

PARECER Nº 1127/2010 DA COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E LEGISLAÇÃO PARTICIPATIVA SOBRE O PROJETO DE LEI Nº 0517/09.

Trata-se de projeto de lei, de autoria do Nobre Vereador Paulo Frange, que visa alterar redação dos artigos 2º e 3º da Lei Municipal nº 13.328, de 13 de fevereiro de 2002, que dispõe sobre o funcionamento de creches no horário noturno, e dá outras providências.

Consoante se depreende da justificativa da propositura, o objetivo seria o de ampliar o atendimento previsto por referida Lei, uma vez que a estrutura atual não atenderia a contento a demanda, bem como se conferiria maior proteção às crianças, visto que a medida proposta poderia contribuir para evitar casos de violência doméstica, de modo geral, e de violência sexual, em particular.

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, inciso 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 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 de São Paulo, estabelecendo este último 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 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 através do art. 208, inciso IV, da Constituição Federal, sendo que a efetivação de tal direito é fundamental para que os pais tenham onde deixar seus filhos enquanto estiverem trabalhando, sabendo que serão adequadamente cuidados e educados, podendo, assim, 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 677.274, 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 expreso da Constituição Estadual (art. 111). Com efeito, razoável se mostra que tenham os pais um local adequado de sua confiança para deixarem seus filhos enquanto trabalham para assegurar-lhes sustento, mesmo que seja no período noturno. Evidenciada, portanto, a necessidade da propositura.

Contudo, no caso concreto sob análise, ao lado do bem jurídico tutelado da proteção e defesa das crianças, outros existem e precisam ser com ele compatibilizados, sendo papel também desta Comissão analisar se a reserva de iniciativa foi respeitada, uma vez que obriga expressamente aos estabelecimentos de ensino de educação infantil municipais que funcionem no horário noturno que ampliem seu atendimento, abarcando crianças cujo pai ou mãe ou responsável trabalhe à noite.

Nesse aspecto cumpre registrar que a Lei Orgânica do Município não mais prevê a iniciativa privativa ao Prefeito para apresentação de projetos de lei que versem sobre serviços públicos, como, aliás, não poderia deixar de ser, posto que tal previsão não encontrava respaldo na Constituição Federal.

Há que se observar ainda que, não obstante o entendimento do Tribunal de Justiça de São Paulo seja bastante restritivo acerca da iniciativa para legislar sobre a prestação de serviços públicos, porque é matéria atinente à organização administrativa, de iniciativa legislativa privativa do Prefeito (art. 37, § 2º, IV, da LOM), o Supremo Tribunal Federal, nos autos da ADIN 3394-8, firmou o seguinte entendimento:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGOS 1º, 2º E 3º DA LEIN. 50, DE 25 DE MAIO DE 2.004, DO ESTADO DO AMAZONAS. TESTE DE MATERNIDADE E PATERNIDADE. REALIZAÇÃO GRATUITA. EFETIVAÇÃO DO DIREITO À ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. LEI DE INICIATIVA PARLAMENTAR QUE CRIA DESPESA PARA O ESTADO-MEMBRO. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL NÃO ACOLHIDA. CONCESSÃO DEFINITIVA DO BENEFÍCIO DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. QUESTÃO DE ÍNDOLE PROCESSUAL. INCONSTITUCIONALIDADE DO INCISO II DO ARTIGO 2º. SUCUMBÊNCIA NA AÇÃO INVESTIGATÓRIA. PERDA DO BENEFÍCIO DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. INCONSTITUCIONALIDADE DO INCISO III DO ARTIGO 2º. FIXAÇÃO DE PRAZO PARA CUMPRIMENTO DA DECISÃO JUDICIAL QUE DETERMINAR O RESSARCIMENTO DAS DESPESAS REALIZADAS PELO ESTADO-MEMBRO. INCONSTITUCIONALIDADE DO INCISO IV DO ARTIGO 2º. AFRONTA AO DISPOSTO NO ARTIGO 61, § 1º, INCISO II, ALÍNEA “E”, E NO ARTIGO 5º, INCISO LXXIV, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL .

1. Ao contrário do afirmado pelo requerente, a lei atacada não cria ou estrutura qualquer órgão da Administração Pública local. Não procede a alegação de que

qualquer projeto de lei que crie despesa só poderá ser proposto pelo Chefe do Executivo. As hipóteses de limitação da iniciativa parlamentar estão previstas, em numerus clausus, no artigo 61 da Constituição do Brasil --- matérias relativas ao funcionamento da Administração Pública, notadamente no que se refere a servidores e órgãos do Poder Executivo. Precedentes.

2.Reconhecimento, pelas Turmas desta Corte, da obrigatoriedade do custeio do exame de DNA pelo Estado-membro, em favor de hipossuficientes.

3.O custeio do exame pericial da justiça gratuita viabiliza o efetivo exercício do direito à assistência judiciária, consagrado no artigo 5º, inciso LXXIV, da CB/88.

(...)

7.Ação direta julgada parcialmente procedente para declarar inconstitucionais os incisos I, III e IV, do artigo 2º, bem como a expressão “no prazo de sessenta dias a contar da sua publicação”, constante do caput do artigo 3º da Lei n. 50/04 do Estado do Amazonas. (ADI 3394-8, Supremo Tribunal Federal, Relator Ministro Eros Grau, Acórdão, DJ 24.08.2007) (grifamos)

Vê-se assim que o STF, no presente caso concreto, afastou o vício de iniciativa para garantir a assistência judiciária gratuita consagrada pelo texto constitucional no que entendeu ser o seu grau mínimo de efetividade.

Assim, embora em regra a imposição de prestações materiais seja questão adstrita à esfera administrativa do Executivo, que é quem exerce os atos de governo, o STF tem assegurado o atendimento dessas prestações materiais no que entende ser o seu grau mínimo de efetividade, conforme se extrai da lição do Ministro Gilmar Ferreira Mendes:

"A Constituição brasileira acolheu essa garantia do mínimo social. O art. 201, § 5º, da Constituição, estabelece o salário mínimo como piso dos benefícios previdenciários, e o Supremo Tribunal Federal tem jurisprudência sedimentada no sentido de que essa norma é auto-aplicável.

...

A jurisprudência do STF também registra precedentes em que, para se obviar que normas de cunho social, ainda que de feição programático, convertam-se em ‘ promessa constitucional insequente ’, são reconhecidas obrigações mínimas que, com base nelas, o Estado deve satisfazer – como nos vários casos em que se proclamou o direito de pacientes de AIDS a receber medicamentos gratuitos dos Poderes Públicos. " (Direito Constitucional Brasileiro, 2ª ed., fls. 263. Grifo nosso).

No entanto, cumpre observar que o próprio Ministro do STF, Gilmar Ferreira Mendes, reconhece que a matéria é bastante polêmica já que « a despeito desse generoso engajamento, forçoso é reconhecer que a efetivação desses direitos não depende da vontade dos juristas, porque, substancialmente, está ligada a fatores de ordem material, de todo alheios à normatividade jurídica e, portanto, insuscetíveis de se transformarem em coisas por obra e graça das nossas palavras » (Curso de Direito Constitucional, 2ª ed., fls. 712).

Desse modo, a regra é deixar ao administrador a concretização desses direitos a prestações materiais, sendo também, via de regra, de sua iniciativa leis que disponham nesse sentido.

Assim, a concretização dessas prestações materiais pelo Judiciário ou através leis de iniciativa do Parlamento, ficam adstritas ao princípio da reserva do possível e limitadas ao atendimento do grau mínimo de efetividade.

Por outro lado, cumpre mencionar decisão exarada pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça, no julgamento da Adin no 067 251-0/5-00, de relatoria do Eminentíssimo Desembargador Luiz Tâmbara que, louvando-se em lição de Hely Lopes Meirelles, consignou o seguinte: “A propósito, têm decidido o STF e os tribunais estaduais que é inconstitucional a deslocação do poder administrativo e regulamentar do Executivo para o Legislativo. De um modo geral, pode a Câmara, por deliberação do plenário, indicar medidas administrativas ao prefeito “adjuvandi causa”, isto é, a título de colaboração e sem força coativa ou obrigatória para o Executivo.”

Dessa forma, embora a proposta, ao determinar critério ampliativo do atendimento em creches escolares, pelos estabelecimentos da rede pública, configure um ato

concreto de governo, interferindo em esfera privativa do Executivo, que é quem exerce a função administrativa, certo é que, tendo em vista o bem jurídico tutelado – proteção às crianças – o PL pode prosperar, na forma do substitutivo ao final proposto de modo a possibilitar o cumprimento da Lei de Responsabilidade Fiscal. Para ser aprovado o projeto necessitará de voto favorável da maioria absoluta dos membros da Câmara, nos termos do art. 40, § 3º, inciso XII da Lei Orgânica do Município.

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

Pelo exposto, somos PELA CONSTITUCIONALIDADE E LEGALIDADE.

Verifica-se, também, que o Projeto de Lei, ao dispor que serão atendidas crianças de 0 a 6 anos, contraria o texto constitucional, que, em seu art. 208, inciso IV, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 53/06, determina o atendimento à educação infantil em creche e pré-escola às crianças de até 05 anos. Dessa forma, para adequar o presente projeto ao texto constitucional, necessário apresentar um Substitutivo para retirar da proposta original referência à idade limite de atendimento nas creches porque tal referência se encontra em descompasso com o previsto na Carta Magna.

Por outro lado, cumpre observar que o mandamento constitucional sobre o atendimento à educação infantil institui idade limite para o atendimento nas creches e pré-escolas, mas não determina até que idade esse atendimento deve ser feito especificamente nas creches e com que idade as crianças passariam a ser atendidas pelas pré-escolas.

E não poderia ser diferente na medida em que tal subdivisão na prestação do serviço público educação é matéria afeta à organização administrativa e, portanto, sujeita à regramento apenas pelo Executivo.

Dessa forma, sugerimos substitutivo para retirar da proposta original referência à idade limite para atendimento; para substituir o termo creche por uma expressão mais genérica, qual seja estabelecimento municipal de educação infantil que funcione no período noturno, tendo em vista a mudança de designação das creches (art. 7º, § 1º, da Lei nº 13.326/02, com a redação dada pela Lei nº 15.574/03 e art. 4º do Decreto 40.268/01); bem como, em atenção à melhor técnica de elaboração legislativa, para alterar a redação do art. 4º e revogar o art. 3º, da Lei nº 13.328/02.

SUBSTITUTIVO Nº DA COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E LEGISLAÇÃO PARTICIPATIVA AO PROJETO DE LEI Nº 0517/09.

Altera a redação dos artigos 2º e 4º da Lei 13.328, de 13 de fevereiro de 2002, e dá outras providências.

A Câmara Municipal de São Paulo D E C R E T A:

Art. 1º Ficam alterados os artigos 2º e 4º da Lei 13.328, de 13 de fevereiro de 2002, que passam a ter a seguinte redação:

“Art. 2º Os estabelecimentos de educação infantil da rede pública municipal de ensino que funcionem no período noturno somente atenderão crianças cujo pai ou mãe apresentarem comprovante de atividade noturna.

Parágrafo único. Esta Lei aplica-se ao(s) responsável(eis) pela criança na falta dos pais.” (NR)

“Art. 4º Se no decorrer do atendimento, o pai e mãe ou responsável(eis) deixar de exercer a atividade noturna que ensejou o atendimento, a criança deixará de ser atendida pelo estabelecimento de ensino durante o período noturno.” (NR)

Art. 2º A ampliação do atendimento prevista nesta Lei ocorrerá de forma progressiva, na medida da disponibilidade técnica e financeira da Administração Pública.

Art. 3º As despesas decorrentes da execução desta Lei correrão por conta das dotações orçamentárias próprias, suplementadas se necessário.

Art. 4º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário, especialmente o artigo 3º, da Lei 13.328, de 13 de fevereiro de 2002. Sala da Comissão de Constituição, Justiça e Legislação Participativa, em 22/09/2010.

Ítalo Cardoso – PT - Presidente

Abou Anni – PV – Relator

Aurélio Miguel – PR

José Police Neto – PSDB

Floriano Pesaro – PSDB

Gabriel Chalita – PSB

João Antonio – PT

Kamia – DEM