

PARECER Nº 0087/2009 DA COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E LEGISLAÇÃO PARTICIPATIVA SOBRE O **PROJETO DE LEI Nº 0108/09**.

Trata-se de projeto de lei, de autoria do Nobre Vereador Arselino Tatto, que institui o "Programa auxílio-creche" às mães não atendidas na rede pública municipal de creches do Município de São Paulo.

Sob o aspecto jurídico o projeto pode prosseguir em tramitação, eis que apresentado no regular exercício da competência legislativa desta Casa.

Com efeito, versa o projeto sobre proteção à criança, matéria para a qual esta Casa detém competência legislativa suplementar, nos termos do art. 30, II, da Constituição Federal. Outrossim, fundamentam ainda a competência legislativa os artigos 13, incisos I e II, e 37, caput, ambos da Lei Orgânica do Município.

Insta registrar inicialmente que as crianças pertencem a uma classe de sujeitos especiais – assim como os idosos e as pessoas portadoras de necessidades especiais – aos quais o ordenamento jurídico determina que seja dada proteção especial. Exatamente neste sentido dispõem o art. 227 da Constituição Federal e o art. 7º, parágrafo único da Lei Orgânica do Município, este último estabelecendo que a criança e o adolescente são considerados prioridade absoluta do Município. Também não é demais lembrar que o Estatuto da Criança e do Adolescente determina em seu art. 4º o dever do Poder Público de assegurar com absoluta prioridade a efetivação dos direitos fundamentais das crianças, dentre os quais destaca-se o direito à educação.

O direito ao atendimento em creches possui matriz constitucional, estando expressamente consignado no art. 208, IV da Constituição Federal e a efetivação de tal direito é fundamental para que as mães tenham onde deixar seus filhos sabendo que serão adequadamente cuidados e educados e, assim, poderem trabalhar tranquilamente a fim de prover o sustento de suas famílias. Assim ocorrendo, em última análise, estará sendo preservada e estimulada a paz social, bem maior a ser protegido pelo ordenamento jurídico.

Neste sentido e confirmando o posicionamento do Tribunal de Justiça de São Paulo, já se manifestou o Supremo Tribunal Federal nos autos do Agravo de Instrumento nº 677274, julgado que, recentemente, teve grande repercussão, consoante segmento abaixo reproduzido:

"EMENTA: CRIANÇA DE ATÉ CINCO ANOS DE IDADE. ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA. EDUCAÇÃO INFANTIL. DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV, NA REDAÇÃO DADA PELA EC Nº 53/2006). COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO. DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º). AGRAVO IMPROVIDO.

- 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 até 5 (cinco) 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 impôs 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.” (grifos do original)

Convém ponderar, ainda, que a propositura encontra-se respaldada no princípio da razoabilidade, o qual, como é cediço, é de observância obrigatória pelo Poder Público, consoante se depreende de forma implícita da Constituição Federal e de modo expresso da Constituição Estadual (art. 111). Com efeito, ainda que esteja sedimentado o entendimento de que o Poder Público deve assegurar o atendimento em creches, é fato público e notório que até o momento a demanda ainda supera a quantidade de vagas existentes, de forma que permanece sem efetividade a garantia assegurada pela Carta Magna. Evidenciada, portanto, a necessidade da propositura que objetiva senão corrigir, ao menos, atenuar essa distorção. Outrossim, também se constata facilmente a adequação da medida proposta, posto que através do auxílio pecuniário as mães terão algum recurso financeiro para ajudar no pagamento das despesas de uma escola privada, valendo ressaltar que o valor proposto (meio salário mínimo) também se mostra compatível com a situação.

Por fim, deve ser registrado que embora não seja posição predominante, é plenamente sustentável o entendimento de que a sanção convalida o vício de iniciativa, notadamente quando se tem em pauta tema de envergadura constitucional como é o caso da efetivação do direito de atendimento em creches. Neste ponto, oportuno mencionar ilustrativamente posição doutrinária a respeito:

“...Não é esta a sede adequada para nos posicionarmos sobre a controvérsia de forma genérica. No entanto, na hipótese que ora analisamos (o projeto de lei que visa efetivar norma constitucional), a irregularidade formal desenganadamente deve ceder diante da dupla manifestação de vontade, do Poder Legislativo e do Poder Executivo, ambas fazendo nada mais do que concretizar a chamada ‘vontade de constituição’, na clássica expressão de Konrad Hesse (Wille der Verfassung).

A aplicação do princípio da efetividade, neste caso, encerra toda a controvérsia acima reportada, posto que insustentável a oposição de um vício formal deste quilate à vontade constituinte de efetivar as normas constitucionais.” (in artigo intitulado “A iniciativa privativa no processo legislativo diante do princípio interpretativo da efetividade da Constituição”, de autoria de Sérgio Antônio Ferrari Filho). (grifamos)

Registre-se que nos termos do art. 41, XI, da Lei Orgânica do Município é necessária a realização de 2 audiências públicas durante a tramitação da presente propositura.

Pelo exposto, somos PELA LEGALIDADE.

Sala da Comissão de Constituição, Justiça e Legislação Participativa, 08/4/09

Ítalo Cardoso – PT – Presidente

João Antonio – PT - Relator

Abou Anni – PV

Celso Jatene – PTB

Gabriel Chalita – PSDB

Gilberto Natalini – PSDB

José Olímpio – PP