



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**RECURSO ESPECIAL Nº 1.689.988 - DF (2017/0126270-5)**

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

### EMENTA

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO À EDUCAÇÃO. MATRÍCULA EM CRECHE PÚBLICA. ACÓRDÃO BASEADO EM FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO DA MATÉRIA EM RECURSO ESPECIAL. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. EXAME PREJUDICADO.

1. Trata-se de ação em que se busca desconstituir acórdão que obrigou o Distrito Federal a matricular menor em creche pública.
2. A controvérsia foi dirimida pelo Tribunal de origem sob enfoque eminentemente constitucional, razão porque compete ao Supremo Tribunal Federal eventual reforma do acórdão recorrido, no mérito, sob pena de usurpação da competência inserta no art. 102 da Constituição Federal. No mesmo sentido, em casos análogos: STJ, AgInt no REsp 1.607.178/DF, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe de 20/10/2016; AgInt no REsp 1.576.116/DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 18/4/2016; REsp 1.603.869/DF, Rel. Ministra Diva Malerbi (Desembargadora Federal Convocada do TRF/3ª Região), Segunda Turma, DJe de 16/6/2016.
4. Fica prejudicada a análise da divergência jurisprudencial quando a tese sustentada foi afastada no exame do recurso especial pela alínea "a" do permissivo constitucional.
5. Recurso Especial não conhecido.

### 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, não conheceu do recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."' Os Srs. Ministros Og Fernandes, Mauro Campbell Marques, Assusete Magalhães (Presidente) e Francisco Falcão votaram com o Sr. Ministro Relator."

Brasília, 19 de outubro de 2017(data do julgamento).

MINISTRO HERMAN BENJAMIN  
Relator



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**RECURSO ESPECIAL Nº 1.689.988 - DF (2017/0126270-5)**

**RELATOR** : **MINISTRO HERMAN BENJAMIN**  
**RECORRENTE** : DISTRITO FEDERAL  
**PROCURADOR** : RUBEM DARIO FRANCA BRISOLLA E OUTRO(S) - DF006127  
**RECORRIDO** : R DE M W (MENOR)  
**REPR. POR** : S R DE M W  
**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. 139-141, e-STJ):

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. DIREITO A EDUCAÇÃO. OBRIGAÇÃO DE FAZER. CRIANÇA. MATRÍCULA EM CRECHE. IDADE COMPATÍVEL. DISPONIBILIZAÇÃO DE VAGA. VIABILIZAÇÃO. DIREITO À EDUCAÇÃO. OBRIGAÇÃO DO ESTADO. DEVER CONSTITUCIONAL (CF, ARTS. 6º, 206 E 208, IV; ECA, ART. 54, IV). MATERIALIZAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA ISONOMIA. CRITÉRIOS DA ADMINISTRAÇÃO DE PRIORIZAÇÃO DO ACESSO ÀS INSTITUIÇÕES DE ENSINO. NÃO ELISÃO DE SEU DEVER CONSTITUCIONAL. SENTENÇA REFORMADA.

1. A transcendência do direito à educação, como expressão da evolução dos direitos básicos inerentes à pessoa humana e das liberdades e garantias individuais, impõe ao Estado a implementação de ações positivas destinadas à materialização do almejado pelo constituinte, revestindo de eficácia plena a norma programática que está inserta no artigo 205 da Constituição Federal, que prescreve que o direito à educação é direito de todos e dever do Estado, devendo ser implementado com observância dos parâmetros traçados pelo próprio legislador constituinte e secundado pelo legislador ordinário subalterno (CF, arts. 6º, 206 e 208; ECA, art. 54; Lei de Diretrizes e Bases da Educação etc.).

2. O dever do estado com a educação compreende a garantia de educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças de até 5 (cinco) anos de idade, conforme prescreve literalmente o legislador constitucional (CF, art. 208, IV), tornando inviável que, sob o prisma da reserva do possível, o implemento das políticas públicas volvidas à universalização do acesso à creche como etapa compreendida na educação infantil seja postergado, ou mesmo mitigado mediante a criação de condições para fomento da obrigação, porquanto encerra essa postura administrativa menosprezo e inadimplemento da prestação imposta ao estado, legitimando, qualificada a falha, a interseção do Judiciário como forma de ser salvaguardada a imperatividade da Constituição Federal no tocante ao



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tratamento dispensado à educação infantil.

3. Os enunciados constitucionais e legais que asseguram a educação como direito de todos e dever do estado não permitem que sejam menosprezados mediante invocação do princípio da reserva do possível se o atendimento do qual necessita a criança não encerra nenhuma excepcionalidade, demandando simples implementação de ações afirmativas voltadas ao aparelhamento da rede pública de ensino com o necessário à realização dos objetivos que lhe são inerentes, notadamente quando reclama simplesmente a disponibilização de vaga em creche pública compatível com a idade que ostenta a criança e suas necessidades pessoais, conforme lhe é assegurado pelo legislador constitucional e subalterno.

4. Os requisitos estabelecidos pela administração como forma de estabelecer prioridade no atendimento das crianças dependentes de acesso às creches públicas locais - (a) baixa renda, com prioridade para a criança cuja família participa de algum programa de assistência social; (b) medida protetiva: criança em situação de vulnerabilidade social; (c) risco nutricional: criança desnutrida com declaração da secretaria de saúde; e (d) mãe trabalhadora, com apresentação de carteira de trabalho ou declaração comprobatória conquanto originários da competência orgânica que lhe é resguardada, não são aptos a eximir o poder público local de cumprir com os deveres que lhe são confiados pela Carta da República nem legitimam a invocação do princípio da reserva do possível como forma de se eximir ou postergar a realização das imposições que o legislador constituinte lhe debitara, que não compactuam com regulações subalternas volvidas a mitigar o que assegurara.

5. Apelação conhecida e provida. Unânime.

Aponta a parte recorrente, além de divergência jurisprudencial, violação dos arts. 4º, II, 29 e 30 da Lei 9.394/1996, 4º, 53, V, e 54, IV, do ECA, sob o argumento de que a oferta em creche está condicionada à existência de vagas e que somente à Secretaria de Educação cabe estipular mecanismos de controle de matrícula e distribuição de alunos nas escolas, não podendo o Judiciário invadir tal seara, colocando em risco o direito de outras crianças que estão na fila de espera.

Contrarrazões às fls. 169-180, e-STJ.

Parecer do MPF às fls. 260-263, opinando pelo sobrestamento do feito.

É o **relatório**.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**RECURSO ESPECIAL Nº 1.689.988 - DF (2017/0126270-5)**

### VOTO

**O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator):** Os autos ingressaram neste Gabinete em 13.9.2017.

O Tribunal de origem consignou (fls. 461-163, e-STJ):

Como cediço, o atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade é dever do estado assegurado na Constituição Federal e positivado no Estatuto da Criança e do Adolescente, que assim dispõe:

(...)

A par do conteúdo da norma permissiva acima trasladada, que prestigia em seu texto o pleito do apelante de conformidade com o postulado constitucional que prescreve os direitos fundamentais da criança e do adolescente, tem-se que apenas na hipótese de se comprovar materialmente a impossibilidade do seu cumprimento é que se afiguraria, em tese, legítima ou justificável a demora em prover a vaga aguardada pela criança e sua genitora. Não é esse o caso, pois, a despeito de o apelado alegar a inexistência de vagas nas creches públicas, não cuidara de comprovar materialmente essa realidade fática. Ademais, o direito almejado não é passível de postergação mediante invocação do princípio da razoabilidade e da reserva do possível, pois ostenta gênese constitucional, devendo ser materializado pelo estado sem qualquer tergiversação.

Adiante, o mesmo se afirma quanto ao argumento de que o apelante não atende aos critérios que orientam a admissão de crianças nas creches públicas locais, que, segundo o apelado, são os seguintes: (a) baixa renda, com prioridade para a criança cuja família participa de algum programa de assistência social; (b) medida protetiva: criança em situação de vulnerabilidade social; (c) risco nutricional: criança desnutrida com declaração da secretaria de saúde e (d) mãe trabalhadora, com apresentação de carteira de trabalho ou declaração comprobatória. É que esses critérios, estabelecidos pela administração pública no exercício de sua competência orgânica, não o exime de cumprir com os deveres que lhe são confiados pela Carta da República, pois, conforme já pontuado, apenas se comprovada materialmente a impossibilidade do estado abrigar a criança em uma de suas creches públicas e pré-escolas é que se poderá deliberar sobre quais medidas alternativas podem ser adotadas para que não impere o desamparo.

Ademais, como é cediço, a educação, estando inscrita dentre os direitos sociais tutelados pelo constituinte, qualifica-se como direito de todos os cidadãos e dever do estado, consoante mandamento inscrito no artigo 205 da Constituição Federal, devendo ser materializado sob os seguintes parâmetros, consoante dispõe o artigo 208 da Constituição Federal, cujo conteúdo é o seguinte:

"Art. 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



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(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 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 freqüência à escola."

(grifei)

Do contido nesse dispositivo deflui a certeza de que, de forma a implementar o dever que lhe está debitado de resguardar o direito subjetivo inalienável que fora assegurado aos cidadãos o acesso à educação (CF, art. 6º), o constituinte debitara ao estado a obrigação de implementar medidas positivas que visem ao acesso universal e igualitário dos cidadãos aos serviços educacionais, resguardando às crianças entre 0 e 5 (cinco) anos de idade o acesso a creches e pré-escola (inciso IV). A despeito de guardar norma de cunho programático, verdadeira dimensão do mandamento derivado desse preceito transcende essa qualificação, revestindo-o de eficácia imediata e concreta.

Destinando-se a resguardar o direito público subjetivo inalienável assegurado aos cidadãos de acesso à educação e alcançando o nele disposto todos os entes que integram a organização administrativa do estado, o mandamento derivado de aludido dispositivo efetivamente reveste-se de eficácia plena e sua implementação alcança a obrigação que está debitada ao poder público de tornar efetivos os serviços de educação em favor dos cidadãos que dele carecem. A transcendência do direito á educação, como expressão da evolução dos direitos básicos inerentes à pessoa humana e das liberdades e garantias individuais, impõe ao estado a implementação de ações positivas destinadas à materialização do almejado pelo constituinte.

Assim é que, extrapolando seu caráter programático, a regra derivada do dispositivo constitucional em cotejo, destinando-se a resguardar bem juridicamente tutelado de transcendente relevância que se qualifica como verdadeira manifestação do direito á educação (CF, art. 6º, caput), está revestida de eficácia plena e imperatividade, dela emergindo a obrigação de o estado, inserido nesse conceito todos os entes federativos, pois a todos está debitada a obrigação de assegurar aos cidadãos o acesso à educação e implementar ações



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

governamentais destinadas a viabilizar sua materialização (CF, art. 23, inciso V), velar de forma efetiva pelo fomento de ações destinadas a resguardar o acesso à educação por parte dos cidadãos carentes, viabilizando-lhes o acesso à educação.

Aliás, reafirmando, nos mesmos termos, o que restara assentado na Carta Magna, a seu turno, dispõe o art. 4º da Lei de Diretrizes e Bases da Educação - Lei 9.394/96 - o seguinte:

(...)

Sob essa realidade, a obrigação de o estado materializar o direito que assiste aos apelantes de auferir educação compatível com sua idade, derivando de gênese constitucional, não pode ser ilidido topicamente mediante a invocação do princípio da reserva do possível, notadamente porque à administração é resguardada a faculdade de viabilizar o fomento dos serviços educacionais de conformidade com sua disponibilidade de pessoal. Nesse sentido, confira-se a jurisprudência sedimentada na Corte Superior de Justiça, que, alinhada com os esteios constitucionais, confere a mais ampla e irrestrita interpretação ao Estatuto da Criança e do Adolescente no sentido de assegurar a esses vulneráveis a efetiva prestação dos serviços educacionais basilares, acentuado que a oferta insuficiente de vagas consubstancia ofensa ao direito subjetivo da criança em obter a assistência do estado:

(...)

Aludido entendimento vem sendo perfilhado em uníssono pela Suprema Corte, conforme denota o recente precedente da lavra do ilustrado Ministro Celso de Mello, que, resolvendo singularmente recurso extraordinário que tinha como objeto negativa de fomento de vaga em creche pública, provendo-o, deixara cristalizado o seguinte:

(...)

Dos argumentos alinhados de conformidade com os dispositivos que conferem tratamento legal ao direito vindicado depura-se, então, que, patenteado que o apelante possui o direito subjetivo à educação, necessitando fazer uso das instituições educacionais fomentadas pelo Estado, e que, ante sua situação financeira e de sua genitora, não está provido de recursos para fomentá-lo, assiste-lhe o direito de ser contemplado com seu fornecimento gratuito por parte do apelado. Ao Distrito Federal, na condição de ente público encarregado de garantir o acesso universal daqueles que necessitam à educação necessária ao seu desenvolvimento e viabilizando o desenvolvimento de atividades laborais por sua genitora, está debitada a obrigação de garantir-lhe o acesso à creche da qual necessita como concretização da obrigação constitucional que lhe imputa o dever de velar pela educação de todos os cidadãos, donde emerge a constatação de que, em não guardando a ilustrada sentença conformação com esses regramentos, deve ser reformada.

Esteado na argumentação expendida, dou provimento ao apelo e, reformando a ilustrada sentença, acolhendo o pedido, comino ao ente público a obrigação de providenciar, às suas expensas, a inclusão e matrícula do apelante em creche pública ou conveniada apta a atender às suas necessidades educacionais mediante sua matrícula em estabelecimento escolar situado próximo à sua residência ou em local que lhe seja mais conveniente, observada a disponibilidade de turnos ou período integral, sob pena de incorrer em multa pecuniária. Sem custas e sem honorários.

É como voto.





## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A controvérsia foi dirimida pelo Tribunal de origem sob enfoque eminentemente constitucional, notadamente à luz do princípio constitucional da isonomia, razão porque compete ao Supremo Tribunal Federal eventual reforma do acórdão recorrido, no mérito, sob pena de usurpação da competência inserta no art. 102 da Constituição Federal. No mesmo sentido, em casos análogos: STJ, AgInt no REsp 1.607.178/DF, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 20/10/2016; AgInt no REsp 1.576.116/DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 18/04/2016; REsp 1.603.869/DF, Rel. Ministra DIVA MALERBI (Desembargadora Federal Convocada do TRF/3ª Região), SEGUNDA TURMA, DJe de 16/06/2016.

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



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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).

Ante o exposto, **não conheço do Recurso Especial.**

É como **voto.**





## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2017/0126270-5

**REsp 1.689.988 / DF**

Números Origem: 00137875120158070018 00562956320158070001 20150110562958 20150110562958AGS

PAUTA: 19/10/2017

JULGADO: 19/10/2017

#### **Relator**

Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES

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 : R DE M W (MENOR)  
REPR. POR : S R DE M W  
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO - Serviços -  
Ensino Superior - Matrícula

#### **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, não conheceu do recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

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