



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.697.904 - DF (2017/0207260-4)

RELATOR : **MINISTRO HERMAN BENJAMIN**
RECORRENTE : DISTRITO FEDERAL
PROCURADOR : RUBEM DARIO FRANCA BRISOLLA E OUTRO(S) - DF006127
RECORRIDO : M C S DE A (MENOR)
REPR. POR : F L S DE A
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. MATRÍCULA DE MENOR EM CRECHE PRÓXIMA À RESIDÊNCIA. EDUCAÇÃO INFANTIL. MATRÍCULA E FREQUÊNCIA DE MENORES DE ZERO A SEIS ANOS. DIREITO SUBJETIVO À EDUCAÇÃO INFANTIL. SÚMULA 83/STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. EXAME PREJUDICADO.

1. Conquanto supedaneado na Constituição Federal, nota-se que o entendimento da Corte de origem está em consonância com a orientação do Superior Tribunal de Justiça de que é legítima a determinação da obrigação de fazer pelo Judiciário para tutelar o direito subjetivo do menor a assistência educacional, não havendo falar em discricionariedade da Administração Pública, que tem o dever legal de assegurá-lo.

2. Assinale-se, por fim, que fica prejudicada a análise da divergência jurisprudencial quando a tese sustentada já foi afastada no exame do Recurso Especial pela alínea "a" do permissivo constitucional.

3. Recurso Especial a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: ""A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."" Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Assusete Magalhães e Francisco Falcão (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Og Fernandes."

Brasília, 16 de novembro de 2017(data do julgamento).

MINISTRO HERMAN BENJAMIN
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.697.904 - DF (2017/0207260-4)

RELATOR : **MINISTRO HERMAN BENJAMIN**
RECORRENTE : **DISTRITO FEDERAL**
PROCURADOR : **RUBEM DARIO FRANCA BRISOLLA E OUTRO(S) - DF006127**
RECORRIDO : **M C S DE A (MENOR)**
REPR. POR : **F L S DE A**
ADVOGADO : **DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL**

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Trata-se de Recurso Especial interposto (art. 105, III, "a" e "c", da Constituição da República) contra acórdão assim ementado (fls. 169, e-STJ):

APELAÇÃO CIVIL. REEXAME NECESSÁRIO. CONSTITUCIONAL. OBRIGAÇÃO DE FAZER. MATRÍCULA EM CRECHE PÚBLICA. PRERROGATIVA CONSTITUCIONAL. DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. INVIABILIDADE. SEPARAÇÃO DE PODERES. ISONOMIA. AUSÊNCIA. VIÁVEL ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO.

Aponta a parte recorrente, em Recurso Especial, além de divergência jurisprudencial, violação dos artigos 4º, II, 29, 30 da Lei 9.394/1996, da Lei de Diretrizes e Bases da Educação e 4º, 53, V, 54, IV, do ECA.

Contrarrazões às fls. 215-219, e-STJ.

Contraminuta às fls. 241-245, e-STJ.

À fl. 263, e-STJ, foi dado provimento ao Agravo e determinada sua conversão em Recurso Especial, sem prejuízo de exame posterior mais profundo da admissibilidade.

Parecer do Ministério Público Federal pelo não conhecimento do Recurso Especial (fls. 269-271, e-STJ)

É o **relatório**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.697.904 - DF (2017/0207260-4)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Os autos ingressaram neste Gabinete em 29.9.2017.

No enfrentamento da matéria, o Tribunal de origem lançou os seguintes fundamentos (fl. 179, e-STJ):

No presente caso, a autora MARIA CLARA SABINO DE ARRUDA, nascido em 04/07/2014 (fl. 09) encontra-se na faixa etária de garantia de acesso à educação e, de fato, faz jus à vaga em creche pública, próxima do trabalho de sua genitora.

Se tais razões não bastassem, a autora já foi matriculada em creche pública (fls. 43/44), em atendimento ao deferimento de tutela antecipada.

Verifica-se, destarte, a consolidação da situação jurídica da autora pelo decurso do tempo, impondo-se procedência do pedido, sob pena de causar à criança desnecessário prejuízo.

Assinale-se que tal determinação não acarreta violação ao princípio da isonomia, diante da garantia constitucional de acesso da criança à educação, a qual não pode ser obstada, nem mesmo por razões orçamentárias.

Conquanto supedaneado na Constituição Federal, nota-se que o entendimento da Corte de origem está em consonância com a orientação do Superior Tribunal de Justiça de que é legítima a determinação da obrigação de fazer pelo Judiciário para tutelar o direito subjetivo do menor a tal assistência educacional, não havendo falar em discricionariedade da Administração Pública, que tem o dever legal de assegurá-lo.

A propósito:

PROCESSUAL CIVIL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. MATRÍCULA DE MENOR EM CRECHE PRÓXIMA À RESIDÊNCIA. EDUCAÇÃO INFANTIL. MATRÍCULA E FREQUÊNCIA DE MENORES DE ZERO A SEIS ANOS. DIREITO SUBJETIVO À EDUCAÇÃO INFANTIL.

1. Na hipótese dos autos, extrai-se do acórdão recorrido (fls. 142-154/e-STJ), que o entendimento do Tribunal de origem não está em consonância com a orientação do Superior Tribunal de Justiça. Com efeito, a consideração de superlotação nas creches e de descumprimento de Lei Orçamentária deve ser comprovada pelo Município ou pelo Estado para que seja possível ao órgão julgador proferir decisão equilibrada na busca da conciliação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

entre o dever de prestar do ente público, suas reais possibilidades e necessidades, sempre crescentes, da população na demanda por vagas no ensino pré-escolar.

2. No caso específico dos autos, não obstante tenha o Estado alegado falta de vagas, nada provou; a questão manteve-se no campo das possibilidades. Por certo que, em se tratando de caso concreto no qual está envolvida apenas uma criança, não haverá superlotação de nenhuma creche.

3. Recurso Especial provido.

(REsp 1663462/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/06/2017, DJe 30/06/2017)

MATRÍCULA DE MENOR EM CRECHE PRÓXIMA À RESIDÊNCIA. EDUCAÇÃO INFANTIL VIOLAÇÃO AO ART. 1.022 DO CPC/2015. INEXISTÊNCIA. FORNECIMENTO DE VAGA EM CRECHE INFANTIL. SÚMULA 83/STJ.

1. Na hipótese dos autos, não se configura a ofensa ao art. 1.022 do Código de Processo Civil de 1973, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia, tal como lhe foi apresentada, manifestando-se de forma clara sobre os motivos pelos quais entende que deve ser assegurada aos menores a matrícula em Escolas Municipais.

2. Conquanto supedaneado na Constituição Federal, nota-se que o entendimento da Corte de origem está em consonância com a orientação do Superior Tribunal de Justiça de que é legítima a determinação da obrigação de fazer pelo Judiciário para tutelar o direito subjetivo do menor a tal assistência educacional, não havendo falar em discricionariedade da Administração Pública, que tem o dever legal de assegurá-lo.

3. A decisão vergastada bem delineou a obrigação do Estado em propiciar às crianças o acesso ao atendimento público educacional, não havendo falar em omissão.

4. Recurso Especial não provido.

(REsp 1645204/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/03/2017, DJe 20/04/2017)

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MATRÍCULA E FREQUÊNCIA DE MENORES DE ZERO A SEIS ANOS EM CRECHE DA REDE PÚBLICA MUNICIPAL. DEVER DO ESTADO.

1. Hipótese em que o Ministério Público do Estado de São Paulo ajuizou Ação Civil Pública com o fito de assegurar a matrícula de duas crianças em creche municipal. O pedido foi julgado procedente pelo Juízo de 1º grau, porém a sentença foi reformada pelo Tribunal de origem.

2. Os arts. 54, IV, 208, III, e 213 da Lei 8.069/1990 impõem que o Estado propicie às crianças de até 6 (seis) anos de idade o acesso ao atendimento público educacional em creche e pré-escola.

3. É legítima a determinação da obrigação de fazer pelo Judiciário para tutelar o direito subjetivo do menor a tal assistência educacional, não havendo falar em discricionariedade da Administração Pública, que tem o dever legal de assegurá-lo. Precedentes do STJ e do STF.

4. Recurso Especial provido.

(REsp 511.645/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/08/2009, DJe 27/08/2009).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA ARTIGOS 54 E 208 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. MATRÍCULA E FREQUÊNCIA DE MENORES DE ZERO A SEIS ANOS EM CRECHE DA REDE PÚBLICA MUNICIPAL.

1. O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90) e a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei n. 9.394/96, art. 4º, IV) asseguram o atendimento de crianças de zero a seis anos em creches e pré-escolas da rede pública.

2. Compete à Administração Pública propiciar às crianças de zero a seis anos acesso ao atendimento público educacional e a frequência em creches, de forma que, estando jungida ao princípio da legalidade, é seu dever assegurar que tais serviços sejam prestados mediante rede própria.

3. "Consagrado por um lado o dever do Estado, revela-se, pelo outro ângulo, o direito subjetivo da criança. Consectariamente, em função do princípio da inafastabilidade da jurisdição consagrado constitucionalmente, a todo direito corresponde uma ação que o assegura, sendo certo que todas as crianças nas condições estipuladas pela lei encartam-se na esfera desse direito e podem exigi-lo em juízo" (REsp n. 575.280-SP, relator para o acórdão Ministro Luiz Fux, DJ de 25.10.2004).

4. A consideração de superlotação nas creches e de descumprimento da Lei Orçamentária Municipal deve ser comprovada pelo Município para que seja possível ao órgão julgador proferir decisão equilibrada na busca da conciliação entre o dever de prestar do ente público, suas reais possibilidades e as necessidades, sempre crescentes, da população na demanda por vagas no ensino pré-escolar.

5. No caso específico dos autos, não obstante tenha a municipalidade alegado falta de vagas e aplicação *in totum* dos recursos orçamentários destinados ao ensino fundamental, nada provou; a questão manteve-se no campo das possibilidades. Por certo que, em se tratando de caso concreto no qual estão envolvidas apenas duas crianças, não haverá superlotação de nenhuma creche.

6. Recurso especial provido.

(REsp 510.598/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/04/2007, DJ 13/02/2008, p. 148)

Dessume-se que o acórdão recorrido está em sintonia com o atual entendimento deste Tribunal Superior, razão pela qual não merece prosperar a irresignação. Incide, *in casu*, o princípio estabelecido na Súmula 83/STJ: "Não se conhece do Recurso Especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida."

Cumpre ressaltar que a referida orientação é aplicável também aos recursos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

interpostos pela alínea "a" do art. 105, III, da Constituição Federal de 1988. Nesse sentido: REsp 1.186.889/DF, Segunda Turma, Relator Ministro Castro Meira, DJe de 2.6.2010.

Assinale-se, por fim, que fica prejudicada a análise da divergência jurisprudencial quando a tese sustentada já foi afastada no exame do Recurso Especial pela alínea "a" do permissivo constitucional. Nesse sentido:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. RESSARCIMENTO AO SUS. TABELA TUNEP. INSCRIÇÃO NO CADIN. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. PRESSUPOSTOS. REEXAME DE PROVAS. AGRAVO REGIMENTAL. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. DECISÃO AGRAVADA. ALICERCE INATACADO. SÚMULA 182/STJ. NÃO-CONHECIMENTO DO RECURSO PELA ALÍNEA A. DISSÍDIO PRETORIANO PREJUDICADO.

(...)

5. Resta prejudicada a análise da divergência jurisprudencial quando a tese sustentada esbarra em óbice sumular quando do exame do recurso especial pela alínea "a" do permissivo constitucional.

6. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 278.133/RJ, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, DJe 24/09/2014).

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 53 DO CP. SÚMULA 284/STF. VIOLAÇÃO DO ART. 5º, DA LEI 9.71/98. ACÓRDÃO FUNDAMENTADO EM LEGISLAÇÃO ESTADUAL. SÚMULA 280/STF. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. EXAME PREJUDICADO.

(...)

3. Resta prejudicada análise da divergência jurisprudencial quando a tese sustentada já foi afastada no exame do recurso especial pela alínea "a" do permissivo constitucional.

4. Agravo regimental não provido.

(AgR no AREsp 34.860/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe 27/9/2013).

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. VENCIMENTOS. CONVERSÃO DA MOEDA. URV. PERDAS SALARIAIS. LIMITAÇÃO TEMPORAL. REESTRUTURAÇÃO DE CARREIRA. POSSIBILIDADE. LEI 16.190/2006. PERÍCIA JUDICIAL. EXAME. INVIABILIDADE. SÚMULAS 280/STF E 7/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. ANÁLISE PREJUDICADA. JUROS DE MORA DEVIDOS PELA FAZENDA PÚBLICA. ALTERAÇÕES AO ART. 1º-F DA LEI 9.494/1997. APLICABILIDADE IMEDIATA.

(...)

3. Resta prejudicada a análise da divergência jurisprudencial



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

quando a tese sustentada foi afastada no exame do recurso especial pela alínea "a" do permissivo constitucional, tendo em conta a aplicação das vedações previstas nos citados verbetes sumulares.

(...)

5. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp: 289.699/MG, Relator: Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, DJe 13/05/2013).

Por tudo isso, nego provimento ao Recurso Especial.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2017/0207260-4 **PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.697.904 / DF**

Números Origem: 00821504420158070001 20150110821506 20150110821506AGS

PAUTA: 16/11/2017

JULGADO: 16/11/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro FRANCISCO FALCÃO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOSÉ ELAERES MARQUES TEIXEIRA

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : DISTRITO FEDERAL
PROCURADOR : RUBEM DARIO FRANCA BRISOLLA E OUTRO(S) - DF006127
RECORRIDO : M C S DE A (MENOR)
REPR. POR : F L S DE A
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO - Serviços -
Ensino Fundamental e Médio

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Assusete Magalhães e Francisco Falcão (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Og Fernandes.