

acordo com o número de crianças atendidas, mediante a celebração de contrato com a Administração Pública Municipal.

§ 1º - As vagas serão oferecidas seguindo a ordem do cadastro de demanda em sistema próprio da Secretaria Municipal de Educação.

§ 2º - A instituição de ensino credenciada deve:

I - garantir a permanência na escola para todas as crianças encaminhadas pela Secretaria Municipal de Educação, sem distinção entre os pagantes e os beneficiados pelo Programa de que trata esta Lei;

II - promover atendimento totalmente gratuito para as crianças e suas famílias;

III - promover a educação inclusiva de crianças com deficiência;

IV - garantir a alimentação adequada para as crianças atendidas pelo Programa;

V - garantir os parâmetros de qualidade exigidos da Rede Municipal de Ensino;

VI - emitir a Nota Fiscal de Serviços Eletrônica - NFS-e com a indicação do responsável da criança no campo reservado ao tomador de serviços.

Artigo 9º - As instituições de ensino credenciadas que atendam crianças no âmbito do Programa Mais Educação Infantil serão supervisionadas pela respectiva Diretoria Regional de Educação competente.

Parágrafo único - As informações de frequência das crianças atendidas no Programa Mais Educação Infantil serão encaminhadas mensalmente pela instituição de ensino credenciada à respectiva Diretoria Regional de



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Educação.

Artigo 10 - O benefício do Programa Mais Educação Infantil será cancelado nos seguintes casos:

I - automaticamente, quando a criança for encaminhada para uma vaga na Rede Municipal de Ensino;

II - quando não forem atendidos os requisitos estabelecidos pela lei ou por normas regulamentadoras;

III - quando for constatada falsidade nas declarações dos responsáveis legais pela criança;

IV - quando houver faltas injustificadas da criança durante 15 (quinze) dias consecutivos ou quando seu percentual de ausência injustificada durante o ano letivo ultrapassar 25% (vinte e cinco por cento).

Artigo 11 - Constatadas as hipóteses previstas nos incisos II, III e IV do art. 10 desta Lei, a instituição de ensino que atende a criança deverá comunicar à Diretoria Regional de Educação para o cancelamento de vaga no Programa Mais Educação Infantil.

[...]

Artigo 17 - Fica instituído o Programa Auxílio Uniforme Escolar para estudantes matriculados na Rede Pública do Município de São Paulo, com os seguintes objetivos:

I - possibilitar a aquisição, diretamente pelos responsáveis, dos itens de vestuário utilizados para uniformização escolar;

II - oportunizar ao beneficiário poder de escolha dos uniformes a serem adquiridos;

III - descentralizar a aquisição como forma de fomentar as atividades em



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

diferentes estabelecimentos especializados na comercialização de uniformes escolares.

Artigo 18 - O valor anual do auxílio será definido por portaria a partir da disponibilidade orçamentária e o custo básico de um kit, definido pela Secretaria competente.

§ 1º - O valor será definido por estudante beneficiário e poderá ser diferente em razão da faixa etária, desde que devidamente justificado no ato normativo que o fixar.

§ 2º - O auxílio financeiro, previsto no caput deste artigo, será disponibilizado aos pais e responsáveis legais dos estudantes matriculados na Rede Pública Municipal de Ensino e será utilizado segundo as regras estabelecidas pela Secretaria competente.

Artigo 19 - Os itens do uniforme serão de livre escolha dos responsáveis pelos estudantes, dentre os itens definidos como padrão da Secretaria Municipal de Educação.

Artigo 20 - O auxílio uniforme escolar deve ser usado exclusivamente para aquisição de peças de vestuário de uniforme escolar, em estabelecimentos credenciados, de livre escolha dos pais ou responsáveis do estudante, observando o modelo padronizado pela Secretaria Municipal de Educação e divulgado nas escolas municipais.

Artigo 21 - A fiscalização e controle da regular aplicação dos recursos ocorrerá pelo sistema implementado para concessão do benefício.

Artigo 22 - Constitui infração ao disposto nesta Lei o desvio de finalidade na utilização do auxílio uniforme escolar.

§ 1º - Sem prejuízo da sanção penal, os pais ou responsáveis pelos estudantes



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

que utilizarem ilicitamente o valor do auxílio uniforme escolar serão excluídos do Programa e estarão obrigados a efetuar o ressarcimento integral da importância recebida, corrigida na forma da legislação municipal aplicável, bem como ficarão impedidos do recebimento de recursos deste ou de qualquer outro Programa mantido pelo Município.

§ 2º - A pessoa jurídica, que concorrer para o desvio na utilização dos recursos do Programa instituído pela presente Lei, ficará sujeita à responsabilização administrativa prevista na Lei Federal nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, sem prejuízo das sanções penais e civis aplicáveis ao caso.

Artigo 23 - Fica instituído o Programa Material Escolar, destinado à concessão de material didático escolar, para atender as necessidades dos estudantes regularmente matriculados na rede pública de ensino da Prefeitura de São Paulo.

Artigo 24 - A concessão de material didático escolar é feita aos beneficiários uma vez ao ano, e a lista do material deve ser disponibilizada em sítio eletrônico da Secretaria Municipal de Educação, para consulta, com a descrição de cada item a ser adquirido.

Parágrafo único - Os beneficiários do Programa de que trata esta Lei só podem adquirir materiais escolares dos itens previamente especificados na lista disponibilizada pela Secretaria.

Artigo 25 - A concessão do benefício previsto nesta Lei se dá por meio de auxílio financeiro destinado à aquisição dos itens pela família do beneficiário ou por meio de distribuição direta de materiais didáticos escolares, adquiridos pela Secretaria Municipal de Educação, cabendo a esta adotar, entre essas opções, a que considerar mais adequada.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

§ 1º - O auxílio financeiro previsto no caput deste artigo será disponibilizado aos pais e responsáveis legais dos estudantes matriculados na rede municipal de ensino.

§ 2º - Quando adotada a opção da concessão do auxílio financeiro, os estabelecimentos comerciais que, aptos a comercializar os itens às famílias beneficiárias, descumpram as regras estabelecidas pela Secretaria Municipal de Educação serão suspensos de participação no Programa por 3 (três) anos, sem prejuízo de eventuais sanções civis e criminais aplicáveis ao caso.

Artigo 26 - O Poder Executivo regulamentará o credenciamento dos estabelecimentos comerciais fornecedores de material didático escolar e os mecanismos de controle social, garantindo publicidade dos dados do Programa, inclusive em relação ao detalhamento da execução financeira e orçamentária, por meio de divulgação no Portal da Transparência e no Portal da Secretaria Municipal de Educação em especial da lista de estabelecimentos credenciados e do número de estudantes beneficiados.

No que diz aos pontos levantados na petição inicial, reproduz-se as normas constitucionais pertinentes (com alguns destaques deste Relator):

CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Artigo 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.

Artigo 206 - O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

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 ideias 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.

Parágrafo único. A lei disporá sobre as categorias de trabalhadores considerados profissionais da educação básica e sobre a fixação de prazo para a elaboração ou adequação de seus planos de carreira, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Artigo 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



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

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.

§ 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.

§ 3º - Compete ao Poder Público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela frequência à escola.

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

§ 1º - A União organizará o sistema federal de ensino e o dos Territórios, financiará as instituições de ensino públicas federais e exercerá, em matéria educacional, função redistributiva e supletiva, de forma a garantir equalização de oportunidades educacionais e padrão mínimo de qualidade do ensino mediante assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios.

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

§ 3º - Os Estados e o Distrito Federal atuarão prioritariamente no ensino fundamental e médio.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

§ 4º - Na organização de seus sistemas de ensino, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios definirão formas de colaboração, de modo a assegurar a universalização do ensino obrigatório.

§ 5º - A educação básica pública atenderá prioritariamente ao ensino regular.

Artigo 213 - Os recursos públicos serão destinados às escolas públicas, podendo ser dirigidos a escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, definidas em lei, que:

I - comprovem finalidade não-lucrativa e apliquem seus excedentes financeiros em educação;

II - assegurem a destinação de seu patrimônio a outra escola comunitária, filantrópica ou confessional, ou ao Poder Público, no caso de encerramento de suas atividades.

§ 1º - Os recursos de que trata este artigo poderão ser destinados a bolsas de estudo para o ensino fundamental e médio, na forma da lei, para os que demonstrarem insuficiência de recursos, quando houver falta de vagas e cursos regulares da rede pública na localidade da residência do educando, ficando o Poder Público obrigado a investir prioritariamente na expansão de sua rede na localidade.

§ 2º - As atividades de pesquisa, de extensão e de estímulo e fomento à inovação realizadas por universidades e/ou por instituições de educação profissional e tecnológica poderão receber apoio financeiro do Poder Público.

CONSTITUIÇÃO ESTADUAL

Artigo 25 - Nenhum projeto de lei que implique a criação ou o aumento de despesa pública será sancionado sem que dele conste a indicação dos recursos disponíveis, próprios para atender aos novos encargos.

Artigo 117 - Ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

de licitação pública, que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Artigo 237 - A educação, ministrada com base nos princípios estabelecidos no artigo 205 e seguintes da Constituição Federal e inspirada nos princípios de liberdade e solidariedade humana, tem por fim:

I - a compreensão dos direitos e deveres da pessoa humana, do cidadão, do Estado, da família e dos demais grupos que compõem a comunidade;

II - o respeito à dignidade e às liberdades fundamentais da pessoa humana;

III - o fortalecimento da unidade nacional e da solidariedade internacional;

IV - o desenvolvimento integral da personalidade humana e a sua participação na obra do bem comum;

V - o preparo do indivíduo e da sociedade para o domínio dos conhecimentos científicos e tecnológicos que lhes permitam utilizar as possibilidades e vencer as dificuldades do meio, preservando-o;

VI - a preservação, difusão e expansão do patrimônio cultural;

VII - a condenação a qualquer tratamento desigual por motivo de convicção filosófica, política ou religiosa, bem como a quaisquer preconceitos de classe, raça ou sexo;

VIII - o desenvolvimento da capacidade de elaboração e reflexão crítica da realidade.

Artigo 247 - A educação da criança de zero a seis anos, integrada ao sistema de ensino, respeitará as características próprias dessa faixa etária.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Pois bem. Conforme adiantado no exame do pedido de antecipação da tutela, análise da Lei nº 17.437, de 12 de agosto de 2020 permite identificar que seu propósito era de propiciar o retorno às aulas presenciais na rede municipal de ensino, mediante a adoção de medidas pedagógicas excepcionais e programas de auxílios financeiros para a completa garantia da educação, principalmente no nível infantil, além de assistência aos profissionais a ela envolvidos.

Não há dúvida de que a conveniência, ou não, de retorno das aulas presenciais no curso da curva pandêmica, tem gerado debates acalorados em diversos setores da sociedade brasileira, principalmente em regiões onde a evolução epidemiológica é preocupante. Por outro lado, também se mostra incontroverso que essa decisão deve ser tomada pelo Chefe do Poder Executivo de cada Município, segundo determina o artigo 211, § 2º, da Constituição Federal, obviamente, sob condicionantes das barreiras sanitárias necessárias à segurança e proteção da saúde de alunos, professores, funcionários e aos familiares de todos esses.

A situação é bastante complexa, pois a dinâmica viral do COVID-19 ainda não é completamente conhecida, bem como a exata delimitação de grupos de riscos daqueles ditos 'assintomáticos', tornando inócuas medidas profiláticas como medição de temperatura por equipamento infravermelho nas portas das escolas. Por outro lado, a situação de verdadeiro 'cativeiro' das crianças impõe efeitos deletérios na sua formação pessoal e cultural, além de potencializar doenças de natureza psicológica, com repercussões no seu futuro, tanto que a Sociedade Brasileira de Pediatria recomendou o retorno imediato às aulas (<https://www.sbp.com.br/imprensa/detalhe/nid/sbp-se-manifesta-sobre-retorno-as-aulas-em-meio-a-pandemia-do-novo-coronavirus/>). A decisão é difícil, mas os gestores públicos e políticos receberam seus mandatos do povo para tomá-la, ponderando os prós e contras.

Dito isto, a comparação do estabelecido no artigo 7º, inciso I, da Lei objurgada em contraste com o preceito do artigo 213, inciso I e § 1º, da Constituição Federal (aqui examinada dentro do preceito do **TEMA 484**, em repercussão geral no S.T.F.) permite identificar ausência



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

de qualquer incompatibilidade material, eis que a norma municipal coloca como requisito obrigatório para participar do chamamento público que a instituição de ensino não tenha fim lucrativo e seja do segmento comunitário, confessional ou filantrópica.

Nesse aspecto, os direitos garantidos nos artigos 205 e seguintes da Constituição Federal, bem como nos artigos 237 e 247 da Carta Bandeirante, para as crianças elegíveis para a Educação Infantil, em um cenário em que há excesso de demanda e falta de vagas na rede pública oficial, podem ser conferidos às mesmas mediante o plano 'Mais Educação Infantil' estabelecido na Lei Municipal nº 17.437/2020.

E, no que tange aos Programas de Auxílio de Uniforme Escolar e de Material Escolar, tratados nos artigos 17 a 26 da mencionada Lei, não há qualquer violação aos princípios da responsabilidade fiscal e do respeito ao orçamento público.

Nesse contexto, a EC-106, de 07 de maio de 2020, promulgada pelo Congresso Nacional, instituiu um regime extraordinário fiscal, financeiro e de contratações emergenciais com vigência durante o decreto de calamidade pública em função da pandemia até 31/12/2020 (Decreto Legislativo nº 6/2020), cujos efeitos foram prorrogados pelo Ministro Ricardo Lewandowski no bojo da **Medida Cautelar na ADi 6.625/DF**, em 30/12/2020, ao dar interpretação ampliativa ao artigo 8º da Lei Federal 13.979/2020.

Com base nisso, houve decisão do Congresso Nacional, a partir de proposta do Poder Executivo, da edição da **Lei Complementar nº 173, de 25 de maio de 2020**, pela qual há uma complexa reestruturação das transferências orçamentárias entre os entes da Federação, mediante a restrição, dentre outros, do aumento de despesa envolvendo o funcionalismo público até 31/12/2021 (artigo 8º), o que refletiria na capacidade de aumento de efetivo nas escolas municipais, de modo que a absorção de alunos em situação de paralisação do ensino (2020) e os ingressantes em 2021, em princípio, deva ser parcialmente redirecionada à rede privada, sendo que tal circunstância, ou seja, a natureza de ultratividade sobre o encerramento do estado de calamidade pública, não caracterizará, ao que parece, uma medida de caráter permanente, mas de efeito provisório até os sistemas de ensino estarem alinhados e



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

calibrados segundo a estruturação a ser feita pelo gestor público.

Aliás, foi nesse exato cenário de emergência que foi promulgada a **EC 109**, em 15/03/2021, alterando dispositivos da Constituição Federal, no que aqui interessa, o seu artigo 167, pelo qual é criado um sistema de responsabilidade fiscal mitigada para o enfrentamento de quadros de calamidade pública, inclusive com criação de despesas transitórias de caráter não continuado. Nessa quadra, a concessão da bolsa na forma do artigo 6º, § 1º, da Lei objurgada está em perfeita sintonia com a citada PEC Emergencial para o ano de 2021.

Não há assim, como bem pontuado no parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, criação de despesa obrigatória em caráter permanente pelo fornecimento de material escolar e uniforme aos alunos que, eventualmente, sejam atendidos na rede credenciada, pois eles também teriam direito a esses itens se estivessem na rede pública, de modo que a despesa apenas será contabilizada em outra rubrica.

Portanto, o chamamento público amplo e difuso de escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, sem finalidade lucrativa, para celebração de convênio ou parceria com a Prefeitura do Município de São Paulo, com o objetivo de credenciamento de vagas que poderão ser utilizadas para a matrícula de crianças não absorvidas pela rede de ensino oficial na Educação Infantil, por excesso de demanda ou distância que a inviabilize (artigo 4º, inciso X, da Lei 9.394/96 – Diretrizes e Bases da Educação Nacional), não comporta qualquer vício de inconstitucionalidade pelos parâmetros estabelecidos nas Constituições Federal e Estadual.

ANÁLISE FINAL

Estabelecida a fundamentação analítica determinada pelo artigo 489, § 1º, do Novo C.P.C., **pelo meu voto, reconhecia a constitucionalidade** dos artigos 6º a 11 e 17 a 26 da Lei nº 17.437, de 12 de agosto de 2020, do Município de São Paulo.

Pelo meu voto, assim, nos termos acima especificados, **julgava improcedente a ação.**



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

JACOB VALENTE
Relator Sorteado Vencido



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Este documento é cópia do original que recebeu as seguintes assinaturas digitais:

Pg. inicial	Pg. final	Categoria	Nome do assinante	Confirmação
1	27	Acórdãos Eletrônicos	MARCIO ORLANDO BARTOLI	15709A7C
28	44	Declarações de Votos	JOSE JACOB VALENTE	157DAFC5

Para conferir o original acesse o site:

<https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/sg/abrirConferenciaDocumento.do>, informando o processo 2196035-98.2020.8.26.0000 e o código de confirmação da tabela acima.