



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2023.0000586501

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1012561-67.2022.8.26.0196, da Comarca de Franca, em que é apelante E. DE S. P., é apelado M. R. R. DOS S..

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Negaram provimento ao recurso. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GUILHERME GONÇALVES STRENGER (VICE PRESIDENTE) (Presidente sem voto), BERETTA DA SILVEIRA (PRES. DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO) E WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI (PRES. DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO).

São Paulo, 14 de julho de 2023.

XAVIER DE AQUINO (DECANO)

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Apelação nº 1012561-67.2022.8.26.0196 - Franca

Apelante: Fazenda do Estado de São Paulo

Apelada: M. R. R. dos S. (criança)

Voto nº 34.811

"APELAÇÃO — Ação de Obrigação de Fazer — Disponibilização de professor auxiliar - Criança que apresenta diagnóstico de Transtorno do Déficit de Atenção com Hiperatividade (TDAH) (CID F90.0) - Sentença de procedência — Conjunto probatório juntado aos autos — Possibilidade, sem exclusividade - Previsão pela Constituição Federal e legislação infraconstitucional - Princípios da isonomia e da dignidade da pessoa humana que determinam gestão educacional direcionada à plena e efetiva inclusão de todos os alunos nestas condições — Direito fundamental à educação — Inteligência dos artigos 205 e 208, I e III, da Constituição Federal e de inúmeras normas no âmbito infraconstitucional — Princípio da Separação de Poderes não violado — Matéria pacificada no Tribunal de Justiça de São Paulo, a teor de sua Súmula nº 65 — Recurso da Fazenda do Estado não provido".

Trata-se de recurso de apelação interposto pela Fazenda do Estado de São Paulo contra a r. sentença (fls. 183/186 e 204/205) que, nos autos de ação de obrigação de fazer, com pedido de tutela de urgência, objetivando o acompanhamento de professor auxiliar nas

atividades pedagógicas, durante a aulas, em escola estadual, movida pela criança M.R.R.S. (d/n 4.11.2005), portadora de Transtorno do Déficit de Atenção com Hiperatividade (TDAH) (CID F90.0), julgou procedente o pedido inicial, confirmando a liminar concedidas para condenar a ré (ora recorrente) a disponibilizar, à parte autora um(a) professor(a) que possa atender às suas necessidades especiais, a fim de acompanhá-la em suas atividades pedagógicas no ambiente escolar.

Inconformada, recorre a Fazenda do Estado de São Paulo buscando a improcedência da ação, alegando, em síntese, que: **a)** vem cumprindo todos os Princípios Constitucionais relativos à proteção dos direitos fundamentais da Infância e Juventude; **b)** a educação inclusiva hodiernamente preconizada (artigos 58, §1º, e 60, §único, ambos da LDB), editou-se a Resolução SE 61, de 11 de novembro de 2014, a qual dispõe sobre o atendimento pedagógico especializado aos portadores de necessidades especiais, a se dar por meio de sala de recursos, com as especificações dadas pelo artigo 3º, I, alíneas "a" a "d" da Resolução SE 61, de 11 de novembro de 2014, cuja regência estará a cargo de professor especializado (artigo 9º da Resolução); **c)** o atendimento em sala de recursos se dá, como regra, no contraturno do horário regular de aulas, a fim de não prejudicar a educação regular do estudante. A frequência à mesma se dá no mínimo duas aulas por

semana, e no máximo dez aulas semanais, a depender da necessidade do aluno; **d)** não há previsão de contratação de professor auxiliar para o portador de transtorno global de desenvolvimento; **e)** o Ministério da Educação e Cultura orienta, na Nota Técnica nº 19/2010/MEC/SEESP/GAB, que o profissional de apoio do aluno que dele necessite o auxilie apenas em relação aos cuidados pessoais de alimentação, higiene e locomoção, bem como quanto à acessibilidade às comunicações (interlocutor de LIBRAS e de guia-intérprete); **f)** o foco é o convívio coletivo e integrado, de modo a permitir a inserção do portador de necessidades especiais no âmbito maior da sala de aula e **g)** a ingerência do Poder Judiciário nas políticas públicas planejadas pelo Poder Executivo representa violação frontal ao princípio da separação dos poderes, consagrado no art. 2º da Constituição Federal). Requer seja a r sentença reformada para julgar improcedente a ação (fls. 209/217).

Foram apresentadas as contrarrazões (fls. 225/232), parecer do Ministério Público (fls. 235/236, reiterando pareceres de fls.102/109 e 181/182), restando mantida r. sentença (fls. 238) e, nesta instância, manifestou-se a Douta Procuradoria-Geral da Justiça pelo não provimento do apelo (fls. 250/255).

É o relatório.

O apelo não comporta provimento.

Segundo o apurado nos autos, a criança M. R .R. dos S. possui diagnóstico de TDAH (CID F90) e, conseqüentemente, necessidades educacionais especiais, dentre elas, ser assistida por um(a) Professor(a) Auxiliar habilitado(a) durante as aulas.

Nos documentos que instruem a inicial fls. 27 e seguintes) há relatório médico e instrução pedagógica expressa no sentido de que a criança deve ser acompanhada a fim de obter professor auxiliar. Nota-se, também, que malgrado a solicitação perante a Secretaria Estadual de Educação, mediante o ofício nº 411/22 (fl. 59), a requerente não obteve êxito com o seu pedido.

Há nos autos, portanto, documentos que comprovam a necessidade de acompanhamento de profissional especializado em sala de aula, aliás, de se consignar desde logo que as questões postas nas razões de apelo já foram em parte analisadas pelo ilustre magistrado da origem, ao ressaltar que *“em que pese a argumentação da requerida, o pedido comporta deferimento, pois não contestou as necessidades especiais alegadas pela autora, bem como sua necessidade de um Professor Auxiliar para acompanhá-la nas atividades escolares. Limitou-se a argumentar que está prestando devidamente os serviços de educação às crianças com necessidades especiais”*.

Com efeito, conforme já assentado em

julgados desta Câmara Especial, em casos semelhantes, não se olvida da impossibilidade de se requerer privilégio à criança em detrimento da coletividade, porém, em caso como tal, não se aplica, pois o que se busca é a correção da desvantagem na igualdade de condições que ela tem, em razão de seu quadro clínico, impossibilitando-a de ter pleno desenvolvimento escolar e vida comunitária, devidamente comprovado pelos médicos que a acompanha e demais elementos dos autos. De tal condição, depreende-se que é necessário ter garantido o auxílio à sua permanência em sala de aula, como complemento, também, do acompanhamento pedagógico que objetiva o sucesso no ensino-aprendizagem.

O direito à educação como garantia do cidadão e dever do Estado decorre de expressa previsão constitucional, com *status* de preceito fundamental, e se encontra positivado nos artigos 6º, 206 e 227, da Constituição Federal. E não bastassem as disposições constitucionais, há, ainda, previsão infraconstitucional a respaldar o direito das crianças e adolescentes, consoante os artigos 53, inciso V; e, 54, incisos I e IV do ECA.

Restou, assim, comprovado que a criança necessita de auxílio individualizado, por meio de professor auxiliar para a devida inclusão educacional, cabendo ao Poder Público assegurar-lhe os meios necessários.

E vale observar, na hipótese, que a inserção educacional dada as especiais necessidades do requerente, está a equivaler a verdadeiro complemento da terapia, com o fim de se dar o efetivo e pleno desenvolvimento educacional e pedagógico.

Nesse sentido, o próprio direito de ter atendimento educacional especializado, que já contava com previsão constitucional expressa (art. 208, III, CF), teve sua efetividade reforçada pela vigência da recente legislação de proteção às pessoas portadoras de deficiências que, entre outros direitos, prevê:

Art. 28. Incumbe ao poder público assegurar, criar, desenvolver, implementar, incentivar, acompanhar e avaliar:

(...)

“V - adoção de medidas individualizadas e coletivas em ambientes que maximizem o desenvolvimento acadêmico e social dos estudantes com deficiência, favorecendo o acesso, a permanência, a participação e a aprendizagem em instituições de ensino;”

(...)

“XI - formação e disponibilização de professores para o atendimento educacional especializado, de tradutores e intérpretes da Libras, de guias intérpretes e

de profissionais de apoio;”

E a reforçar o caráter protetivo dos superiores interesses da criança portadora de necessidades especiais, cabe destacar trecho de recente Acórdão desta E. Câmara Especial, da lavra do eminente Juiz ISSA AHMED (Apelação nº 3000882-67.3023.8.26.0223, j. em 15.9.2014, v.u.), *verbis*:

“Tem-se, portanto, que o legislador, dando vazão ao quanto previsto na Constituição Federal, criou vasto arcabouço de normas que não só asseguram o exercício, pelas crianças e adolescentes, de seu direito fundamental à educação, como ainda prioriza aos menores portadores de necessidades especiais o atendimento nas escolas de ensino regular – verdadeira medida de inclusão social que busca dar a máxima eficácia aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da isonomia, garantindo que os alunos com restrições físicas e/ou psíquicas conquistem, em pé de igualdade aos demais colegas, o desenvolvimento e resultados pedagógicos propugnados pelo Estado.

A respeito do tema, assim já se pronunciou

esta Colenda Câmara Especial:

'REEXAME NECESSÁRIO, CONSIDERADO INTERPOSTO, E APELAÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. Obrigação de fazer consubstanciada na contratação de cuidadores para as escolas da rede regular de ensino estadual, para o ano letivo de 2012, objetivando o atendimento de todos os alunos com deficiência ou limitação temporária ao exercício das atividades acadêmicas na comarca de Franca. Procedência. Direito fundamental à educação de crianças portadoras de necessidades especiais. Previsão pela Constituição Federal e legislação infraconstitucional. Princípios da isonomia e da dignidade da pessoa humana, que determinam gestão educacional direcionada à plena e efetiva inclusão destes alunos. Ausência de violação aos princípios da autonomia administrativa e da separação dos poderes, em vista da ofensa a direitos fundamentais, comprovada a deficiência de cuidadores nos estabelecimentos de educação da comarca, que justificam o provimento jurisdicional. Redução do valor de astreinte, em atenção aos princípios da

razoabilidade e da proporcionalidade. Recurso oficial parcialmente provido, e recurso voluntário improvido' (TJSP, Câmara Especial, Apelação / Reexame Necessário nº 0028183-92.2011.8.26.0196, Franca, Rel. Des. Camargo Aranha Filho, j. 02/11/2012).

'Ação Civil Pública. Infância e Juventude. Imposição de Obrigação de Fazer. Provimento das escolas públicas estaduais do Município de Araras com intérpretes de LIBRAS (Língua Brasileira de Sinais) em língua portuguesa. Direito à educação constitucionalmente garantido, com enfoque especial à promoção de atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência. Exegese do artigo 208, inciso III, da Constituição da República. Regra também insculpida no artigo 54, inciso III, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Legitimidade do Ministério Público para a propositura da ação civil pública a fim de tutelar direito individual homogêneo. Competência do Poder Judiciário para dizer o direito posto e promover o controle da legalidade dos atos da Administração Pública. Recurso da Fazenda do Estado não

provido. Parcial provimento do reexame necessário' (TJSP, Câmara Especial, Apelação / Reexame Necessário nº 9000007-07.2009.8.26.0038, Araras, Rel. Des. Silveira Paulilo – Pres. da Seção de Direito Privado, j. 21/05/2012).

A questão versada nos autos, ligada ao tema da educação, em suma, tem como pano de fundo direito fundamental, sobre o qual o Poder Público não possui discricionariedade para optar entre garanti-lo ou não, vinculando-se ao seu cumprimento por meio da elaboração e concretização de políticas públicas.

Assim, a atuação do Poder Judiciário, em cumprimento ao mencionado mandamento constitucional, apenas implica no exame da matéria à luz das normas que concedem ou asseguram esses direitos, garantindo-lhes, em consequência, o exercício ou a eficácia.

Devem também ser afastadas as quaisquer alegações de indevida ingerência do Poder Judiciário em tema afeto à vontade da Administração Pública, com a decorrente ofensa ao princípio da anualidade orçamentária.

Tampouco se ignora haver limitação orçamentária, mas, no escopo da concretização de direito fundamental à educação e sem a excepcionalidade

motivada por real e específica impossibilidade objetiva demonstrada, a omissão da Administração não comporta justificação na cláusula da “reserva do possível”, que, como bem ensina Ingo Wolfgang Sarlet, em artigo elaborado em parceria com Mariana Filchtiner Figueiredo, tem sido usada de forma falaciosa, “(...) como argumento impeditivo da intervenção judicial e desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, especialmente de cunho social. (...)” (SARLET, Ingo Wolfgang, e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner, in “*Reserva do Possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*”. p. 32. “*Direitos fundamentais: orçamento*” e “*reserva do possível*” / org. Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benetti Timm; Ana Paula de Barcellos... [et al.]. 2. ed. rev. e ampl. — Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010).

É por isso que não se deve dar a essa atuação qualquer conotação de violação da autonomia da Administração Pública, sob pena de se impedir o cumprimento da própria Constituição da República, que assegura o pleno acesso à Justiça e garante a revisão judicial dos atos administrativos.

Neste sentido, inclusive, a Súmula 65 deste Egrégio Tribunal de Justiça:

Súmula 65. Não violam os princípios constitucionais da separação e

independência dos poderes, da isonomia, da discricionariedade administrativa e da anualidade orçamentária as decisões judiciais que determinam às pessoas jurídicas da administração direta a disponibilização de vagas em unidades educacionais ou o fornecimento de medicamentos, insumos, suplementos e transporte a crianças e adolescentes'.

Tem-se, portanto, que, diante da inegável relevância do direito aqui analisado, não pode o Estado afastar-se do mandato juridicamente vinculante que lhe foi outorgado pela Constituição Federal sob infundada ofensa aos princípios da tripartição dos Poderes e da anualidade orçamentária, devendo não ser provido a remessa necessária, com a integral manutenção da r. sentença atacada, cabendo a observação de que, conforme entendimento consolidado nessa C. Câmara, o atendimento prestado pelo profissional à criança não seja de caráter exclusivo caso haja na sala de aula crianças com igual necessidade.

Sobre o tema, esta Colenda Câmara Especial já se pronunciou:

“RECURSO DE APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO. Infância e Juventude. Ação

de Obrigação de Fazer. Criança com Transtorno do Espectro Autista (CID 10 F84) e Déficit Secundário à Anóxia Neonatal (CID F70.0). Pretensão ao fornecimento de professor auxiliar dentro da sala de aula durante o período escolar. Direito fundamental à educação, preferencialmente, na rede regular de ensino, com atendimento especializado a menor com necessidades especiais. Ausência de norma impositiva de profissional exclusivo ao adolescente. Pedido revestido de liquidez. Custo anual do pedido formulado, que, nos termos do piso salarial dos professores da categoria PEB I, que lecionam no ensino fundamental, não ultrapassa o limite estipulado no inciso II, do § 3º, do artigo 496 do CPC. Exegese do C. Superior Tribunal de Justiça. Reexame necessário não conhecido. Apelo do Estado provido em parte” (TJSP, Câmara Especial, Apelação / Reexame Necessário nº 101.9332.39.2021.8.26.0344, Marília, Rel. Des. Beretta da Silveira – Pres. da Seção de Direito Privado, j. 02/06/2022).

**“APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA.
OBRIGAÇÃO DE FAZER. MENOR**

*PORTADOR DE TRANSTORNO DO
ESPECTRO AUTISTA. EDUCAÇÃO
INCLUSIVA. ATENDIMENTO
EDUCACIONAL ESPECIALIZADO.*

1. Procedência do pedido inicial para compelir o Estado de São Paulo a disponibilizar ao autor professor auxiliar com formação em pedagogia, sem regime de exclusividade, para acompanhá-lo em sala de aula. Insurgência da Fazenda Pública do Estado de São Paulo.

2. Sentença recorrida que se reveste de liquidez. Conteúdo econômico da obrigação imposta ao Poder Público mensurável por cálculo aritmético, cujo valor não ultrapassa o teto legal ensejador do duplo grau de jurisdição. Precedentes da Colenda Câmara Especial.

3. Direito fundamental à educação que assegura aos menores portadores de deficiências atendimento educacional especializado. Inteligência do artigo 208, III, da CF; artigo 54, III, do ECA; artigos 3º, XIII, artigos 27 e 28, XVII, do Estatuto da Pessoa com Deficiência; e artigo 59, III, da Lei de Diretrizes e Bases da Educação.

4. Relatório médico e prova oral colhida na audiência de justificação que comprovam o comprometimento cognitivo do infante e a necessidade de assistência especializada em sala de aula. Produção de prova psicopedagógica que era absolutamente despicienda.

5. Apresentação anual de relatório médico atualizado comprobatório da necessidade de acompanhamento por professor auxiliar, no ato da matrícula.

6. Recurso de apelação provido em parte, remessa necessária não conhecida. (TJSP, Câmara Especial, Apelação nº 1008121-69.2022.8.26.0344, Marília, Rel. Dra. Daniela Cilento Morsello, j. 24/10/2022).

Pelo exposto, **nega-se provimento**
ao recurso.

XAVIER DE AQUINO

Relator e Decano